

RASSEGNA
DI DIRITTO CIVILE

XXXVII

2, 2016



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» della Seconda Università di Napoli

Comitato editoriale: MAURO PENNASILICO, FRANCESCA CARIMINI, ANNA MALOMO, BENEDETTA MANFREDONIA, GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, ARIANNA ALPINI, GIULIANA CASO, FRANCESCO ROSSI, FRANCESCO LONGOBUCCO, MARCO ANGELONE, ERIKA GIORGINI, STEFANO DEPLANO, CARLA PERNICE, SERENA PERSIA

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: GIUSEPPE SELO

Segreteria di redazione: CAROLINA PERLINGIERI e GIOVANNI PERLINGIERI

I lavori pubblicati in questo numero sono di: V. BARBA, ord. dir. priv. univ. Roma «La Sapienza»; A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, ric. dir. priv. univ. Firenze; E. CATERINI, ord. dir. priv. univ. Calabria; N. CIPRIANI, ord. dir. priv. univ. Sannio; C. GHIDINI, dottorando univ. Modena e Reggio Emilia; F. MARINELLI, ord. dir. priv. univ. L'Aquila; A. NERVI, ass. dir. priv. univ. Sassari; F. PARENTE, straord. dir. priv. univ. Bari «Aldo Moro»; G. PERLINGIERI, ord. dir. priv. Seconda univ. Napoli; P. PERLINGIERI, emerito dir. civ. univ. Sannio; G. PETRELLI, dr; S. POLIDORI, ord. dir. priv. univ. Salento; D. SCARPA, ric. dir. comm. univ. Milano-Bicocca; G. SICCHIERO, ord. dir. priv. univ. Venezia «Ca' Foscari»; S. TONETTI, dottorando univ. Milano; A. VENCHIARUTTI, ass. dir. priv. univ. Trieste; S. ZORZETTO, ric. t.d. fil. dir. univ. Milano.

Responsabili della valutazione: Giovanni Perlingieri e Mauro Pennasilico

Comitato di valutazione: Francesco Alcaro, Giuseppe Amadio, Tommaso Auletta, Vincenzo Barba, Cesare Massimo Bianca, Fernando Bocchini, Francesco Donato Busnelli, Raffaele Caprioli, Ugo Carnevali, Donato Carusi, Raffaele Caterina, Ernesto Cesaro, Sebastiano Ciccarello, Cristiano Cicero, Nicola Cipriani, Giorgio Collura, Giuseppe Conte, Andrea D'Angelo, Giovanni De Cristofaro, Enrico Elio del Prato, Stefano Delle Monache, José Ramon de Verda y Beamonte, Francesco Di Giovanni, Carmine Donisi, Luiz Edson Fachin, Angelo Federico, Gilda Ferrando, Giovanni Furguele, Enrico Gabrielli, Gianni Galli, Martin Gebauer, Gregorio Gitti, Attilio Gorassini, Carlo Granelli, Michele Graziadei, Giuseppe Grisi, Gábor Hamza, Erik Jayme, Peter Kindler, Agustín Luna Serano, Francesco Macario, Francesco Macioce, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Marella, Gennaro Mariconda, Antonio Masi, Ugo Mattei, Marisa Meli, Daniela Memmo, Enrico Minervini, Mario Nuzzo, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Gianfranco Palermo, Massimo Paradiso, Ferdinando Parente, Giovanni Passagnoli, Enrico Quadri, Pietro Rescigno, Vincenzo Ricciuto, Liliana Rossi Carleo, Ugo Antonino Salanitro, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Michele Tamponi, Chiara Tenella Sillani, Gustavo Tepedino, Raffaele Tommasini, Mario Trimarchi, Francesco Venosta, Gianroberto Villa, Stefan Vogenauer, Paolo Zatti, Lihong Zhang.

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

La *Rassegna di diritto civile* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del Comitato di valutazione e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, sì che il Comitato di valutazione e/o i *referee* esterni, scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo, saranno investiti della valutazione dei lavori inviati alla Direzione.

Indice del 2° numero

SAGGI

- 345 VINCENZO BARBA, Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà
374 ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO, Interesse gestorio, rilevanza del terzo e forma del mandato
393 NICOLA CIPRIANI, I rapporti con i creditori nella simulazione. Note sull'art. 1416 c.c.
418 ANDREA NERVI, Beni comuni, ambiente e funzione del contratto
444 FERDINANDO PARENTE, Urbanistica contrattata e pianificazione territoriale
459 GIOVANNI PERLINGIERI, La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento
517 GAETANO PETRELLI, Proprietà fiduciaria, art. 2645 *ter* e condizione
569 STEFANO POLIDORI, L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi
582 DARIO SCARPA, Contrattualismo societario tra integrazione legale e ricerca di un nuovo modello contrattuale
614 GIANLUCA SICCHIERO, Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro bancario finanziario

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 624 SILVIA ZORZETTO, La legge nel tempo. Un'analisi teorica a partire dalla *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 650 CLAUDIO GHIDINI, Diritto di abitazione del genitore assegnatario e diritto del creditore pignorante a procedere *in executivis* sulla casa familiare: un conflitto soltanto apparente
670 STEFANO TONETTI, Azione di arricchimento senza causa e p.a.: le Sezioni unite espungono il «requisito aggiunto»

CRONACHE E ATTUALITÀ

- 687 PIETRO PERLINGIERI, La sussidiarietà nel diritto privato

RECENSIONI

- 691 H. PATRICK GLENN, Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche [ENRICO CATERINI]
- 692 PAOLO GROSSI, Ritorno al diritto [FABRIZIO MARINELLI]
- 695 L. FERNANDO REGLERO CAMPOS e JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (coord.), Tratado de Responsabilidad Civil [ANGELO VENCHIARUTTI]

Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione da Emilio Betti all'Arbitro bancario finanziario

SOMMARIO: 1. Il pensiero di Emilio Betti sull'autotutela privata. – 2. Gli orientamenti moderni: la tesi dell'Arbitro bancario finanziario. – 3. Una lettura favorevole alla ritenzione semplice pattizia.

1. Emilio Betti è stato un sommo giurista della prima metà del '900; eclettico perché romanista, processualista, teorico del diritto e dell'interpretazione, ma soprattutto civilista: dalla teoria generale delle obbligazioni a quella del negozio giuridico, i primi due titoli del quarto libro del codice civile sono stati affrontati con grandissima dottrina.

Il suo percorso ideologico fu tormentato; aderì al fascismo senza remore¹; la sua idea di libertà maturata successivamente oggi non convincerebbe i più, solo a ricordare che considerava l'autonomia contrattuale non come mezzo per il perseguimento dei propri legittimi interessi, ma come meccanismo diretto a realizzare una funzione eteronoma. Per lui la causa intesa come funzione economico sociale del contratto non era, come oggi la si può leggere, l'individuazione del modo con cui i privati danno vita alle operazioni economiche, già accettate dal legislatore o da vagliare ove atipiche; doveva invece costituire lo strumento per perseguire necessariamente interessi socialmente rilevanti².

¹ Per comprendere il pensiero del primo Betti si legga E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217.

² Parlando della «erronea mitologia della volontà», E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1960, p. 57, dice che «essa fa credere all'onnipotenza della volontà individuale» che «induce a disconoscere i molteplici limiti sociali e giuridici dell'autonomia privata» e quando arriva alla causa ne parla come «interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile» cui il contatto «deve rispondere» in quanto «attinente all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto» (p. 174). La necessità del controllo sociale è costantemente ripetuta (pp. 175, 176 e 178) per chiarire poi che «l'interesse individuale alla conclusione del negozio mira naturalmente ad uno scopo variabile e contingente, che non basta punto a render ragione della tutela giuridica del negozio» (p. 177); quindi «prima ancora che una nozione giuridica, la causa è una nozione sociale» (p. 181); essa «è la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata» (p. 183). L'autonomia privata «è un fenomeno sociale prima di divenire, col riconoscimento, un fatto giuridico» (p. 183). Sempre ivi (p. 189 ss.) è descritta la (pretesa) «rilevanza politico-legislativa della causa del negozio» per arrivare a concludere, che esiste la necessità che le varie cause debbano «essere ammesse dalla coscienza sociale siccome

Forse una riflessione piú prosaica avrebbe dovuto cercare una risposta alla domanda, formulabile in quell'ottica, su come si sarebbe potuta allora ritenere valida, ad es., la vendita delle sigarette, essendo beni notoriamente dannosi per la salute. Tuttavia oggi nessuno condivide piú una tale lettura del principio di autonomia privata, poco incline a concepire la libertà dei privati come un bene a sé, sia pure senza confonderla con l'assenza di qualsivoglia limite in relazione ai valori fondanti dell'ordinamento³.

Betti fu tuttavia un antesignano nell'indicare nella buona fede contrattuale un potente meccanismo di regolazione del contratto⁴, quando la giurisprudenza le negava un tale ruolo⁵.

Meno nota è la sua voce «Autotutela», pubblicata nell'Enciclopedia del diritto⁶, dove sostenne l'inammissibilità di forme consensuali atipiche di autotutela⁷, seguito poi da Walter D'Avanzo⁸, contrari cioè a quei patti

rispondenti ad un'esigenza pratica legittima [...] non deve cioè trattarsi di interessi meramente individuali, contingenti, variabili, contraddittorii, socialmente imponderabili» perché «negare l'esigenza di qualsiasi tipicità in ordine a un interesse oggettivo degno di protezione, significa rimettersi al mero arbitrio individuale» (p. 195 ss.).

³ Ovvio il rinvio ai ripetuti moniti di Pietro Perlingieri ed ai suoi richiami alla legalità costituzionale, molti dei quali si leggono ad es. in P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 17 ss.; ID., *Il diritto civile e la complessità del sistema*, ivi, p. 36 s.; ID., *Legalità ed eguaglianza negli ordinamenti privati*, ivi, p.150 ss.; e ID., *Il bagaglio culturale del giurista*, ivi, p. 244 ss.

⁴ Cfr., ad es., E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, p. 93 ss.

⁵ Cfr., ad es., Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283, oppure Cass., 20 luglio 1977, n. 3250, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n. 15, per la quale «la violazione dei doveri di correttezza e buona fede ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma – come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. – costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica».

⁶ E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss.; si affeziona a questa lettura A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, pp. 131 e 133 ss.

⁷ Tra le «forme non autorizzate» di autotutela non previste dalla legge egli riconduceva anche «il diritto di ritenzione patizio» [E. BETTI, *o.m.c.*, p. 532; così anche W. D'AVANZO, *Ritenzione (diritto di)*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 177]; oppure, riferendosi alla clausola *solve et repete* come ammessa dalla prassi, diceva allora che «è difficile arrestarsi sulla via che porta a disorganizzare la funzione sinallagmatica» (E. BETTI, *o.m.c.*, p. 534), per concludere rilevando in talune regole del codice «l'espressione di un orientamento ostile a ogni assoggettamento convenzionale all'autotutela esecutiva del creditore» perché tali forme di autotutela sarebbero «da ritenere in contrasto col corretto esercizio della funzione giurisdizionale in fatto di misure cautelari» (p. 535).

⁸ W. D'AVANZO, *o.c.*, p. 170, per il quale il silenzio della legge in materia di autotutela non potrebbe considerarsi come disponibilità del legislatore a concedere tanto all'autonomia privata.

che consentano al creditore di realizzare subito il proprio credito, salva beninteso la possibilità che il giudice valuti poi comunque come la realizzazione sia in concreto avvenuta.

Sebbene in presenza di sue parole di segno opposto⁹, restava in lui pregnante una visione centralista della giustizia, che lo portò perfino a contestare l'ammissibilità degli arbitrati irrituali¹⁰: e certamente si sarebbe trovato a disagio di fronte al moltiplicarsi dei contratti autonomi di garanzia che dagli anni '90 sono entrati senza grandi difficoltà nel nostro ordinamento.

È però una lettura ormai fuori dal tempo¹¹, la quale dimentica che nessuna regola «sancisce l'esercizio esclusivo della giustizia da parte dello Stato»¹², cui semmai spetta il controllo su come l'autonomia privata intenda sostituirsi in concreto¹³ e trascura inoltre la circostanza decisiva per cui «l'autotutela si precisa poi un funzione di rimedio contro l'altrui vio-

⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in ID., *L'ordinamento vigente*, cit., p. 447 ss.

¹⁰ E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 533, ove parlava anche di «diffusione sempre più larga degli arbitrati irrituali» quale «indice di un disagio prodotto dalla disciplina antiquata del compromesso» che «non dovrebbe però giustificare una sanzione di legittimità da parte della giurisprudenza».

¹¹ Infatti l'Enciclopedia del diritto ha pubblicato nel volume di aggiornamento del 2000 la voce C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 130 ss., di tutt'altro indirizzo; si veda poi, riassuntivamente rispetto alle monografie del 1974, L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela*, II) *diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.

¹² C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 131; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, p. 27, il quale dice bene che l'ordinamento «non impone ai privati la tutela giurisdizionale ma la offre loro». Possiamo aggiungere che la riforma del 2006 dell'arbitrato, oltre a riconoscere ovviamente l'arbitrato irrituale, ha previsto nell'art. 802 *bis* c.p.c. anche la «convenzione di arbitrato in materia non contrattuale»; a tutto ciò s'aggiunge oggi la disciplina della composizione delle liti, anche in materia di separazione e divorzio, mediante convenzione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162), in cui la funzione giurisdizionale è limitata al controllo da parte della procura della repubblica sulle convenzioni in materia di separazione e divorzio in caso di minori, persone con handicap grave o figli maggiorenni non autosufficienti.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, cit., p. 36 s. Se dunque possono ritenersi eccezionali e ipotesi di autotutela regolate dal codice [A. DAGNINO, *o.c.*, p. 20: la casistica da lui individuata, peraltro così estesa da far dubitare che si tratti di meccanismi davvero eccezionali (p. 43 ss.); A. SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 89], dal che deriverebbe l'inapplicabilità analogica di tali previsioni (opinione pacifica in giurisprudenza: Cass., 29 settembre 2005, n. 19162, in *CED on line*; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1741, *ivi*; Cass., 16 settembre 2004, n. 18651, *ivi*; Cass., 19 agosto 2002, n. 12232, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1539), altro e del tutto diverso è il profilo dei limiti dell'autonomia privata di regolare i rapporti mediante forme di autotutela di natura pattizia, che va comunque riconosciuto [A. DAGNINO, *o.c.*, p. 57 ss., ed *ivi* la precisazione che si tratta di «potere generale e non eccezionale» (p. 66); A. SATURNO, *o.c.*, p. 88 ss.].

lenza o minaccia»¹⁴, sicché «può allora intendersi come non sussista un divieto all'autotutela come tale bensì il precetto generale del rispetto dei diritti altrui»¹⁵.

Per chi ammette quindi la possibilità di creare forme atipiche di garanzia, come l'art. 1179 c.c. consente¹⁶, il problema consiste semmai nel determinarne i contorni specifici piuttosto che nel creare un argine alle fattispecie.

2. Delle varie ipotesi praticabili interessa richiamare qui l'attenzione del lettore sulla clausola di ritenzione contenuta talora nei contratti bancari, in forza della quale la banca trattiene titoli del cliente in custodia con diritto di porli in vendita e compensare il debito per il prezzo, con i propri crediti che non siano soddisfatti alla scadenza.

Al di là del fatto che oggi questi titoli non sono più documenti cartacei, sicché la ritenzione si identificherà semmai nel non consentirne il trasferimento a terzi mediante le apposite scritturazioni elettroniche, questa clausola è stata cassata dal Collegio di coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario.

Il punto centrale della motivazione è questo: «come rilevato in dottrina, il diritto di ritenzione non attribuisce alcun potere sul bene, di cui non si acquista la proprietà, né la disponibilità, né l'uso, ma solo è in grado di indurre il debitore ad adempiere, al fine di rientrare nella disponibilità della cosa (Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XIV Edizione, ESI, 2009, pag. 676-678). Del pari la Suprema Corte (Cass., 4 aprile 1986, n. 2330) ha sancito, da un lato, l'impossibilità per il *retentor* di appropriarsi dei frutti o di imputarli al soddisfacimento del proprio credito; dall'altro, ha affermato nel contempo l'obbligo di conservare integre le ragioni del debitore prevedendo in capo al *retentor* un generico obbligo di custodia della cosa ritenuta e, qualora questa produca frutti deteriorabili, un obbligo di raccolta e consegna degli stessi al debitore-proprietario. Appare dunque evidente come, nel caso che occupa, il collegamento operato tra le diverse previsioni negoziali sopra richiamate vada ben al di là della funzione e dei limiti che caratterizzano il mero diritto di ritenzione, nella misura in cui attribuisce alla banca – al ricorrere di determinate condizioni – il diritto di vendere i titoli presenti nel conto di deposito del cliente e di soddisfarsi sul netto ricavo. Stando così le cose, lo scopo che in tal

¹⁴ C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 132; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela*, cit., p. 1 s.

¹⁵ C.M. BIANCA, *o.l.c.*

¹⁶ Sull'argomento v. di recente G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016, sub *art. 1179*, p. 333 ss.

modo le parti sembra abbiano voluto realizzare è quello di costituire una sorta di garanzia atipica in favore della banca assimilabile, *quoad effectum*, al pegno c.d. *omnibus*¹⁷.

Francamente questa motivazione, oggi, sorprende non poco. A parte l'erroneo richiamo ad un precedente del S.C. che si riferisce ad un diritto di ritenzione previsto da una legge speciale e non a quello pattizio¹⁸, altra essendo per questo la riposta già vista del S.C.¹⁹, non è esatto parificare la ritenzione semplice, che non attribuisce alcuna prelazione, al pegno *omnibus*, che invece proprio la prelazione vuol garantire. Del pari non è condivisibile il ritenere inaccettabile la possibilità, contrattualmente stabilita, di percepire i frutti dei beni del debitore, a riduzione del debito, quando il codice la ammette invece con il contratto di anticresi (art. 1964 c.c.) e lo impone per il pegno di crediti (art. 2802 c.c.).

Da altro punto di vista è infatti ben possibile ricostruire tale clausola come patto atipico, pienamente ammissibile solo che lo si esamini nelle sue componenti: un diritto convenzionale di ritenzione; un mandato *in rem propriam* alla vendita subordinato alla condizione di inadempimento del debitore; un patto di compensazione, pur'esso contemplato dal codice (art. 1252 c.c.), tra il debito relativo all'incasso della vendita ed i crediti vantati verso il cliente inadempiente.

Ciò consente di tornare al tema che interessa: si può pattuire in un contratto e, se sí, in che limiti un diritto di ritenzione a tutela del creditore?²⁰.

¹⁷ ABF, Coll. coord., 20 settembre 2013, n. 4808, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 467.

¹⁸ Cass., 4 aprile 1986, n. 2330, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1867: «il diritto di ritenzione ex art. 15, 5° comma, l. 11/71 in pendenza del giudizio per l'accertamento dei miglioramenti apportati dall'affittuario ed il pagamento del relativo indennizzo, ha la sola funzione di garanzia per il pagamento del detto indennizzo, per cui, venuto meno il rapporto di affitto, ai sensi dell'art. 1591 c.c. il concedente, per il ritardo nella restituzione del fondo affittato, ha diritto al "corrispettivo convenuto" sino alla riconsegna, salvo il maggiore obbligo per il risarcimento dei danni; e tale "corrispettivo convenuto", in regime vincolistico dei canoni d'affitto, va riferito non già al canone pattiziamente stabilito ma a quello legale disciplinato da norme inderogabili».

¹⁹ A cui può aggiungersi anche Cass., 14 gennaio 1998, n. 271, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 59: «il diritto di ritenzione, trovando il suo fondamento nel generale principio di autotutela sancito dall'art. 1460 c.c. (per effetto del quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascun contraente può rifiutare la propria prestazione in costanza di inadempimento della controparte), deve ritenersi legittimamente esercitato, da parte del contraente adempiente, anche nella ipotesi di inadempimento, da parte dell'altro contraente, di un diverso negozio, purché quest'ultimo risulti collegato con l'altro contratto da un nesso di interdipendenza – fatto palese dalla comune volontà delle parti – che renda sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio, e la cui valutazione è rimessa al prudente ed insindacabile apprezzamento del giudice di merito».

²⁰ Lo ammettono, ad es., F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2010, p. 368; E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 211; in

3. Che il diritto di ritenzione possa sussistere a prescindere dalla prelazione è indicato dal capoverso dell'art. 2794 c.c., essendosi già osservato che se il creditore pignoratizio può trattenere il bene fino al soddisfacimento di crediti diversi da quelli per cui fu costituito il pegno, tale regola giunge allora a «contraddire la tesi della tipicità della ritenzione semplice».

Infatti se ciò sia nella facoltà dell'ex creditore pignoratizio, «non si vede perché altrettanto non possa fare chi detenga la cosa del debitore per un titolo diverso dal pegno»²¹, quale può essere appunto il contratto atipico legittimato dalla disposizione in esame, sia pure nei limiti del rapporto tra le parti contraenti.

Più in generale, se si tiene distinto il rapporto che intercorre tra debitore e creditore, ove l'unico limite è quello insuperabile del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.)²², dall'efficacia per i terzi che il codice collega alle garanzie reali tipiche²³, si può ammettere che i contraenti diano vita a forme non codificate di protezione del credito, trattandosi di meccanismi, così intesi, meritevoli di tutela, mentre non si può consentire che ciò avvenga a scapito dei diritti dei terzi, come si è detto da molto tempo proprio con riferimento al diritto di ritenzione²⁴.

definitiva A. BARBA, *Ritenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1387; A. DAGNINO, *Contributo*, cit., p. 115 ss., che però pretende la connessione tra credito e cosa ritenuta in garanzia (p. 119), ritenendo eccezionale la regola ora citata, seguendo qui le indicazioni di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 217; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, pp. 63 e 160 s.; A. SARTURO, *Diritto di ritenzione*, cit., p. 88 ss.

²¹ F. GALGANO, *o.l.u.c.*

²² Regola che opera anche in presenza di collegamento contrattuale diretto a realizzare una garanzia reale atipica, come dice Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1251: «la fattispecie del collegamento negoziale è configurabile anche quando i singoli atti siano stipulati tra soggetti diversi, purché essi risultino concepiti e voluti come funzionalmente connessi e tra loro interdipendenti, onde consentire il raggiungimento dello scopo diviso dalle parti (nell'affermare il principio di diritto che precede la suprema corte ha ritenuto che, con riferimento ad un contratto preliminare e ad un successivo contratto definitivo di compravendita di un bene di proprietà di un soggetto diverso dal debitore – nella specie, la moglie – fosse legittimamente predicabile, in astratto, un collegamento negoziale tra atti che, pur restando apparentemente, autonomi e leciti, pur tuttavia erano potenzialmente idonei ad atteggiarsi come forma di garanzia reale atipica per il pagamento della somma dovuta dal debitore, marito della promettente venditrice, il bene della quale veniva trasferito al creditore sotto condizione e in conseguenza del mancato adempimento, il tutto in violazione del disposto dell'art. 2744 c.c. La Suprema corte ha, peraltro, nella specie, escluso, in fatto, la sussistenza di tale fattispecie)».

²³ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2005, pp. 13 e 15 ss.

²⁴ Cass., 11 gennaio 1957, n. 44, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 322: «può farsi luogo al diritto di ritenzione fuori dei casi stabiliti dalla legge quando tale diritto trovi il suo fondamento nella volontà contrattuale delle parti e non leda le ragioni dei terzi». Ampia la ricostruzione storica del diritto di ritenzione e delle teorie in ordine alla sua natura (reale, obbligatoria, mista) di L.

In tal senso non va allora confusa la possibilità che un debitore conceda al creditore altra sufficiente cautela, come consente l'art. 1179 c.c., con la (im)possibilità di incidere sulla sfera patrimoniale degli altri creditori. Militano contro questa intrusione da un lato il limite all'efficacia esterna del contratto posto dall'art. 1372 c.c.²⁵ e la tutela accordata ai creditori dalla regola della *par condicio* (art. 2741 c.c.)²⁶; dall'altro l'evidente intenzione del legislatore, che sottrae alla disponibilità delle parti la configurabilità di privilegi atipici (art. 2745 c.c.).

Se poi si tiene conto che l'art. 2800 c.c. indica che il difetto di taluni requisiti nel pegno di crediti impedisce la prelazione, ma non gli ulteriori effetti connessi al pegno²⁷, la lettura che qui si condivide trova ulteriore sostegno.

Anche la giurisprudenza ha già ammesso nel passato la possibilità di attribuire pattiziamente il diritto di ritenzione al creditore, ma appunto nelle sole forme della ritenzione semplice²⁸, ovvero senza privilegio: il che

MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione*, cit., p. 21 ss., o di A. SATURNO, *Diritto di ritenzione*, cit., p. 44 ss.

²⁵ A. SATURNO, *o.c.*, p. 90. Non è invece convinto invece che sia questa la disposizione di riferimento E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale*, cit., p. 210, perché la ritenzione sarebbe opponibile ai creditori solo nei limiti del diritto di rifiutare la consegna del bene, mentre gli stessi potrebbero partecipare alla distribuzione del prezzo dando vita anche alla vendita del bene. C'è solo da dire che il creditore, in quanto tale, non può chiedere la consegna del bene mentre laddove vanti un titolo dominicale (e dunque non sia più un semplice creditore), per le ragioni che saranno indicate nel testo, non ritengo che gli si possa rifiutare la consegna (tuttavia, *contra*, *Id.*, *o.c.*, p. 203).

²⁶ A. SATURNO, *o.c.*, p. 88.

²⁷ V. ad es. Cass., 12 giugno 2006, n. 13551, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 1282: «in tema di pegno di crediti, il mero scambio dei consensi produce solo gli effetti prodromici disciplinati dagli art. 2801 e 2802 c.c., ma non dà luogo, di per sé solo, alla nascita del diritto reale di garanzia sul credito, poiché questo sorge solo con la notificazione del titolo costitutivo al terzo debitore, e cioè col completamento di una fattispecie a formazione successiva la quale assicura al creditore il diritto di prelazione sul credito»: nulla vieta allora di rinunciare alla prelazione ma mantenere gli altri effetti interni dell'accordo.

²⁸ Cass., 7 luglio 1975, n. 2643, in *Foro it.*, 1976, I, c. 402; Cass., 11 gennaio 1957, n. 44, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 322; più o meno nella stessa direzione Cass., 16 marzo 1984, n. 1808, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 584: «nella vendita con effetti reali, in cui l'acquirente, una volta concluso il contratto, consegue, immediatamente e senza bisogno di materiale consegna, non solo la proprietà ma anche il possesso (in senso giuridico) della cosa, l'obbligo del venditore di trasferirne il possesso materiale può essere derogato allorché il venditore d'accordo con l'acquirente mantiene la relazione immediata con la cosa venduta, possedendola non animo domini bensì ad altro titolo, tale risultato è raggiungibile sia attraverso la costituzione di usufrutto per riserva del venditore, che, trattandosi di immobili, esige la forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 2 c.c., sia attraverso qualsiasi negozio (tipico o atipico, a titolo oneroso o gratuito) che sia idoneo ad attribuire al venditore un diritto di ritenzione della cosa a scopo di godimento, di uso o di garanzia e che, dando luogo ad un rapporto di natura personale, richiede

è in perfetta sintonia con quanto appena indicato, ovvero che i privilegi sono determinati solo dalla legge, non potendo le parti alterare il principio della *par condicio creditorum*²⁹.

Non si tratta allora di una forma di garanzia reale atipica in senso proprio³⁰, perché i creditori potranno sempre staggire il bene con il pignoramento presso terzi³¹ ed il creditore con ritenzione semplice concorrerà con loro senza alcuna prelazione³². Di conseguenza la funzione di questa ritenzione, da ammettersi, anche alla luce del già ricordato divieto del patto commissorio, consiste solo nell'evitare che il debitore possa far scomparire il bene sottraendolo di fatto alle azioni esecutive³³ e, ove previsto dal contratto, consentire al creditore di procedere alla vendita del bene per compensare il ricavo con il debito relativo alla restituzione dell'incassato.

Resta invece intatta la possibilità che il debitore ceda il bene a terzi, ai quali nulla potrà eccepire il creditore³⁴, ma è conseguenza inevitabile: poiché non si è in presenza di pegno, il diritto convenzionale di ritenzione (diversamente dalle ipotesi di ritenzione legale) non sarà infatti opponibile al terzo acquirente, perché non include anche ad un diritto di séguito³⁵.

la stessa forma solo se si concreti in uno degli atti compresi nell'art. 1350 cit., con le correlate conseguenze in ordine alla prova».

²⁹ Su questa cfr. G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2011, p. 239 ss.

³⁰ Secondo A. SATURNO, *Diritto di ritenzione*, cit., p. 93, la ritenzione semplice non costituirebbe nemmeno una forma di autotutela, perché in definitiva fisserebbe il termine dal quale il costituente possa riprendersi il bene, cioè dal momento in cui adempia il proprio debito: qui allora «il diritto di rifiutarne la restituzione appare la pura e semplice applicazione del principio generale per cui ciò che si deve restituire a tempo determinato non si può esigere prima della scadenza del termine (art. 1185)». Vero è tuttavia che se il debitore non adempie alla scadenza, il ritentore non restituisce il bene e quindi il termine per la restituzione è tutt'altro che determinato. Inoltre la ritenzione di bene è legata al credito e per ciò ne emerge la funzione di garanzia: ma è chiaramente una questione nominalistica.

³¹ Secondo Cass., 23 ottobre 1956, n. 3842, in *Foro it.*, 1957, I, c. 35, i creditori possono appunto costringere il debitore alla vendita; io ritengo invece che possano procedere direttamente al pignoramento presso terzi, senza dover agire verso il creditore imponendogli non si sa cosa: la notifica del precetto?

³² M. FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 463; A. SATURNO, *Diritto di ritenzione*, cit., p. 88.

³³ Per tutti cfr. E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale*, cit., p. 200 ss.

³⁴ L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione*, cit., p. 63; A. SATURNO, *Diritto di ritenzione*, cit., p. 92.

³⁵ In questo senso si è pronunciata Cass., 22 giugno 1972, n. 2056, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1396: «come emerge dall'art. 2794 c.c., il diritto di ritenzione ha natura personale, nel senso che può essere fatto valere, di regola, nei confronti del debitore o del costituente. Esso acquista natura di diritto reale solo quando sia assistito dal diritto di prelazione, sicché, ove manchi quest'ultimo, non è operante nei confronti degli altri creditori e, in caso di fallimento, nei confronti del curatore».

È vero, come bene ha notato la letteratura, che in tal modo si può frustrare la funzione di garanzia che la ritenzione semplice persegue³⁶, ma è anche del pari vero che si tratta pur sempre di conseguenza che deriva dalle scelte di autonomia delle parti.

Ora se queste decidono di non avvalersi del pegno, liberamente scelgono di non proteggersi così come la relativa disciplina consente: è infatti proprio la loro volontà di dar vita alla ritenzione semplice e non al pegno a dimostrare che la scelta è per una forma di garanzia minore, priva cioè sia di prelazione che di sequela, laddove nulla impediva di dar vita a quella completa.

D'altro canto se il creditore potesse opporre la ritenzione al terzo acquirente, potrebbe allora pretendere da lui il pagamento del debito del cedente, creando così un'obbligazione solidale senza un titolo cui abbia partecipato l'acquirente ed al di fuori dei casi previsti dalla legge, spostando il rischio dell'inadempienza, che era stato male garantito, da sé al terzo ignaro. Verrebbe allora in essere un'ipotesi di responsabilità senza debito, al pari di quelle del terzo datore di pegno e di ipoteca, che graverebbe sull'ignaro acquirente³⁷.

Entro questi limiti, dunque, «in generale le parti possono attribuire in via preventiva al creditore il potere di liquidare i beni del debitore al fine di soddisfare il credito mediante il ricavato»³⁸, salvo beninteso il diritto del debitore di contestare la pretesa nel merito, trattandosi di funzione cautelativa al pari della clausola *solve et repete* legittimata dall'art. 1462 c.c.

È quindi la funzione di autotutela, meritevole di protezione, a legittimare la ritenzione pattizia con mandato a vendere per compensare le reciproche pretese, che si fonda sulla condivisa conclusione per cui «l'interesse del creditore a trattenere la cosa fino al soddisfacimento del credito prevale su quello del proprietario ad averne l'incondizionata restituzione poiché rileva la particolare connessione del titolo creditorio con quella cosa»³⁹.

Ecco perché non convince la decisione del Collegio di coordinamento: perché pare che guardi indietro nel tempo e confonda la possibile cattiva utilizzazione del rimedio, che va colpita come ogni violazione della buona

³⁶ E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale*, cit., p. 202.

³⁷ Ovviamente qualora il terzo colluda con il cedente per ledere il diritto del credito del ritentore, questi avrà i mezzi di tutela del credito che vanno dall'inefficacia derivante dalla simulazione o dalla violazione della buona fede contrattuale fino alla del pari inefficacia prospettabile per il fatto illecito.

³⁸ C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 136.

³⁹ C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 139.

fede o come ogni inadempimento, con un inesistente limite alla possibilità di dar vita a garanzie atipiche.

GIANLUCA SICCHIERO

Abstract

L'articolo è diretto a sostenere l'ammissibilità della ritenzione semplice quale mezzo di tutela del credito che non crea una prelazione atipica ma rafforza la protezione del creditore di fronte al rischio che il debitore sottragga i propri beni. I limiti della tutela attribuiti dalla ritenzione semplice costituiscono una conseguenza della libera scelta dei contraenti, di non avvalersi di una garanzia tipica.

The article supports simple retention as a form of safeguard to credit that does not give an atypical preemptive right, but strengthens the creditor's protection against the risk that the debtor could remove their assets. The safeguard limits of simple retention are a consequence of a free choice between the contracting parties, when they choose not to avail themselves of a typical guarantee.