

# Garanzie reali e personali

*a cura di* Angelo Chianale

*con la collaborazione di*

G. Terlizzi, S. Campolattaro, M. Martelli

SECONDA EDIZIONE



**Giappichelli**

## ATTRIBUZIONI AUTORI

### Parte I

Capitolo I	<i>Giulia Terlizzi</i>
Capitolo II	<i>Giulia Terlizzi</i>
Capitolo VIII	<i>Matteo Martelli</i>

### Parte II

Capitolo I	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo II	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo III	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo IV	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo V	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo VI	<i>Simone Campolattaro</i>
Capitolo VII	<i>Matteo Martelli</i>
Capitolo VIII	<i>Giulia Terlizzi</i>

### Parte III

Capitolo I	<i>Giulia Terlizzi</i>
Capitolo II	<i>Matteo Martelli</i>
Capitolo III	<i>Matteo Martelli</i>
Capitolo IV	<i>Matteo Martelli</i>
Capitolo V	<i>Angelo Chianale e Giulia Terlizzi</i>



## PREMESSA

L'insegnamento delle *Garanzie dell'obbligazione* nel corso di Diritto civile mi ha reso evidente una lacuna nell'offerta editoriale italiana. Mentre in Francia, anche per la diversa strutturazione dei percorsi universitari, i testi intitolati *Droit de sûretés* sono numerosi e sovente anche molto approfonditi, da noi la materia resta confinata nei due settori tradizionali dei contratti speciali, quindi nella trattazione del libro IV del codice civile, per le garanzie personali, e della tutela dei diritti, contenuta nel libro VI del codice civile, per le garanzie reali.

Con alcuni giovani studiosi si è così provato a presentare una trattazione monografica di livello istituzionale, ma completa e aggiornata, della responsabilità patrimoniale e delle garanzie che l'ordinamento appresta per il creditore. Durante gli ultimi due/tre anni la materia ha subito innovazioni relevantissime da parte del legislatore: in particolare le alienazioni in garanzia, in perenne tensione rispetto al divieto del patto commissorio, si sono manifestate in vari sottotipi legali del patto marciano. E poi: i fenomeni di separazione patrimoniale, le limitazioni della responsabilità del debitore, e i casi di esdebitazione del debitore divengono sempre più numerosi nelle leggi speciali; il settore delle garanzie reali mobiliari, in grande fermento negli ultimi decenni, ha visto apparire il pegno non possessorio; la giurisprudenza prosegue nell'elaborazione del contratto autonomo di garanzia. Tutti questi profili meritano una trattazione coerente e organica.

Lo studente e il giurista pratico, interessato a un primo orientamento nella materia, trovano una bibliografia essenziale per i vari argomenti trattati e l'indicazione delle sentenze di Cassazione più recenti. Non mancano alcuni approfondimenti storici e di diritto comparato, utili per aiutare la comprensione dei vari istituti e per rendere il volume un punto di partenza per ulteriori approfondimenti.

ANGELO CHIANALE



❖ Parte I ❖

# LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE



## ❖ Capitolo I ❖

# LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

### Sommario

1. Il principio. – 2. I caratteri di personalità e universalità. – 3. La garanzia generica. – 4. Due deroghe: prestito vitalizio ipotecario e 120-*quinqüesdecies* t.u.b. – 5. Il prestito vitalizio ipotecario. – 6. Il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinqüesdecies* t.u.b.). – 7. La *par condicio creditorum*. – 8. Deroghe poste dal legislatore: le cause legittime di prelazione. – 9. Altre ipotesi di alterazioni della *par condicio creditorum*. – 10. La legislazione speciale in materia commerciale. – 11. Il divieto del patto commissorio. – 12. La vendita con patto di riscatto. – 13. Il correttivo del patto marciano. – *Bibliografia*.

### 1. Il principio

Il principio della responsabilità patrimoniale è contenuto nell'art. 2740 c.c., il quale stabilisce che “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Il principio è contenuto inoltre in apertura del sesto libro del codice civile: il titolo III è infatti rubricato “Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale”. Il principio della “responsabilità patrimoniale” affonda le sue radici nella teoria della “patrimonialità delle obbligazioni” di matrice tedesca, focalizzata sul risultato economico atteso dal creditore e sulle modalità per ottenerlo nella eventualità in cui il debitore non adempia spontaneamente. In base alle concezioni patrimonialistiche, infatti, l'oggetto della obbligazione non sarebbe costituito dalla prestazione, bensì dal bene dovuto, e la *totalità* dei beni del debitore funge così da garanzia *generica* per l'adempimento. Al creditore, che non può agire attraverso la coercibilità diretta del comportamento del debitore, l'ordinamento offre quale unica soluzione la “responsabilità patrimoniale” del debitore (art. 2740) e da cui consegue la possibilità di aggredire i suoi beni attraverso l'azione di esecuzione forzata (art. 2910 c.c.). Da queste

premesse il rapporto obbligatorio si struttura come sintesi di due componenti: il debito e la responsabilità, intesa come “responsabilità patrimoniale del debitore”, contenuta nella lettera della norma dell’art. 2740 c.c. (il debitore “risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni”). L’istituto è quindi caratterizzato da tre elementi (o fasi): il rimedio all’inadempimento nella eventualità di un rapporto debito-credito non soddisfacente dal punto di vista del suo funzionamento, cui è connessa l’individuazione dei beni sui quali il creditore può far valere le sue ragioni, e infine l’attivazione delle procedure della espropriazione (art. 2910 c.c.), al fine di garantire al creditore di soddisfarsi anche in via indiretta sul ricavato della vendita dei beni individuati a garanzia del suo credito.

## 2. I caratteri di personalità e universalità

La norma espressa dall’art. 2740 c.c. enuncia due importanti principi intorno a cui ruota la disciplina della responsabilità patrimoniale: quelli di “personalità” e “universalità” del patrimonio. Riferendosi la norma a “tutti i suoi beni”, il concetto di “personalità” del patrimonio è riferibile alla oggettività del rapporto, e quindi al patrimonio del debitore considerato nella sua interezza (essendo oramai del tutto abbandonata la concezione personalistica della responsabilità, implicante il coinvolgimento della stessa persona del debitore); mentre quello di “universalità” va invece ricercato nel collegamento con le disposizioni successive, quella in cui il legislatore enuncia le limitazioni (art. 2740, comma 2), e quella che afferma la distinzione fra i creditori in base alle cause legittime di prelazione che assistono il credito, per cui l’intero patrimonio è considerato alla luce dello specifico assoggettamento alla garanzia patrimoniale dei diversi creditori (art. 2741 c.c.). Al principio di universalità della responsabilità patrimoniale una parte della dottrina affianca il principio di “proporzionalità”, volto a impedire che il debitore sia pregiudicato oltre la misura necessaria al soddisfacimento del creditore, sia in sede di espropriazione forzata, sia nella fase (eventuale) di esercizio delle azioni mirate alla conservazione della garanzia.

Va peraltro ricordato che, se, da un lato, la nozione di responsabilità si esplica nel diritto del creditore di aggredire il patrimonio del debitore, dall’altro lato, si configura un obbligo per il debitore di non alterare la propria consistenza patrimoniale. Senza assolutizzare, si può leggere questa norma come diritto del creditore a non vedere alterata da parte del debitore la consistenza del patrimonio. In questo senso la pretesa del creditore non è da considerarsi come mera aspettativa, ma come un valore tutelato

dalla legge attraverso la concessione di mezzi di protezione. In questo senso si deve leggere il dovere “generico” del debitore di mantenere integro il patrimonio, quanto meno nel suo valore, e di astenersi dal sottrarre i propri beni alla garanzia del creditore. Ciò trova conferma nel fatto che la tutela attribuita vale anche contro il terzo che renda in concreto impossibile l’esercizio dell’azione. L’attuazione di questa tutela è prevista con l’azione revocatoria, prevista nel nostro ordinamento agli artt. 2901 ss. Si tratta di un rimedio in base al quale i creditori possono, a determinate condizioni, domandare che siano dichiarati inefficaci nei loro confronti gli atti di disposizione del patrimonio compiuti dai debitori.

### 3. La garanzia generica

Quando si parla di responsabilità patrimoniale si parla anche di garanzia patrimoniale o “generica”, indicandosi, con quest’ultimo termine, che tutti i beni compresi nel patrimonio del debitore costituiscono una “generica garanzia” del credito. In questo senso si parla del patrimonio del debitore come oggetto della garanzia generica di cui occorre assicurare la conservazione nell’interesse del creditore. Significa cioè che il creditore non ha un diritto particolare su un bene specifico, bensì ha un diritto a procedere mediante esecuzione forzata su qualsiasi bene pignorabile che rientri nel patrimonio del debitore.

Le regole che disciplinano la materia si trovano agli artt. 2740 e 2741 c.c. In particolare, la generica responsabilità del debitore è prevista dall’art. 2740 c.c., il quale stabilisce che il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri, salvo le limitazioni previste dalla legge.

Occorre però tener presente che finché non si verifica l’inadempimento del debitore, la garanzia rimane appunto “generica”, ossia potenzialmente a disposizione del creditore, ma non aggredibile. Il debitore cioè non subisce alcun vincolo sopra i propri beni che possono essere oggetto di atti di disposizione; solo se si palesa il pericolo (attuale o futuro) che i creditori non possano più soddisfarsi, gli stessi potranno esperire i c.d. “mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale” disciplinati dall’art. 2900 (azione surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo).

In questo senso alla garanzia generica si contrappone la garanzia specifica, quella cioè che si configura nelle forme del pegno, della ipoteca e dei privilegi, di cui il singolo creditore può avvalersi per tutelare più intensamente il suo credito (art. 2741 c.c.).

#### 4. Due deroghe: prestito vitalizio ipotecario e 120-*quinqüesdecies* t.u.b.

Il nostro ordinamento sta via via muovendo verso il superamento del principio di “universalità”, in favore dell’opposto principio della “specializzazione della responsabilità patrimoniale”, come d’altronde testimoniano anche le molteplici deroghe all’art. 2740 c.c. Si tratta in sostanza della scissione dell’unità del patrimonio in una pluralità di masse patrimoniali, ciascuna delle quali costituisce la garanzia dei soli creditori aventi ragioni di credito coerenti con la finalità di destinazione di quella specifica massa patrimoniale.

D’altra parte, è sempre più forte l’esigenza nel nostro ordinamento di tutelare le ragioni del creditore, rendendo più agevole e veloce il suo soddisfacimento, in caso di difficoltà del debitore nell’adempire ai propri impegni. A partire da queste premesse, sono emerse nuove forme di garanzia, atipiche, volte a evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione, accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all’affidamento all’autorità giudiziaria e ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione.

In tal modo, si potrebbe considerare superato il principio secondo cui il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore deve sempre passare per il procedimento giudiziario di esecuzione, riconoscendo al contempo all’autonomia privata spazi di intervento prima sconosciuti, e permettendo un modello convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di mancato adempimento da parte del debitore. In particolare emergono di recente ipotesi di “esdebitazione”: il debitore risponde soltanto con un bene determinato; al di fuori delle ipotesi di esdebitazione concorsuale (es. in caso di sovrindebitamento del consumatore). Fra queste, si segnalano il prestito vitalizio ipotecario e la nuova norma prevista dall’art 120-*quinqüesdecies*, comma 4, lett. a e b, t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori, strumenti che configurano entrambi una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica *ex* 2740 c.c.

#### 5. Il prestito vitalizio ipotecario

Lo strumento del prestito vitalizio ipotecario nasce con finalità assistenziali, volte a consentire a soggetti in età avanzata di utilizzare la proprietà immobiliare come riserva finanziaria per ottenere liquidità senza perdere il bene-casa.

Introdotta con l’art. 11-*quaterdecies* della legge del 2 dicembre 2005, n. 248 e poi radicalmente modificata con la legge 2 aprile 2015, n. 44 e con il

d.m. 22 dicembre 2015, n. 226, il prestito vitalizio ipotecario è un contratto di finanziamento che permette agli istituti di credito di concedere finanziamenti riservati a persone fisiche con età superiore ai 60 anni a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e con rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza. Viene così a delinearsi un modello in cui l'abitazione svolge una duplice funzione: quella di assicurare le esigenze abitative del titolare, da un lato; quella di costituire lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze di vita, dall'altro.

La capacità di credito del prestito vitalizio ipotecario è ovviamente limitata ed il finanziamento normalmente non eccede una percentuale minima del valore dell'immobile offerto in garanzia. Tuttavia, lo strumento consente di non dover ricorrere, in caso di necessità, alla radicale iniziativa di vendere l'abitazione e trasferirsi in locazione. La differenza di questo strumento dal tradizionale mutuo ipotecario sta nel fatto che a carico del soggetto che beneficia della somma erogata non è previsto alcun obbligo di rimborso; il concedente avrà la possibilità di soddisfarsi per mezzo della vendita dell'immobile solo dopo la morte del beneficiario del finanziamento.

Lo strumento è stato ideato per rendere l'accesso al credito più flessibile, in particolare regolando il potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene oggetto di garanzia e soprattutto prevedendo un meccanismo di *esdebitazione* degli eredi del beneficiario del prestito, per cui "l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute". Il prestito vitalizio ipotecario rappresenta pertanto uno strumento negoziale di finanziamento che deroga al principio generale proprio della responsabilità *ex art.* 2740 c.c., in quanto limita la responsabilità del debitore alla perdita del bene offerto in garanzia, non potendo gravare oltre tale valore ed impedendo al creditore di optare per la procedura esecutiva ordinaria.

Lo strumento appare efficace e originale per due ordini di ragioni. In primo luogo perché, essendo predisposto per soggetti in età avanzata, rappresenta un incentivo per il finanziatore, dal momento che la durata del prestito sarà presumibilmente più breve, con riduzione dei rischi riguardanti sia l'aumento dei tassi di interesse che la diminuzione del valore dell'immobile offerto in garanzia. In secondo luogo, perché il prestito vitalizio ipotecario rappresenta uno strumento tecnico per trasformare una parte del patrimonio in liquidità disponibile, contribuendo così a colmare le lacune di un sistema eccessivamente rigido.

D'altra parte, il prestito vitalizio ipotecario è caratterizzato da alcuni elementi di equilibrio. Il finanziato ha infatti la possibilità di accedere ad

un finanziamento che gli permette di ottenere credito con la sicurezza che il proprio rischio, e soprattutto quello dei suoi eredi, è limitato alla perdita del bene offerto in garanzia, ma non potrà gravare oltre tale valore, e tale scelta non può essere rimessa al finanziatore, il quale potrebbe evitare l'effetto *esdebitativo* semplicemente ricorrendo alla procedura esecutiva ordinaria, fuggendo così il rischio di aleatorietà caratterizzante il prestito vitalizio ipotecario. Si può pertanto affermare che il legislatore ha voluto introdurre, con questa particolare figura negoziale, alcune deroghe al vigente sistema. Come si è visto, la previsione che il credito si riduca al ricavato dalla vendita del bene ipotecato, con la conseguente esclusione della possibilità di agire su altri beni del debitore, non è che una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica.

## 6. Il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.)

Un'altra deroga al principio della responsabilità patrimoniale *ex art* 2740 c.c. è stata introdotta con l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lett. a e b, t.u.b. L'articolo rientra nel nuovo Capo I-*bis* del Titolo VI del t.u.b., intitolato "Credito immobiliare ai consumatori", introdotto dal d.l. 21 aprile 2016, n. 72, (con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014: *Mortgage Credit Directive*).

La disciplina del credito immobiliare ai consumatori prevista dal nuovo art. 120 *quinquiesdecies* ha un ambito di applicazione molto ben delineato: riguardo ai soggetti a cui la disciplina si rivolge, perché deve trattarsi di contratti tra un finanziatore (*ex art.* 120-*quinquiesdecies*) e un consumatore (*ex art.* 120-*quinquiesdecies*), riguardo all'oggetto, perché si applica solo ai contratti di credito come definiti dall'art. 120-*quinquiesdecies*. Al di fuori di questo perimetro, la norma del 120-*quinquiesdecies* non si applica.

In risposta alla esigenza di adottare "misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia", fatta propria dalla Direttiva europea attuata con la d.l. 21 aprile 2016, n. 72, al comma 1, l'art. 120 *qdi* impone agli istituti bancari finanziatori di "adottare procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. Alla Banca d'Italia tocca il compito di adottare "le disposizioni di attuazione del presente comma, con particolare riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore". Il comma 2 dell'articolo stabilisce che "Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, su-

periori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso”.

Fra tutte le previsioni quella che risulta essere più problematica è, però quella contenuta nei commi 3 ss. Al comma 3 si stabilisce infatti che “Fermo quanto previsto dall’art. 2744 del codice civile, *le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore 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 diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell’art. 120-*quater*”.*

Infine, il comma 4 dispone, con riguardo al comma 3 della norma che:

a) il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola;

b) se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza;

c) costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; mentre non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 40, comma 2; (articolo inserito dall’art. 1, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72;

d) il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell’art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all’inadempimento.

Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all’espropriazione immobiliare e, a seguito dell’escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva”.

La norma, come si è visto, pone non pochi problemi di squilibrio delle posizioni contrattuali, e per questa ragione il legislatore è intervenuto nell’ultima versione della norma in commento (cfr. art. 120-*quinquiesdecies*,

comma 4, lett. *a* e *b*, t.u.b.) per operare alcuni accorgimenti sostanzialmente volti ad impedire possibili pressioni a danno del consumatore da parte della banca (divieto di “condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola” di cui si discute), e a favorire una consapevole prestazione del consenso da parte del consumatore (il quale è assistito a titolo gratuito da un consulente “al fine di” valutare “la convenienza” della clausola stessa). Nella stessa direzione, va letta anche la previsione per cui, anche se il valore stimato dell’immobile o, a seconda dei casi, i proventi tratti dalla sua vendita a terzi, risultino di importo inferiore al debito residuo, il consumatore, se da una parte avrà perso ormai definitivamente la titolarità dell’immobile, dall’altra risulterà comunque liberato dalla propria esposizione debitoria nei confronti della banca (c.d. “esdebitazione”), con conseguente deroga al principio di responsabilità patrimoniale perpetua espresso dall’art. 2740 c.c.

## 7. La *par condicio creditorum*

L’art. 2741 c.c. enuncia il principio della *par condicio creditorum* secondo il quale i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore. In termini astratti, secondo la regola della *pari condizione dei creditori*, a prescindere dal creditore che abbia iniziato il processo di esecuzione espropriando un determinato bene del debitore, gli altri creditori possono inserirsi nel procedimento ed essere soddisfatti dal ricavato della vendita dei beni del debitore, in proporzione all’ammontare del credito di ciascuno. In questo modo, in caso di una pluralità di creditori, tutti sono ugualmente garantiti. In pratica, però, l’effettiva parità dei creditori è messa in discussione dalla presenza di altre regole e principi del sistema. La dottrina da tempo si è accorta che più che un principio volto a realizzare un ideale di giustizia, la *par condicio creditorum* è uno strumento che in base a criteri razionali si rivela efficace per risolvere i problemi di concorso delle azioni esecutive di una pluralità di creditori, tenuto sempre conto del fatto che il legislatore può accantonare questo principio laddove ravvisi la esistenza di altri e diversi concreti interessi che reputa meritevoli di tutela.

## 8. Deroche poste dal legislatore: le cause legittime di prelazione

Come prima e più significativa deroga posta dal legislatore stesso al principio della *par condicio creditorum*, vi è quella contenuta nello stesso art. 2741 c.c., il quale prevede al comma 1 che l’eguale diritto dei creditori

trova un limite nella esistenza di *cause legittime di prelazione*, precisando successivamente che sono cause legittime di prelazione i *privilegi*, il *pegno* e le *ipoteche*.

In questo caso è la stessa legge a prevedere che determinati crediti – in base alla loro natura – vengano ad essere in sede esecutiva preferiti rispetto ad altri crediti, che riceveranno così soddisfazione solo in via eventuale e residuale.

Si ha prelazione quando un creditore (cosiddetto privilegiato) ha diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto agli altri creditori (cosiddetti chirografari). Le cause legittime di prelazione previste dall'art. 2741 c.c. possono essere stabilite dalla legge stessa ovvero dalla iniziativa delle parti.

Fra le cause di prelazione stabilite dalla legge troviamo in primo luogo i privilegi (art. 2745 c.c.). Occorre però ricondurre a questa categoria anche quelle fattispecie – non menzionate dall'art. 2741, comma 2, c.c. – in cui la legge dispone che alcuni crediti siano anteposti ad altri nella loro pratica soddisfazione. Si segnalano:

– in fase di esecuzione sui beni della comunione i crediti della comunione coniugale, che sono preferiti rispetto a quelli vantati dai creditori particolari di un coniuge, non muniti di garanzia reale (art. 189, comma 2, c.c.);

– nel caso di eredità beneficiata i crediti del *de cuius* e i legatari sono preferiti, per ciò che riguarda i beni dell'asse, ai creditori dell'erede (art. 490, n. 3, c.c.); mentre in sede liquidazione, i creditori del *de cuius* sono preferiti ai legatari (art. 499, comma 2, c.c.), e se si verificano le condizioni dell'art. 499, comma 3, c.c., il legatario di specie è preferito rispetto agli altri legatari;

– nel caso di separazione dei beni del defunto dai beni dell'erede, si dà preferenza ai creditori e ai legatari separatisti rispetto ai creditori dell'erede (art. 512, comma 1, c.c.), e in certe condizioni (art. 514, 30 comma, c.c.) anche rispetto ai creditori e legatari non separatisti; mentre i creditori separatisti sono preferiti ai legatari separatisti (art. 514, comma 30, c.c.);

– in fase di azione revocatoria, l'art. 2909, comma 2, c.c. dispone che il terzo contraente che abbia verso il debitore ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria “non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto”.

Altre ipotesi di prelazione legale sono poi rinvenibili nella legislazione di settore. Si pensi, ad esempio, alla legge 3 aprile 1979, n. 95 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi che all'art. 2, comma 5

stabilisce che “nella distribuzione di acconti ai creditori previsti dal comma 2 dell’art. 212 della legge fallimentare, sono preferiti i lavoratori dipendenti e le imprese artigiane e industriali con non più di cento dipendenti”.

Dopo i privilegi, la norma dell’art. 2741 menziona le cause di prelazione stabilite su iniziative delle parti (o, anche dette, di origine convenzionale), si tratta del pegno e dell’ipoteca. Rispetto alle altre cause di prelazione, queste si caratterizzano per la loro natura di diritti sostanziali (non meramente procedurali), e per la caratteristica della realtà, da cui discende che il creditore, oltre ad essere titolare del diritto di prelazione (che gli attribuisce la possibilità di soddisfarsi prima degli altri creditori), è anche titolare del diritto di seguito, il quale gli permette di soddisfarsi su tali diritti di garanzia anche se sono entrati nel patrimonio di terzi. Infine (tranne per ipoteca legale e giudiziale), pegno e ipoteca nascono dalla volontà del debitore o del terzo datore che concedono al creditore la garanzia reale.

## 9. Altre ipotesi di alterazioni della *par condicio creditorum*

Le possibilità di diversificare la rigorosa condizione di parità dei creditori consacrata nel principio della *par condicio creditorum* sono molte e sono il risultato delle scelte arbitrarie di soggetti diversi. Alle volte l’alterazione dipende dalle scelte del debitore stesso, poiché rimane sovrano di decidere quale debito (esigibile) adempiere prima e quale dopo. Altre volte, le attenuazioni al principio della *par condicio creditorum* possono dipendere anche da iniziative poste a favore del creditore: basti pensare ai principi che governano il sistema della esecuzione forzata, in forza dei quali il creditore può aggredire i beni del debitore di sua iniziativa e secondo una sua scelta di tempo (art. 2910, comma 1, c.c.), senza doversi preoccupare delle esigenze di soddisfazione degli altri creditori.

La *par condicio creditorum* subisce una limitazione anche per via delle pretese petitorie: ad esempio, il compratore, pur essendo creditore per la consegna, vanta l’avvenuto acquisto della proprietà e prevale sui creditori del venditore, i quali agiscono per l’espropriazione del bene che trovano ancora nella sua materiale disponibilità.

Va ricordato, inoltre, che la *par condicio creditorum* investe soltanto le obbligazioni pecuniarie. Infatti il nostro ordinamento accoglie l’esecuzione forzata delle obbligazioni non pecuniarie. Sovente il conflitto viene risolto a favore del creditore, il quale avanzi la pretesa in natura relativa ad un bene, rispetto al creditore pecuniario, il quale intenda procedere all’espropriazione di quel bene. Così, ad esempio, la pretesa alla distruzione di

un'opera, fatta in violazione di un obbligo, prevale sull'azione esecutiva generica degli altri creditori, poiché l'art. 2933 c.c. consente al giudice di non provvedere alla distruzione, soltanto se derivi pregiudizio all'economia nazionale. Parimenti, la pretesa all'esecuzione forzata dell'obbligazione di concludere un contratto prevale sull'azione esecutiva volta all'espropriazione del bene, salva per gli immobili la priorità della trascrizione del pignoramento rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c.

L'eguale trattamento dei creditori viene poi escluso mediante la concessione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale in base a provvedimenti di condanna pronunciati in procedimenti sommari. Quanto più ampia è l'utilizzazione dell'ipoteca in funzione cautelare, ed anticipata rispetto alla condanna del debitore nel processo di merito, tanto maggiore è l'erosione della *par condicio* dei creditori. Va in merito osservato che il dibattito che ha per lungo tempo dominato le pagine della dottrina intorno allo spazio da assegnare all'ipoteca giudiziale verteva proprio sulla necessità di preservare l'eguale trattamento dei creditori, ne è risultato un atteggiamento favorevole all'ipoteca giudiziale che ha comportato una proporzionale compressione della *par condicio* dei creditori.

## 10. La legislazione speciale in materia commerciale

Il progressivo restringimento del preteso principio di eguale trattamento dei creditori si ritrova anche nella legislazione speciale del diritto commerciale, che ha via via permesso fenomeni di separazione patrimoniale, così da limitare la responsabilità del soggetto ad una frazione del patrimonio.

L'introduzione nella trama codicistica della società a responsabilità limitata unipersonale ha segnato un significativo approdo del dibattito sulla limitazione di responsabilità nella gestione dell'impresa. Di recente, un modello della creazione di patrimoni separati compare negli artt. 2447-*bis* ss. c.c., introdotti dalla riforma del diritto delle società: è consentita sia la destinazione di un patrimonio separato al perseguimento di uno specifico affare, sia l'assunzione di finanziamenti relativi ad uno specifico affare, i proventi del quale costituiscono patrimonio separato. I creditori relativi alla specifica operazione si soddisfano soltanto sui beni appartenenti al patrimonio separato, mentre agli altri creditori della società non è permessa alcuna azione esecutiva sul patrimonio separato. Da fenomeno circoscritto a talune fattispecie relative agli operatori dei mercati finanziari, culminato nella disposizione dell'art. 22, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, la separazione patrimoniale assume così il ruolo di meccanismo normale a disposizione dei privati. Nella gestione dell'im-

presa la società di capitali trova uno strumento per la modulazione della propria responsabilità patrimoniale, che sfugge al rigido paradigma costruito dagli interpreti intorno all'art. 2740 c.c. Nella medesima linea evolutiva si pongono anche il trust e l'atto di destinazione, accolto dall'art. 2645-ter c.c.

Da ultimo i decreti legislativi delegati del 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale), art. 1, e n. 117 (Codice del Terzo Settore – CTS), art. 4, applicano agli *enti religiosi civilmente riconosciuti* le rispettive discipline limitatamente alle attività di impresa sociale o del Terzo settore da essi svolte. A tali enti viene imposta la creazione di un "patrimonio destinato" a tali attività, con adozione di un regolamento e tenuta di contabilità separata.

L'interpretazione preferibile di questa normativa di settore propende per l'introduzione di un effettivo patrimonio separato dell'ente religioso. Questa soluzione è stata confermata dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che precisa: "*Per le obbligazioni contratte in relazione alle attività [di impresa sociale o Terzo settore] gli enti religiosi civilmente riconosciuti rispondono nei limiti del patrimonio destinato. Gli altri creditori dell'ente religioso civilmente riconosciuto non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo svolgimento delle attività*" stesse.

Le situazioni finora descritte mostrano come il principio della *par condicio creditorum* stia via via subendo una profonda erosione nel nostro ordinamento, benché tale tendenza sia sentita in maniera nettamente più forte in altri ordinamenti, come ad esempio in quello tedesco. In Italia, infatti, seppur formalmente, l'affermazione del principio della parità dei creditori rende più vischioso il tentativo da parte della autonomia privata di trovare soluzioni alternative di garanzie reali, più adeguati alla prassi. In questa precisa direzione, tuttavia, si collocano alcuni nuovi modelli di garanzie che si inseriscono nell'ambito delle garanzie personali, quali la fideiussione omnibus, le lettere di patronage, o il contratto autonomo di garanzia.

## 11. Il divieto del patto commissorio

Al principio generale di parità dei creditori sancito nel nostro ordinamento si ricollega il divieto del patto commissorio. Con questo divieto, espressamente stabilito dall'art. 2744 c.c., la legge considera nullo qualsiasi patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. In questo modo si impedisce di fatto al creditore di acquisire un bene pignorato o ipotecato di valore superiore rispetto all'ammontare

del credito. Il creditore potrà essere soddisfatto solo con la mediazione della procedura espropriativa, perché solo questa garantisce il valore del bene, e non lo espone ad approfittamento da parte del creditore. L'assegnazione del bene gravato da pegno o ipoteca, a titolo di pagamento del credito, può essere disposta a favore del creditore da parte del giudice dell'esecuzione, con piena tutela degli interessi del debitore.

La formulazione letterale della norma nell'attuale codice civile dichiara la nullità del patto non solo quando esso venga concluso contestualmente alla costituzione della garanzia (*in continenti*), ma anche quando esso venga concluso successivamente (*ex intervallo*), ed estende espressamente il divieto del patto alla garanzia ipotecaria.

Le giustificazioni di questo divieto sono diverse e si sono alternate nel tempo e nelle opinioni della dottrina. La *ratio* più diffusa consiste nella esigenza di tutelare il debitore (o più precisamente il soggetto che cerca credito) quale soggetto più debole e più esposto a subire pressioni e condizioni inique da parte del creditore. Ma vi è anche chi riconduce il divieto del patto commissorio alla inderogabilità della procedura giudiziale, tale per cui si deve ritenere inammissibile un soddisfacimento del creditore non mediato dagli strumenti della giustizia. Altri ancora, infine, riconnettono il divieto all'esigenza di impedire un "pregiudizio sociale" derivante dal possibile "prevalere di una siffatta forma di garanzia" e dagli inconvenienti che essa potrebbe produrre.

La giustificazione prevalente, collegata alla protezione del soggetto debole, permette di ritenere invece pienamente lecite le alienazioni in garanzia assistite dal patto marciano (v. parr. 13 e 14 ss.), in quanto mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è elemento del contenuto stesso del contratto<sup>1</sup>.

La struttura del patto commissorio si configura come un'alienazione in garanzia (poiché la sua funzione è quella di garantire un credito) condizionata all'inadempimento del debitore. L'inadempimento del debitore funge cioè da condizione sospensiva dell'acquisto da parte del creditore.

Peraltro dal canto suo la giurisprudenza ha esteso molto l'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c., giungendo a dichiarare la nullità di numerose figure negoziali (procura a vendere, preliminare di vendita, vendita con patto di riscatto, *sale and lease back*), quando risultano preordinate a fornire al creditore una garanzia su beni determinati. In queste ipotesi la pattui-

---

<sup>1</sup>La giurisprudenza è costante sulla validità del patto marciano. V. Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273; Cass. 18 aprile 2003, n. 6293.

zione non è correlata a un pegno o a un'ipoteca, ma il divieto del patto commissorio viene applicato come norma materiale che colpisce con la nullità ogni negozio giuridico stipulato in frode alla legge (art. 1344 c.c.), come si vedrà tra breve.

*Una peculiare disciplina si rinviene nell'ordinamento tedesco. Il § 1149 del BGB introduce il divieto di tutte quelle convenzioni stipulate anteriormente alla c.d. Pfandreife ovvero al momento della realizzazione dell'ipoteca, tese a determinare il trasferimento della proprietà del bene immobile o a compiere atti di disposizione di tale bene. Dopo il momento della realizzazione dell'ipoteca, le convenzioni indicate nel § 1149 BGB sono ammesse, purché queste vengano realizzate nel rispetto del limite del buon costume indicato nel § 138 I BGB, pena la nullità, e deve essere redatto nella forma di un atto notarile come accade per gli atti aventi ad oggetto l'alienazione di un diritto reale immobiliare. Le parti, dopo la c.d. Pfandreife, possono stabilire che il trasferimento della proprietà del bene immobile avvenga per mezzo di una trattativa privata, senza essere in possesso necessariamente di un titolo esecutivo. Le convenzioni sottoscritte in questi termini non sono oggetto di iscrizione nel libro fondiario, poiché, come è noto, l'iscrizione rileva per i negozi reali, ma il c.d. contratto reale volto al trasferimento dei diritti reali immobiliari potrà essere prenotato con un'iscrizione nel libro fondiario (Vormerkung, ex § 883 BGB).*

## 12. La vendita con patto di riscatto

Occorre ora distinguere il divieto del patto commissorio contenuto nell'art. 2744 c.c. da un'altra ipotesi: la vendita con patto di riscatto, riconosciuta valida nel nostro ordinamento. In questa fattispecie si ha un contratto di vendita (con patto di riscatto), vera e reale, concluso anche per uno scopo non tipico (lo scambio), ma atipico (la garanzia) per cui le parti stabiliscono che la proprietà passi senz'altro all'acquirente, salvo ritornare al venditore mediante l'esercizio del diritto di riscatto, con restituzione al compratore del prezzo da lui pagato. Problemi sul punto sorgono quando il ricorso ad una vendita con patto di riscatto dissimula un mutuo garantito dal trasferimento in garanzia di un immobile, con funzione tipica del patto commissorio, da considerarsi nullo *ex art. 2744 c.c.*<sup>2</sup>.

Dati questi presupposti, si era ritenuto in passato che il criterio distintivo appropriato per distinguere la liceità della vendita con patto di riscatto dalla illiceità del patto commissorio dissimulato, dovesse rintracciarsi nella

<sup>2</sup> Si veda per tutte, Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075.

immediatezza o meno del trasferimento del bene: se il trasferimento del bene avviene immediatamente, la vendita con patto di riscatto non può essere tacciata di illiceità; se invece tale passaggio è differito ad un momento successivo, il negozio è nullo *ex art. 2744 c.c.* Tuttavia, la dottrina più autorevole ha fortemente criticato questo criterio distintivo. L'anticipato trasferimento del bene oggetto della garanzia non è sufficiente per escludere gli inconvenienti propri del patto commissorio; ciò che rileva come discriminante tra stipulazioni lecite e illecite è semmai che il trasferimento avvenga nel caso di inadempimento di un debito, e quindi con funzione di garanzia. Se ciò accade il negozio va collocato non nel campo della vendita, ma in quello delle alienazioni in garanzia "a tipo commissorio con anticipato trasferimento della proprietà: ricadente direttamente e immediatamente nell'ambito del divieto legislativo". In questo senso, il criterio distintivo effettivo tra patto commissorio illecito e vendita con patto di riscatto lecita sta nell'accertare se l'alienazione è o meno diretta a svolgere una funzione di garanzia<sup>3</sup>.

### 13. Il correttivo del patto marciano

La tradizionale ricostruzione causale del divieto di patto commissorio pare essere apertamente contraddetta dall'attuale disciplina contenuta nel d.lgs. n. 170/2004, il quale legittima espressamente i trasferimenti a scopo di garanzia, prevedendo all'art. 6, comma 2 che "ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile". L'alienazione in garanzia di beni infungibili, ed in particolare di beni immobili, è ammessa dall'interprete se si presenta con i correttivi del patto marciano: si tratta allora di un'alienazione con il duplice obbligo per il creditore, in caso di inadempimento, di far valutare da un terzo il valore del bene e di versare al debitore la differenza tra quel valore ed il debito non pagato<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Si veda il *revirement* operato da Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, 524. In senso conforme le più recenti, Cass. 7 settembre 2009, n. 19288; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621: "qualora la vendita con patto di riscatto, pur se ad effetti apparentemente immediati, sia stipulata a scopo di garanzia con il fine specifico di attribuire il bene al creditore soltanto nel caso di inadempimento del debitore, il contratto, eludendo il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c., è, ai sensi dell'art. 1344 c.c., affetto da nullità per causa illecita"; Cass. 20 luglio 2001, n. 9900; Cass. 27 settembre 1994, n. 7878, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1154; Cass. 24 settembre 1994, n. 7890.

<sup>4</sup> Per la liceità dell'alienazione in garanzia con i correttivi del patto marciano si veda, nella