



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in Diritto – XXX ciclo

**L'AUTOTUTELA ESECUTIVA E LA CRISI DEL DIVIETO DEL PATTO
COMMISSORIO: UN CONFRONTO CON L'ESPERIENZA GIURIDICA
INGLESE**

DALLA *DOCTRINE OF CLOGS* AI NUOVI MARCIANI

Relatore:

Chiar.mo Prof. Andrea Fusaro

Candidata:

Dott.ssa Giorgia Corsi

INDICE

| | |
|-------------------|-------|
| INTRODUZIONE..... | p. 5. |
|-------------------|-------|

CAPITOLO I

BREVE INTRODUZIONE ALLA TUTELA REALE DEL CREDITO NEL DIRITTO ITALIANO ED INGLESE

| | |
|---|-------|
| 1. La tutela del credito e la <i>lex commissoria</i> nel diritto romano..... | p. 9. |
| 2. A proposito di responsabilità patrimoniale del debitore nel contesto italiano..... | 13. |
| 2.1. Segue: le cause legittime di prelazione..... | 15. |
| 3. Il sistema inglese di tutela del credito: le garanzie reali..... | 16. |
| 3.1. Segue: <i>mortgage v. charge</i> | 17. |

CAPITOLO II

IL *MORTGAGE* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA INGLESE

SEZIONE I – LA *LAW OF PROPERTY* ALLA BASE DELLA *REAL SECURITY*

| | |
|--|--------|
| 1. “ <i>Property</i> ” e “proprietà”: un tentativo di definizione..... | p. 19. |
| 1.1. La proprietà in Italia: profili di diritto costituzionale..... | 22. |
| 2. La <i>law of property</i> inglese..... | 25. |
| 2.1. La classificazione della <i>property law</i> in <i>realty</i> e <i>personalty</i> | 26. |
| 2.2. L’origine feudale della <i>real property</i> | 27. |
| 3. Il <i>Law of Property Act 1925: legal estates</i> ed <i>equitable interests</i> | 30. |
| 4. L’alienazione di <i>legal estate in land</i> e la “ <i>conveyance</i> ” | 32. |
| 4.1. Le novità in tema di <i>registration of title</i> | 34. |

SEZIONE II – IL *MORTGAGE* IERI E OGGI

| | |
|--|--------|
| 1. Il <i>mortgage</i> : definizione dell’istituto..... | p. 37. |
| 1.1. La principale forma di garanzia reale..... | 38. |
| 2. Il <i>mortgage</i> prima del <i>Law of Property Act 1925</i> | 40. |
| 3. L’età moderna della <i>law of mortgage</i> | 41. |
| 3.1. La costituzione dell’ <i>equitable mortgage</i> | 42. |
| 4. I <i>goods mortgages</i> nel mirino della <i>Law commission</i> | 43. |
| 4.1. Segue: il <i>goods mortgage</i> come il <i>charge</i> | 45. |

CAPITOLO III

LA DOCTRINE OF CLOGS E LE CONVENZIONI COMMISSORIE VIETATE

SEZIONE I – LA SACRALITÀ DELL’EQUITY OF REDEMPTION

| | |
|---|--------|
| 1. L’ <i>equity of redemption</i> : un diritto che nasce nelle <i>Chancery Courts</i> | p. 47. |
| 1.1. La <i>ratio</i> : un diritto del debitore- <i>mortgagor</i> | 49. |
| 1.2. L’ambito di applicazione dell’ <i>equity of redemption</i> | 50. |
| 2. La <i>doctrine of clogs</i> | 52. |
| 2.1. Il caso <i>Kreglinger v New Patagonia</i> | 53. |
| 3. Il <i>convertible mortgage</i> | 54. |
| 4. I <i>collateral advantages</i> | 55. |
| 5. L’atteggiamento delle corti inglesi <i>post-Kreglinger</i> e la valorizzazione dell’autonomia negoziale..... | 57. |
| 6. L’attualità della <i>doctrine of clogs</i> | 59. |

SEZIONE II – LE TIPOLOGIE COMMISSORIE

| | |
|--|--------|
| 1. Il patto commissorio nel codice civile..... | p. 61. |
| 2. La <i>ratio</i> del divieto del patto commissorio..... | 64. |
| 3. Il dibattito odierno sulla funzione del patto commissorio..... | 67. |
| 4. Patto commissorio e ordine pubblico internazionale..... | 69. |
| 5. L’ambito di applicazione: il patto commissorio <i>ex intervallo</i> e obbligatorio..... | 71. |
| 5.1. Il patto commissorio c.d. <i>autonomo</i> | 72. |
| 5.2. Il patto commissorio ad effetto traslativo immediato..... | 74. |
| 6. Gli effetti della nullità del patto commissorio..... | 76. |
| 7. Le altre alienazioni a scopo di garanzia..... | 78. |
| 7.1. La cessione del credito a scopo di garanzia..... | 79. |
| 7.2. La vendita con patto di riscatto..... | 81. |
| 7.3. Il <i>sale and lease back</i> “anomalo”..... | 83. |

CAPITOLO IV

VERSO L’AUTOTUTELA ESECUTIVA IN INGHILTERRA E IN ITALIA

SEZIONE I – LA TUTELA DEL CREDITORE-MORTGAGEE

| | |
|---|--------|
| 1. La tutela giurisdizionale del credito: la <i>foreclosure</i> | p. 88. |
| 1.1. Il <i>marshalling</i> : cenni..... | 90. |
| 2. Forme di tutela privata del credito: i <i>powers of enforcement</i> del <i>mortgagee</i> | 91. |
| 3. Il <i>power of sale</i> | 91. |
| 3.1. Il <i>Cherry Tree principle</i> | 93. |
| 3.2. Il <i>duty of care</i> a tutela del debitore..... | 94. |
| 3.3. La <i>rule against self-dealing</i> | 96. |
| 4. Il <i>power to take possession</i> | 98. |

| | |
|---|------|
| 5. Il <i>power to appoint a receiver</i> | 101. |
| 6. La <i>consolidation</i> | 102. |
| 7. Le finalità della <i>Mortgage Credit Directive</i> | 103. |
| 7.1. L'indirizzo europeo verso l'autotutela esecutiva: l'art. 28 della <i>MCD</i> | 105. |
| 7.2. Le linee-guida dell' <i>EBA</i> | 106. |
| 8. La <i>repossession</i> dopo la <i>MCD</i> | 108. |
| 9. Considerazioni conclusive in tema di <i>Brexit</i> | 110. |

SEZIONE II – LA CRISI DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO E I NUOVI MARCIANI

| | |
|--|---------|
| 1. Il divieto del patto commissorio come ostacolo alla semplificazione del sistema delle garanzie reali..... | p. 114. |
| 2. Flessibilità del diritto delle garanzie reali: autonomia privata e autotutela esecutiva..... | 116. |
| 2.1. Una finestra sulla Francia: l' <i>Ordonnance</i> del 2006 e il modello dell' <i>hypothèque rechargeable</i> | 117. |
| 2.2. Il ridimensionamento dei principi di accessoriarietà e specialità nella proposta di ipoteca ricaricabile..... | 120. |
| 3. Il prestito vitalizio ipotecario: una prima forma di autotutela esecutiva..... | 122. |
| 3.1. L'ambiguo ruolo dell'ipoteca..... | 127. |
| 4. La deroga all'art. 2744 cod. civ. nei contratti di garanzia finanziaria..... | 128. |
| 5. Il patto marciano: <i>ratio</i> e struttura..... | 130. |
| 6. L'affermarsi della cautela marciana nel sistema delle garanzie reali..... | 133. |
| 7. Il patto marciano nella riforma della legislazione bancaria..... | 134. |
| 8. Il nuovo finanziamento alle imprese <i>ex art. 48 bis</i> T.U.B..... | 136. |
| 8.1. Il correttivo marciano..... | 139. |
| 8.2. Alcune criticità dell'istituto..... | 140. |
| 9. Il contratto di credito immobiliare ai consumatori: uno sguardo d'insieme..... | 142. |
| 9.1. L'inadempimento del consumatore e il patto marciano nell'art. 120 <i>quinqüesdecies</i> T.U.B..... | 143. |
| 9.2. Brevi notazioni in prospettiva comparatistica..... | 146. |

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....p. 148.

BIBLIOGRAFIA.....p. 152.

INTRODUZIONE

L'insegnamento che la dottrina moderna¹ tramanda – frutto dell'analisi di diversi settori dell'ordinamento giuridico nei quali il radicamento delle regole territoriali nelle culture locali sembra aver addirittura scoraggiato la comparazione – suggerisce l'opportunità di una visione congiunta e unitaria della disciplina che ha ad oggetto la

¹ La disamina condotta sui principali modelli mette in luce le profonde differenze tra i sistemi disincentivando l'unificazione delle discipline. Con riferimento al diritto successorio, si rinvia, tra i molti, a A. DUTTA, *Succession Law (International)*, in J. Basedow-K.L. Hopt-R. Zimmermann (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, p. 10 ss.; W. BURANDDT-A. DUTTA (a cura di), *International Law of Succession*, London, 2014; F. BOULANGER, *Droit international des successions*, Parigi, 2004, p. 10 ss. Per la dottrina italiana, si rimanda all'opera di carattere trattatistico di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002; ai preziosi contributi di A. FUSARO, *La circolazione dei beni ereditari e il diritto privato europeo*, in *Famiglia*, 2005, pp. 367 ss., dove afferma che “la disciplina giuridica delle relazioni tra coniugi è talmente radicata nelle singole tradizioni giuridiche nazionali da rendere irriducibili le differenze locali”, così da considerare la famiglia “l'intruso per antonomasia” nell'ambito della ricerca di un comune diritto privato europeo; ID., *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Not.*, 5, 2010, p. 559 ss.; nonché, alle suggestive voci enciclopediche di P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 187 ss. e di G. BONILINI, U. CARNEVALI, *Successione IX) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. it.*, Roma, 1993, vol. XXX, p. 1 ss. Le divergenti peculiarità del diritto di famiglia sono segnalate, *ex multis*, da N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Butterworth, 1998; K. STANDLEY, *Cases and materials on Family Law*, London, 1997. Per una visione comparatistica, si rinvia a M. RHEINSTEIN, M.A. GLENDON, *Introduction, The changing state of Society and the Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 4, *Persons and Family*, cap. 4 *Interspousal Relations*, 1980, p. 46; A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. Alpa-G. Capilli (a cura di), *Diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2006, pp. 53-115. In tema di associazioni, invece, illuminante è l'analisi di A. FUSARO, *La disciplina delle associazioni nel codice civile europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 95, colloca anche il diritto delle associazioni tra le “cenerentole della codificazione europea”; ID., *L'autonomia organizzativa degli associati in Italia ed in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1998, p. 491 ss.

tutela del credito. Lo studio di tale tema ricava la propria attualità all'interno del quadro delineato dalle mutate condizioni finanziarie ed economiche che hanno riguardato il nostro Paese e, più in generale, l'Europa, a partire dalla crisi americana del 2008, ponendo in primo piano l'esigenza di dare attuazione a meccanismi che agevolino l'accesso al credito per i soggetti più bisognosi.

L'obiettivo di rafforzamento della tutela del credito diventa infatti primario, sfociando ora nella riforma di alcuni istituti ora nella tipizzazione di nuove ipotesi di garanzia reale. Lo scenario italiano, ricalcando la struttura del patto marciano, già invalso nella prassi e accolto in giurisprudenza, mostra la valorizzazione di ipotesi di alienazione dei beni a soddisfazione del credito inadempito, con previsione di restituzione del *surplus* promuovendo il dogma dell'autotutela esecutiva.

L'esperienza inglese conosce una garanzia reale (*mortgage*) che prevede, all'atto di costituzione, il trasferimento della titolarità del diritto di proprietà con funzione di garanzia a favore del mutuante-creditore (*mortgagee*), salvo il diritto del mutuatario-debitore (*mortgagor*) di ottenerne il ritrasferimento del bene vincolato, entro il termine fissato per l'adempimento (*right to redeem at law*). Il *mortgage* non trova una precisa corrispondenza nell'ordinamento italiano avvicinandosi, da un lato, alle alienazioni a scopo di garanzia e, dall'altro, alla figura dell'ipoteca di diritto continentale, dal momento che – con le modifiche introdotte dal *Law of Property Act 1925* – è venuto meno l'effetto traslativo in capo al *mortgagee*².

La ricerca di radici comuni e di soluzioni applicative convergenti porta ad esaminare – accanto alla disciplina delle varie tipologie commissorie vietate – la regola inglese definita *doctrine of clogs* (o *clogging rule*), che fa divieto alle parti di pervenire a disposizioni impeditive o, in qualche modo, limitative dell'*equity of redemption*. Con la concessione al debitore del diritto di esercitare l'*equitable right to redeem*, ossia di riscattare la proprietà dal vincolo di garanzia, dietro pagamento del debito (*upon repayment*) in qualunque tempo, anche scaduto il termine per l'adempimento, l'operatività del *mortgage* è stata in un certo senso ridimensionata nell'ambito di quella porzione del diritto inglese denominata "equity". Reputando ingiusto il meccanismo appropriativo della garanzia reale vigente *at law*, la giurisprudenza delle *Chancery Courts*, da un lato, concede al debitore di riscattare il bene in ogni tempo *upon repayment* (*equity of redemption*) e, dall'altro, preclude alle parti di pervenire ad un accordo che renda impossibile o limiti eccessivamente tale facoltà³: in ciò trova espressione la *doctrine of clogs*, in ossequio alla quale la clausola diretta ad impedire o a limitare l'*equity of redemption* è nulla.

Il perimetro entro il quale si iscrive il presente studio disegna, quindi, il confronto tra la *doctrine of clogs* e il divieto del patto commissorio, che sanziona con la nullità l'accordo 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.

² F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, in P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto europeo e comparato, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2015, p. 101.

³ P. GIDDINS, *What is a clog on the equity of redemption?*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, February 2014, p. 90 s.

L'interesse che muove la ricerca conduce all'analisi dell'efficienza del sistema delle garanzie reali in Italia ed in Inghilterra, alla luce dell'operatività del divieto del patto commissorio, da un lato, e della *doctrine of clogs*, dall'altro, esaminando l'effettiva rispondenza delle discipline alla realtà giuridica ed economica moderna.

La riflessione comparatistica⁴ tra i modelli si fa più stimolante se si considera che l'esperienza inglese non conosce una disposizione normativa equiparabile all'art. 2744 del codice civile. L'opportunità dell'accostamento tra le due figure è giustificata in ragione del condiviso interesse per la tutela dei diritti del debitore, che, trovandosi spesso in una posizione di debolezza rispetto al creditore, è (qui) destinatario di una disciplina di favore: la tutela del debitore-*mortgagor* trova, infatti, realizzazione nelle forme descritte dalla *clogging rule*, che non è altro che l'equivalente funzionale della regola che vieta le convenzioni commissorie. Percorsa la via anglosassone per poi addentrarsi in quella italiana, le esperienze ivi raccolte tramandano l'adozione, attraverso *iter* differenti, di soluzioni funzionalmente equiparabili. Nonostante la tradizionale contrapposizione tra sistemi⁵ appartenenti a famiglie giuridiche⁶ diverse,

⁴ Il metodo comparatistico è studiato da numerosi autori, tra questi, si raccomanda l'opera di H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law, An introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, 1946; R.B. SCHLESINGER, *Comparative Law, Cases and Materials*, Brooklyn, 1959; R.B. SCHLESINGER-H.W. BAADE, M.R. DAMASKA, P.E. HERZOG, *Comparative Law: text – cases – materials*, New York, 1988; K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992. Tra gli autori più recenti, M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, 2014; M. BUSSANI-U. MATTEI (a cura di), *The Cambridge companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012. Contributi degni di menzione per la riflessione comparatistica sono, poi, quelli di G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, XI, 1989 e di R. SACCO (a cura di), *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, 1992.

⁵ L'origine culturale della contrapposizione tra i sistemi di *civil law* e di *common law* risale ai primi anni del XX secolo, quando i dati allora usati come criteri di classificazione, detti demarcatori sistemologici, concernevano essenzialmente l'assetto delle fonti. La codificazione del diritto civile in Germania aveva destato forte impressione e viene avvertita come una sorta di fine della storia e il codice come forma principe di legislazione. Grande sorpresa suscitava pertanto il rifiuto di ricorrere alla codificazione nei sistemi di *common law*, perciò, si disse che la differenza tra *civil law* e *common law* era che i sistemi della prima erano di diritto codificato mentre quelli della seconda non lo erano e, di conseguenza, si contrapponevano ordinamenti di diritto scritto ad altri di diritto consuetudinario non scritto. Sul punto, si riporta l'affermazione di V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, V ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 276, "sul raffronto sistemologico tra *common law* e *civil law* si può osservare ancora una volta la divergenza storica tra i due sistemi: la *common law* è fin dall'inizio diritto positivo volto a risolvere controversie concrete, mentre il diritto romano studiato nelle università del continente europeo è un diritto ideale, nella misura in cui aspira ad un modello, e colto".

Tuttavia, oggi, il ripensamento di tale contrapposizione è avvertita se si pensa che, da un lato, nell'ambito dei Paesi di *civil law*, non è più proponibile l'immagine della legge in senso formale come unica fonte del diritto: il formante giurisprudenziale concorre con altri nella creazione di regole giuridiche e, dall'altro, il *common law* non è più qualificabile come sistema a diritto consuetudinario non scritto, poiché numerose sono le regole scritte, contenute in appositi *Act* emanati dal parlamento. Neppure le diversità che sussistono riguardo al *modus operandi* del formante giurisprudenziale sono così marcate e tali da essere considerate quali netta linea di demarcazione, tra l'una e l'altra famiglia, basata sulla presenza o sull'assenza del precedente vincolante. In definitiva, oggi, nessun aspetto del sistema delle fonti pare idoneo a costituire un demarcatore sistemologico tra esperienze di *common law* e di *civil law*, pertanto, sotto questo profilo la graduale convergenza dei sistemi appartenenti alle due famiglie giuridiche appare evidente.

⁶ La paternità della classificazione dei sistemi in famiglie giuridiche è attribuita a René David (R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, 1960, la 10^a ed. francese del 1992 curata da R.

quindi, tra quello italiano⁷, appartenente alla tradizione di *civil law*⁸ e l'ordinamento d'oltremarica, culla della *common law*⁹, l'interpretazione comparatistica mostra la conquista di un traguardo comune: che la si chiami *doctrine of clogs* o divieto del patto commissorio, i sistemi inglese ed italiano si sono dotati di un apparato di regole che impedisce al creditore di appropriarsi in modo definitivo del bene di proprietà del concedente la garanzia.

Alla luce delle mutevoli esigenze sociali e finanziarie, susseguitesi a partire dagli anni della crisi, la necessità – comune ad entrambi i sistemi – di rilanciare l'economia del paese suggerisce una rinnovata interpretazione delle discipline in analisi, con l'auspicio, più vivo nell'ordinamento italiano, del superamento del divieto del patto commissorio, di cui si assiste ad una parziale, o meglio settoriale, concretizzazione. I recenti interventi del legislatore italiano, di cui è proposta l'analisi nel prosieguo, rispondono all'esigenza di modernizzazione del sistema delle garanzie reali, ancorato a retaggi ottocenteschi e ispirato a principi forse ormai obsoleti, e seguono alla crisi del divieto di stipulare convenzioni commissorie, aprendo la strada ad ipotesi tipiche di garanzia reale che incarnano il principio marciano così avvicinando il sistema al paradigma dell'autotutela esecutiva.

Sotto questo profilo di indagine, l'esperienza giuridica inglese mostra un sistema di tutela del credito più vicino alle esigenze attuali e alle direttive del legislatore europeo, contemplando già meccanismi di escussione del credito che eludono il procedimento giudiziale, a favore della realizzazione “privata” del diritto.

David, C. Jauffret-Spinosi, è stata tradotta da R. SACCO (a cura di), *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1994), che, negli anni '60, ha adottato una prima schedatura contrapponendo i sistemi romano-germanici ai sistemi socialisti, ai sistemi di *common law* di matrice inglese e ad un residuale raggruppamento che riuniva in via residuale tutti gli altri ordinamenti. La teoria è stata studiata e accolta da numerosi comparatisti nelle loro opere, tra i quali, si ricorda, M. REIMANN-R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2007, p. 421 ss.; H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 377 ss.; A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet, 2008, pp. 14-22 ss.; G. ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 8-11; V. VARANO-V. BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 36-46; G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati, Lezioni e materiali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 13-18; oppure, G. AJANI-B. PASA, *Diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 22-42; A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2014, pp. 82-101; G.B. PORTALE, *Lezioni di Diritto privato comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 16-29; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001, pp. 107-122; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Bari, Laterza, 2014, pp. 70-92.

⁷ Sul sistema giuridico italiano in particolare, si rimanda a M.A. LIVINGSTON-P.G. MONATERI-F. PARISI, *The Italian legal system: an introduction*, 2nd ed., based on the 1st ed. by M. Cappelletti, J.H. Merryman, J.M. Perillo, Stanford University Press, 2015; A. MIRANDA, *A short Introduction to the Italian Legal System – Historical Background and Modern Legal Thought*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2014.

⁸ Per una trattazione approfondita sul modello di *civil law*, si rimanda a P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Il modello di civil law*, in A. Procida Mirabelli di Lauro (a cura di), *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, Giappichelli, 2016 e prima a A.T. VON MEHREN, *The civil law system, Cases and Materials for comparative study of law*, Prentice-Han.Inc, 1957.

⁹ Per un approfondimento sulla tradizione giuridica di *common law*, si rimanda a U. MATTEI, *Common Law, Il diritto anglo-americano*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di Diritto Comparato*, Utet, 1992; ID., *Il modello di common law*, in A. Procida Mirabelli di Lauro (a cura di), *Sistemi Giuridici Comparati, cit.*

CAPITOLO I
**INTRODUZIONE ALLA TUTELA REALE DEL CREDITO NEL DIRITTO
ITALIANO ED INGLESE**

SOMMARIO: 1. La tutela del credito e la *lex commissoria* nel diritto romano. – 2. A proposito di responsabilità patrimoniale nel diritto italiano moderno. – 2.1. Segue: le cause legittime di prelazione. – 3. Il sistema inglese di tutela del credito: le garanzie reali. – 3.1. Segue: *mortgage v. charge*.

1. La tutela del credito e la *lex commissoria* nel diritto romano.

Nell'esperienza giuridica romana, la tutela del credito è più efficacemente realizzata con la concessione di garanzie personali, piuttosto che reali¹⁰, vincolando, quindi, il patrimonio di una persona diversa dal debitore accanto a quella da cui si aspettava la prestazione o al posto di essa. L'obbligo assunto in solido con il debitore o personalmente da altri soggetti, che si impegnano a soddisfare la pretesa creditoria, rafforza la posizione del creditore, assicurando maggiormente la realizzazione del diritto di credito.

Tuttavia, anche nel periodo antico l'adempimento della prestazione può concretizzarsi vincolando a tale scopo uno o più cose determinate, appartenenti al debitore o ad un terzo: lo *ius sequelae* e lo *ius praelationis* che caratterizzano tali diritti su beni implicano che il creditore possa, da un lato, far valere la garanzia reale anche quando

¹⁰ G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 293.

la cosa sia uscita dalla disponibilità del debitore o del terzo e, dall'altro, soddisfarsi sulla cosa oggetto del diritto reale di garanzia a preferenza di qualsiasi altro creditore¹¹. La funzione di garanzia reale delle obbligazioni è attuata mediante l'istituto tipicamente romano denominato *fiducia cum creditore*: in applicazione della proprietà fiduciaria (*dominium fiduciarium*), si determina il trasferimento della proprietà a titolo di garanzia dall'alienante (fiduciante) all'acquirente (fiduciario), per un determinato scopo, con l'intesa che, una volta raggiunto, la cosa venga restituita al fiduciante.

L'accordo fiduciario integra il c.d. *pactum fiduciae*, basato sull'affidamento reciproco, in ossequio al quale il fiduciario era tenuto sul piano obbligatorio a ritrasferire la cosa in caso di adempimento del debitore, mentre, in caso di inadempimento sarebbe rimasta al creditore insoddisfatto¹². Più precisamente, la dottrina¹³ definisce il patto fiduciario come un "negozio solenne traslativo di proprietà, sì da rendere temporaneo, o comunque solo eventuale, il mantenimento del *dominium* in capo al fiduciario, imprimendogli una specifica funzione causale".

Nel diritto romano, la *fiducia cum creditore* è il più risalente meccanismo di tutela del credito che utilizza una situazione a inerenza reale, nella quale la posizione del creditore è garantita in modo più sicuro rispetto alla concessione di un diritto reale di garanzia¹⁴.

Questo negozio continua ad essere utilizzato nella pratica fino circa alla fine del periodo preclassico e all'inizio di quello classico, quando si cominciano a vincolare beni in modo da destinarli specificamente al soddisfacimento di un dato credito.

Si diffonde così il *pignus*¹⁵ che, diversamente dalla *fiducia cum creditore* è una garanzia reale che non comporta l'immediato trasferimento della proprietà della cosa

¹¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 477, "nella dogmatica attuale è la stessa appartenenza delle garanzie reali al novero dei diritti reali ad essere messa in discussione, in quanto non darebbero un potere immediato sulla cosa, neppure quello diretto ad impossessarsene e a disporne per soddisfare il proprio credito (dato che il creditore ha soltanto il diritto di far vendere la cosa oggetto della garanzia in via d'esecuzione forzata)".

¹² A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 2006, p. 251.

¹³ D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 350.

¹⁴ D'altra parte però, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 478 e A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 251, chiariscono che, in epoca tardo-repubblicana, si diffuse l'istituto dell'*usureceptio*, in base al quale il fiduciante-possessore della cosa, ne riacquistava la proprietà per il decorso di un solo anno, indipendentemente dal titolo e dalla buona fede. Mediante tale usucapione di favore il debitore che avesse adempiuto o estinto l'obbligazione poteva riacquistare la proprietà della cosa qualora il creditore, soddisfatto il proprio credito, non avesse tenuto fede al patto. Infatti, G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 294, evidenziano come tale *usucapio* anomala potesse essere rischiosa per il creditore, dal momento che, compendosi in mancanza sia di *iusta causa* sia di *bona fides*, il costituente poteva piuttosto facilmente riacquistare la proprietà della cosa data in garanzia.

¹⁵ P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 326 s., nonché, C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Rubettino, 1996, p. 277, affermano che, istituto interamente pretorio, il *pignus* si costituisce per atto di volontà privata (contratto di pegno o *pactum hypothecae*, o nel diritto giustiniano, anche per atto di ultima volontà), per disposizione di legge (pegno legale), per provvedimento dell'autorità giudiziaria (pegno giudiziario). D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 343 s., annoverano il pegno tra i contratti reali, intesi quali accordi il cui sorgere delle obbligazioni è direttamente collegato alla consegna di una cosa, (consegna) che implica sì un accordo sottostante, ma è il modo stesso in cui il consenso delle parti prende corpo e riceve efficacia giuridica.

che ne è oggetto integrando, infatti, il più antico diritto reale in senso proprio¹⁶. Il pegno, quindi, conferisce al creditore, in caso di inadempimento, il potere di soddisfare le sue ragioni alienando o tenendo per sé la cosa pignorata di cui è, in conseguenza di tale accordo, possessore¹⁷.

La sottocategoria del pegno manuale o possessorio (*pignus datum*), che presuppone il trasferimento informale al creditore della materiale disponibilità della cosa, si afferma prima del *pignus conventum* (o, alla greca, *hypothèca*) che si costituisce, invece, mediante un accordo di oppignorazione (*conventio pignoris*) stipulato tra garante e creditore, senza il trasferimento della disponibilità della cosa; si trattava di un autentico diritto reale distinto dalla proprietà e indipendente dal possesso¹⁸. In virtù di questo accordo, il debitore è tenuto a trattenere una certa cosa, mobile o immobile¹⁹, a disposizione del creditore, con l'intesa che quest'ultimo ne ottenga il possesso solo in caso di inadempimento, in modo da poterla alienare a sua soddisfazione.

Con riferimento alla *fiducia*, prima, e al *pignus*, in epoca post-classica, il creditore rimasto insoddisfatto può realizzare il suo credito per mezzo della *lex commissoria*, in ossequio alla quale la cosa data in garanzia è considerata come l'equivalente del debito non adempiuto, qualunque fosse il valore della *res*. Tale patto stabilisce che, in caso di inadempimento del debitore, venga meno il vincolo fiduciario a carico del creditore, così che la *res fiduciae data* rimaneva definitivamente in sua proprietà.

Anche il creditore pignoratizio (sia nell'ipotesi di *pignus datum* sia di *pignus conventum*) può soddisfarsi sul bene oggetto del pegno con la *lex commissoria* che, in quanto elemento accidentale del negozio, deve essere di volta in volta pattuita.

In alternativa al patto commissorio, già dalla piena età repubblicana, all'intensificarsi della vita commerciale si accompagna, la pratica di convenire che il creditore insoddisfatto possa alienare la cosa a trattativa privata (pur non essendone il proprietario), trattenendo sul ricavato l'ammontare del credito e restituendo al debitore il *superfluum*.

Infatti, per ovviare all'inconveniente derivante dalla mancata previsione della restituzione della differenza tra il valore del bene e l'ammontare del credito – rivelandosi così la *lex commissoria* molto spesso dannosa per il debitore – si assiste all'introduzione nel *pactum fiduciae* di “una clausola, per cui, in caso di

¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 479-480, chiarisce come nella prima fase in cui si diffuse il *pignus datum* (verso la fine del III sec. a.C.), il creditore era protetto dagli interdetti a difesa del possesso, sebbene non fosse possessore *pro suo*; in questa fase, infatti, il pegno manuale non era ancora un vero e proprio diritto reale e tale divenne soltanto quando verso la fine del I sec. a.C., per il recupero della cosa eventualmente perduta si estese al *pignus datum* l'*Actio Serviana*, che in quanto azione petitoria offriva una tutela più ampia ed efficiente. Inizialmente infatti, la garanzia del creditore consisteva esclusivamente nella disponibilità materiale della cosa, essendo preclusa la soddisfazione sulla cosa stessa: il *pignus*, quindi, era considerato piuttosto una forma di coazione indiretta ad adempiere, non essendo il creditore tenuto a restituire il pegno finché non fosse soddisfatto.

¹⁷ P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., chiarisce che “la cosa data a titolo di garanzia può passare nella proprietà o solo nel possesso del creditore: nel primo caso si ha la fiducia nell'altro, il pegno”.

¹⁸ Tra i molti autori, si fa riferimento a G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 296 s.

¹⁹ Diversamente rispetto al diritto italiano vigente dove il pegno ha ad oggetto beni mobili e l'ipoteca beni immobili, l'impiego del *pignus datum* e dell'*hypothèca* dipendeva solo dalla volontà delle parti.

inadempimento, il creditore doveva vendere la cosa e soddisfarsi sul prezzo: ove, così, non rimanesse totalmente soddisfatto, poteva chiedere il residuo al debitore, rimanendo nel contempo obbligato a restituire al fiduciante il *superfluum*²⁰.

Inizialmente nelle forme di un accordo accessorio alla *fiducia*, poi, considerato un *naturale negotii* dell'atto costitutivo di pegno, accanto alla possibilità del trasferimento immediato e diretto di proprietà (garantita dal patto commissorio) della *res* oggetto di pignoramento in capo al creditore, si giunse ad ammettere la c.d. *distractio pignoris*, forma assai più evoluta, la quale, se assicura al creditore pignoratizio la soddisfazione, permette al contempo una comparazione tra il valore della cosa pignorata e l'ammontare del credito garantito²¹.

Il diritto del creditore pignoratizio di rivalersi direttamente sul *pignus* (*ius distrahendi*) è vincolato, in epoca classica, al c.d. *pactum vendendi*: infatti, se il creditore pignoratizio procedesse alla vendita della cosa avuta in pegno, senza aver realizzato un precedente accordo in tal senso col proprio debitore, commetterebbe furto.

In un passo di Ulpiano²² si legge che se il debitore e il creditore convengono che la *res* oggetto di pegno possa essere venduta, l'alienazione sarà valida e l'*accipiens* ne acquisterà la proprietà come se il negozio giuridico fosse stato concluso col *dominus* stesso. Inoltre, il giurista romano prosegue riportando che, anche in assenza di *pactum distrahendi*, è *ius receptum* che al creditore sia consentito alienare il pegno con l'unica eccezione che non si sia pattuito il contrario; ciò significa che in piena età classica l'evoluzione giuridica sul punto ha portato a considerare il *pactum de distrahendo pignore* un vero e proprio elemento naturale del negozio, in grado di realizzare i propri effetti persino in mancanza di una previsione esplicita in tal senso da parte dei soggetti coinvolti nel rapporto.

La finalità satisfattiva del pegno iniziò a farsi preponderante nel corso dell'età classica e post-classica e non è da escludere che lo spazio conquistato da *pignus* nell'ambito delle garanzie reali romane possa essere stato un incentivo alla decisione di Costantino di vietare, nel 324 d.C., il *pactum commissorium*, ritenuto non soltanto non più necessario, ma anche sconveniente per entrambe le parti contraenti, posto che, nel caso in cui il valore della *res* non coincidesse con l'ammontare del credito, né il creditore né il debitore avrebbero avuto diritto alla differenza.

Tuttavia, nell'esperienza giuridica romana si è soliti ricondurre la ragione dell'abolizione della *lex commissoria* ad opera della riforma di Costantino, e

²⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 478.

²¹ La realizzazione di una siffatta soddisfazione, se pare in armonia col regime fiduciario dove il creditore era anche proprietario, più difficoltoso sembra comprenderne la previsione in materia di pegno dove il creditore aveva della *res* soltanto il possesso (se *pignus datum*) o il diritto ad esso (se *pignus conventum*), mentre la proprietà seguiva a restare in capo al debitore pignorante. Tra gli autori che hanno sollevato la questione, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 131 s., nonché P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 256 s.

²² D. 13.7.4 (Ulp., 41 ad Sab.): “*Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur...*”.

confermata da Giustiniano, nello sfruttamento del *pactum* a scopo di usura a danno dei debitori²³.

2. A proposito di responsabilità patrimoniale nel diritto italiano moderno.

Rispetto alla prassi sviluppatasi nello *ius romanorum*, l'età moderna è caratterizzata da una preferenza per le garanzie reali su quelle personali²⁴, poiché dotano il creditore di un diritto di prelazione che gli permette di soddisfarsi con priorità rispetto agli altri (chirografari) in sede di esecuzione sui beni del debitore: il creditore privilegiato acquista, infatti, un "diritto potestativo all'espropriazione del patrimonio del debitore per il soddisfacimento preferenziale del credito".

La predisposizione di un valido ed efficiente apparato di norme che regoli la materia della responsabilità patrimoniale condiziona il corretto funzionamento di tutto il sistema delle garanzie del credito e, di conseguenza, dei finanziamenti: la centralità dell'enunciato normativo di cui all'art. 2740 cod. civ. è riconosciuta da autorevole dottrina²⁵, che, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, si riferisce alla disposizione in termini di "principio fondamentale" di tutto il sistema giuridico del diritto privato, "giacché senza la responsabilità patrimoniale le obbligazioni risulterebbero un nome vano senza contenuto pratico"²⁶.

In questo contesto, se "il concetto (e il termine) di responsabilità patrimoniale si trovano molto spesso collegati al concetto (e al termine) di garanzia"²⁷, è doveroso chiarire che la prima – la responsabilità patrimoniale – rappresenta l'estensione della soggezione del patrimonio del debitore alla soddisfazione del credito (e, quindi, all'esecuzione forzata prevista dall'art. 2740 cod. civ.), mentre, la seconda – la garanzia – è strumentale alla responsabilità, concretandosi nella possibilità per il creditore di adoperare strumenti di conservazione o accrescimento del patrimonio debitorio, in vista della soddisfazione della pretesa²⁸. Il sistema della responsabilità

²³ P. VOICI, *Istituzioni di diritto roman*, cit., p. 333; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 278.

²⁴ A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e sistemi nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 309, riferisce, tuttavia, che "il sistema italiano delle garanzie si presenta squilibrato verso il versante delle garanzie personali, e ciò anche a ragione dell'anchilosi del sistema concorrente delle garanzie reali".

²⁵ M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Commentario del Codice civile* diretto da M. D'Amelio, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 430, nonché, R. NICOLÒ, *La responsabilità patrimoniale*, in R. Nicolò-V. Andrioli-G. Gorla, *Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1945, p. 4. Più di recente, l'importanza fondamentale dell'articolo 2740 cod. civ. è ribadita da L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 5, 15 e 26.

²⁶ M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, cit., p. 430.

²⁷ E. ROPPO, v. *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir. (XXXIX)*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1044.

²⁸ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, Cedam, 2009, p. 1116, spiega che, come il debito che ha per oggetto quella specifica prestazione che è stata dedotta in obbligazione deve differenziarsi dalla responsabilità che, invece, ha ad oggetto l'intero patrimonio del debitore; correlativamente, si deve distinguere tra credito e garanzia del credito: il primo è un diritto ad una data prestazione dedotta in obbligazione, mentre la garanzia del credito è costituita dall'intero patrimonio del debitore.

patrimoniale²⁹ consente, infatti, al creditore di realizzare il proprio interesse anche quando la controparte rifiuti di adempiere, predisponendo misure idonee ad ottenere il diritto pur in assenza di collaborazione da parte del debitore.

Ciò che accomuna tutti gli ordinamenti giuridici moderni è la scomparsa della responsabilità personale del debitore, che ha fatto spazio al principio per cui questi risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri³⁰; insomma, il patrimonio del debitore è la garanzia (*generica*) del creditore.

Questa accezione “moderna” di responsabilità patrimoniale si pone in contrasto rispetto a quella fatta propria dal codice Pisanelli, all’interno del quale l’art. 1948 – di chiara derivazione francese, essendo formulato sulla falsariga dell’*article 2092* del *code Napoléon* – poneva l’accento sulla volontaria esecuzione della prestazione da parte del debitore, qualificandosi il patrimonio non tanto come un insieme di beni, presenti e futuri, assoggettati al soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore, quanto come mezzo di spontaneo adempimento del debitore³¹.

Si fronteggiano le opinioni circa il ruolo da attribuire all’esecuzione forzata, in forma specifica e per espropriazione, riconoscendosi, secondo alcuni³², nella prima lo strumento di realizzazione più pieno e più limpido del principio di responsabilità patrimoniale, mentre – a parere della dottrina prevalente³³ – quest’ultima trova completa attuazione nella sola forma dell’esecuzione forzata per espropriazione, realizzandosi in modo diretto solo con riferimento alle obbligazioni pecuniarie ed escludendosi per le altre obbligazioni il richiamo al concetto di responsabilità patrimoniale: non deve, infatti, confondersi il ristoro in termini monetari (oggetto della diversa obbligazione risarcitoria) del danno procurato dall’inadempimento di

²⁹ A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale. Alle origini dell’art. 2740 codice civile*, in *Scintillae iuris: studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1811, riporta nel dettaglio le radici storico-comparatistiche dell’art. 2740 cod. civ., dando conto della derivazione francese della norma: con alcuni perfezionamenti lessicali, il testo dell’art. 1948 del codice civile abrogato, deriva pari pari dal testo dell’*article 2092 Code Napoléon*.

³⁰ G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile, cit.*, pp. 2-4, chiarisce che, oggi, l’inadempimento comporta la soggezione del solo patrimonio del debitore alle azioni esecutive; mentre, in passato, non era così. Nel diritto romano, la persona del debitore era vincolata all’adempimento della prestazione obbligatoria: il *nexum* era una forma di garanzia solenne, concessa la quale il debitore forniva come garanzia di un prestito l’asservimento di sé stesso – o di un membro della sua famiglia su cui avesse la potestà – in favore del creditore fino all’estinzione del debito. Aboliti con la *Lex Poetelia Papiria*, nello *ius romanorum* si fece strada, per la prima volta, una concezione patrimonialista e non più personale (insistente, cioè, sulla persona del debitore) della responsabilità derivante da inadempimento dell’obbligazione. Inoltre, l’A. dà conto del fatto che il diritto moderno non prevede più la carcerazione quale conseguenza dell’inadempimento – come era previsto sotto la vigenza del codice civile del 1865 – essendo le sanzioni penali comminate a fronte dell’accertamento di un comportamento ulteriore rispetto al mancato pagamento o esecuzione di un obbligo.

³¹ F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile, IV, L’attuazione dei diritti II*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 162-163.

³² R. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti (Artt. 2740-2899), Libro sesto, Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca, cit.*, p. 6.

³³ M. GIORGIANNI, *L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 167; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, p. 334 s.; L. MONTESANO, v. *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir. (XV)*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 527.

obbligazioni suscettibili di esecuzione in forma specifica, dalla realizzazione sul patrimonio del debitore della prestazione originariamente dovuta o dell'equivalente economico di essa che segue solo all'obbligazione pecuniaria.

2.1. Segue: le cause legittime di prelazione.

La disciplina dettata all'art. 2740 cod. civ. è inscindibilmente connessa alla regola contenuta al successivo art. 2741, che, dopo aver posto il principio della *par condicio creditorum*, indica il privilegio, il pegno e l'ipoteca tra le cause legittime di prelazione³⁴. Escludendo il primo dal novero dei diritti reali di garanzia, in quanto “non nasce come diritto a sé stante volto a rafforzare il diritto di credito, ma costituisce un modo di atteggiarsi di quest'ultimo”³⁵, il privilegio costituisce sì garanzia patrimoniale *specificata*, quale forma di tutela rafforzata del credito su determinati beni del debitore, ma diversamente dal pegno e dall'ipoteca non è pattuito dalle parti bensì è tipizzato dalla legge. La definizione chiara e diretta, contenuta nel *code civil* del 1804, presenta l'istituto come quel “diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore di essere preferito agli altri creditori, anche ipotecari” (article 2059). L'imitazione legislativa del modello francese si registra all'art. 1952 del codice del Regno Unito, ma non in quello moderno del 1942, che a fronte di tali compiute declamazioni, si limita a sancire il fondamento del privilegio, desumendosi, poi, dalla collocazione sistematica la causa di prelazione accordata in considerazione della natura del credito, “cioè dello scopo pratico o della giustificazione economica del credito stesso, sicché per tale fondamento i privilegi si differenziano dal pegno e dalle ipoteche, che trovano la loro ragione d'essere nell'autonomia dei privati”³⁶.

Pegno e ipoteca, invece, sono caratterizzati dalla realtà e dalla finalità di garanzia; costruiti come diritti reali e, quindi, caratterizzati dall'opponibilità *erga omnes* e dal diritto di sequela, sono strumenti per agevolare il soddisfacimento del diritto del creditore nell'ambito del rapporto obbligatorio, consentendogli di aggredire il bene anche quando alienato dal debitore a terzi. Accomunati dalla funzione di vincolare un dato bene a garanzia del credito, i diritti reali di garanzia si differenziano quanto all'oggetto: il pegno si costituisce su cose mobili, universalità di mobili, diritti di credito o su altri diritti; l'ipoteca, invece, su beni immobili e beni mobili registrati.

La costituzione della garanzia su un determinato e specifico bene assicura la soddisfazione del credito, in ossequio al principio di specialità, riconosciuto in

³⁴ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in da P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, Tutela dei diritti*, I, 19, Torino, Utet, 1997, p. 529, chiarisce che la norma dell'art. 2741, 1° comma, cod. civ., “riproduce lo schema logico dell'art. 2740 c.c., nel senso che appare costruita, essa pure, sul binomio regola-eccezione: sembra cioè enunciare un principio generale, valido nella generalità dei casi, e insieme riconoscere che esso incontra deroghe in una serie di ipotesi particolari”.

³⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2011, p. 661.

³⁶ G. TUCCI, *I privilegi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, cit.*, p. 583.

dottrina³⁷ e in giurisprudenza³⁸: per la validità del vincolo sono, infatti, necessarie l'individuazione del credito garantito e la specificazione della somma dovuta, ponendosi tali requisiti quale naturale completamento del principio della determinatezza della garanzia.

Inoltre, avendo pegno ed ipoteca la funzione di assicurare la prelazione del creditore pignoratizio in sede di espropriazione forzata del bene che ne è oggetto, presupposto necessario per la loro costituzione è l'esistenza di un'obbligazione garantita cui corrisponda un credito di somma di danaro, tale originariamente o comunque suscettibile di acquistare carattere pecuniario, indispensabile per poter promuovere l'esecuzione per espropriazione: in ciò si manifesta il principio di accessorietà dei diritti reali di garanzia³⁹. Si giustifica, in tal modo, l'estinzione del diritto di garanzia in conseguenza dell'estinzione del rapporto obbligatorio garantito, poiché si rivelerebbe privo di giustificazione causale; allo stesso modo, l'inesistenza del diritto garantito o la nullità, così come l'inefficacia, del negozio fonte del rapporto garantito operano retroattivamente sul rapporto di garanzia, non più sorretto da causa.

3. Il sistema inglese di tutela del credito: le garanzie reali.

L'insieme delle *real securities* (o *rights in rem*) si differenzia dalle *personal securities* per l'inerenza reale delle prime, sconosciuta alle seconde. La locuzione "*real security*" è stata variamente definita come il "*right in another's asset to secure performance of an obligation*"⁴⁰ o, ancora, come quella categoria giuridica che concerne "*the grant of rights by the debtor in an asset which it owns*"⁴¹. Come nel diritto italiano, il bene concesso in garanzia al creditore può essere del debitore o di un terzo e il "*creditor may proceed to realise that right and to take what is due to him from the proceeds in priority to all other creditors except for those having a stronger claim than he to the asset*"⁴²; dunque, anche il creditore inglese, ha un diritto di prelazione, ossia di procedere sul ricavato dalla vendita del bene con priorità rispetto agli altri creditori chirografari.

Lo scenario anglosassone contempla due tipologie di garanzie reali del credito: le *consensual securities* e le *legal securities*, la cui distinzione riposa sulla fonte consensuale ovvero legale delle medesime⁴³.

³⁷ G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 222.

³⁸ Cass. civ. 18 febbraio 2015, n. 3221, in *Gius. civ. Mass.* 2015; Cass. civ. 27 agosto 2014, n. 18325, in *Riv. not.*, 2014, 5, II, p. 1011, "l'ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata in denaro". Già, Trib. Roma, 14 luglio 1994, in *Gius.* 1994, 18, p. 66, si pronunciava sul punto affermando che "il principio di specialità dell'ipoteca impone che essa sia iscritta per una somma determinata di denaro. Pertanto nel caso in cui l'ipoteca sia iscritta per una somma corrispondente all'ammontare del capitale, l'ipoteca non si estende agli interessi successivamente maturati se il loro ammontare è superiore alla somma per la quale è stata iscritta ipoteca".

³⁹ Cass. civ. 6 novembre 2006, n. 23669, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 11.

⁴⁰ R. GOODE, *Commercial Law*, 3rd ed., Buttersworths, 2004, p. 583.

⁴¹ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 5.

⁴² *Ibid.*, p. 3.

⁴³ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, 30th ed., London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 437, riporta la tradizionale tripartizione delle garanzie reali (*security over property*), che distingue le "*securities by which the*

Le garanzie costituite in base all'accordo delle parti sono di tre tipi: *pledge* (o *prawn*), *mortgage* e *charge*. La prima forma di garanzia è basata sul possesso⁴⁴ di un bene appartenente al debitore e che rimane di sua proprietà (*possessory security*): comporta, infatti, il trasferimento materiale della cosa, con l'accordo che il creditore lo conservi fino all'adempimento dell'obbligazione garantita. Il *mortgage* implica, invece, l'alienazione del diritto di proprietà o di un interesse sul bene in funzione di garanzia, per il periodo previsto per l'esecuzione dell'obbligazione (*proprietary security*), durante il quale il *mortgagor*-debitore mantiene il possesso. La *charge*, in ultimo, prescinde dal trasferimento sia del possesso sia della proprietà, trovando fondamento nell'accordo tra il debitore e il creditore, con il quale è conferito a quest'ultimo il diritto di soddisfarsi su i beni oggetto della garanzia o sul ricavato della loro vendita, fino a concorrenza del credito e con prelazione rispetto ai creditori chirografari.

Appartiene alla categoria delle *legal securities* (o anche *non-consensual securities right*) il *lien* che, quindi, deriva dalla legge⁴⁵ e consiste nel diritto di ritenere, fino a che il debito non è estinto, il bene di cui si ha la disponibilità. Il *lien* (detto anche *privileges* o *privilegios*) è definito in termini di *preferential claim arising by operation of law* e conferisce al creditore una sorta di diritto di ritenzione sul modello francese (e poi italiano) del *droit de retention*⁴⁶.

3.1. Segue: *mortgage* v. *charge*.

Rispetto al *mortgage*, la *charge* è concettualmente differente là dove al *chargee* non è trasferito alcun diritto sul bene oggetto di garanzia: se il *mortgage* prevede il trasferimento di una *mortgaged property* al *mortgagee*, il cui ritrasferimento al cedente avviene nel momento dell'estinzione del debito, il *charge* conferisce al *chargee* solamente il diritto di proporre un'azione di regresso (*right of recourse*) sulla *charged property* di cui il prestatore garantito non è titolare.

Più in particolare, la *charge* è “*an incumbrance, a right vested in one person to look to the proceeds of another's property for satisfaction of a debt due*”⁴⁷; è, quindi, un vincolo e non comporta alcuna alienazione del diritto di proprietà né del possesso dei beni del debitore, ma conferisce (soltanto) al creditore garantito “*a right to have designated asset of the debtor appropriated to the discharge of the indebtedness*”⁴⁸.

creditor obtains ownership of or an interest in the property concerned (mortgages); securities in which the creditor's rights depend on possession of the property (pledges and common law liens); and securities where the creditor obtains neither an interest in nor possession of the property but the property is appropriated to the satisfaction of the debt or obligation in question (charges and equitable liens)”.

⁴⁴ Per un approfondimento in tema di possesso nel diritto inglese si rimanda, per tutti, a M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 2, p. 559.

⁴⁵ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, cit., p. 439, “*the expression «lien» is usually confined to certain securities which arise by operation of law rather than by agreement between parties*”.

⁴⁶ A.M. GARRO, *The creation of a Security Right and its Extension to Acquisition Financial Devices*, in *Unif. L. Rev.* (2010), 15(2), p. 375 ss.

⁴⁷ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, cit., p. 352.

⁴⁸ R. GOODE, *Commercial Law*, cit., p. 587.

L'esperienza inglese non conosce la distinzione – tipica del diritto italiano – fondata sull'oggetto della garanzia: se l'ipoteca e il pegno si differenziano anche per la tipologia di beni che possono essere costituiti in garanzia (immobili per la prima, mobili per la seconda), il *mortgage* e il *charge* possono essere concessi su *immovable* e *movable property* indifferentemente. Al diritto *in re sua* del *mortgagee*, si contrappone il *right in re aliena* del *chargee*, ossia, il diritto su cosa altrui: il vincolo che grava sui beni del *chargor* (debitore-concedente il *charge*) “segue” tali beni anche quando siano acquistati da terzi⁴⁹.

L'utilità di tracciare le linee di demarcazione tra il *mortgage* e il *charge* è suggerita dalla necessità di tracciare l'ambito interessato dal presente lavoro⁵⁰ che, nell'illustrare la regola che vieta di impedire l'*equitable right to redeem (doctrine of clogs)*, circoscrive l'attenzione all'istituto del *mortgage*. Questa (non a caso, principale) forma di garanzia del credito, comportando l'acquisto della proprietà della *mortgaged property*, conferisce al *mortgagor* (debitore-concedente) quel diritto equitativo di ritrasferimento del bene, che non è proprio dello schema del *charge*. È noto, infatti, che il *charged assets* (l'insieme di beni e interessi oggetto del vincolo) rimane nel patrimonio del concedente: dal momento che non è stato trasferito nulla in capo al creditore, non vi è nulla da ritrasferire, dunque, “*the chargor does not need any equity of redemption*”.

In chiusura, si avverte il lettore che, nel diritto inglese, la distinzione tra le due tipologie di garanzia reale è “*blurred and the terms are often used interchangeably, sometimes as if they were synonymous and sometimes as if one was a generic term including the other*”⁵¹. Ciò che induce in errore è la constatazione secondo la quale, ai fini della registrazione, il lessico *mortgage* non figura essendo incluso nella locuzione “*charge*”.

L'atteggiamento di incertezza sulla definizione giuridica dei due istituti è testimoniato da alcuni autori che, nel ribadire che il *charge* è un “interesse reale” (*proprietary interest*) concesso a garanzia di un'obbligazione o altro, che si perfeziona “*without a transfer of title or possession to the beneficiary*”, aggiunge però che l'*equity of redemption* ne costituisce un elemento chiave, per poi concludere che “*the label given to the instrument is not always conclusive and this can necessitate careful analysis on some transactions*”⁵². Il pensiero è condiviso e di recente è stato ribadito: vi può essere una linea di confine molto sottile tra *mortgage* e *charge* e “*the two expressions are often used interchangeably or as a generic terms to include other terms of security over property*”⁵³.

⁴⁹ R. GOODE, *Legal problems of Credit and Security*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 36.

⁵⁰ Sull'ambito di applicazione della *doctrine of clogs*, si veda, *infra*, cap. III, sez. I, par. 2.

⁵¹ Law Commission, *Transfer of land-Land Mortgages*, Rep. N° 204, November 1991, p. 7.

⁵² A. GREGSON-J. BELL, *Registration of UK company charges – theory and practice*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, October 2017.

⁵³ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, *cit.*, p. 438.

CAPITOLO II

IL MORTGAGE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA INGLESE

SEZIONE I – LA LAW OF PROPERTY ALLA BASE DELLA REAL SECURITY

SOMMARIO: 1. “Property” e “proprietà”: un tentativo di definizione. – 1.1. La proprietà in Italia: profili di diritto costituzionale. – 2. La *law of property* inglese. – 2.1. La classificazione della *property law* in *realty* e *personalty*. – 2.2. L’origine feudale della *real property*. – 3. Il *Law of Property Act 1925: legal estates* ed *equitable interests*. – 4. L’alienazione di *legal estate in land* e la “conveyance”. – 4.1. Le novità in tema di *registration of title*.

1. “Property” e “proprietà”: un tentativo di definizione.

La precisazione della declinazione linguistica “*property*” scongiura traduzioni affrettate. L’innegabile assonanza tra le locuzioni “*property*” e “proprietà”, che derivano (direttamente o, indirettamente, tramite il lessico francese “*propriété*”⁵⁴) dal

⁵⁴ Nello studio del diritto di proprietà in Italia e in Inghilterra, la prospettiva storica del modello proprietario francese riveste notevole importanza. Si menziona l’opera di J.R. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété* del 1772, che è stata variamente interpretata nella letteratura italiana, ma la cui importanza per la disciplina del diritto di proprietà francese è innegabile. Tra gli studiosi moderni del tema, si rinvia a A. DE VITA, *La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, in M. Cappelletti (a cura di), *Studi di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1969; A. CANDIAN, *La propriété*, in A. Candian-A. Gambaro-B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum, Corsi di diritto privato comparato*, Padova, Cedam, 1992, p. 187 s.; A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit de biens*, Paris, 1989; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon, 1981.

latino “*propietas*”, a sua volta sostantivo di qualità dell’aggettivo “*propius*”⁵⁵, mette a dura prova l’abilità del giurista nel delineare i profili distintivi del settore proprietario in *common law* e in *civil law*⁵⁶. Utilizzato in una molteplice varietà di accezioni, il lemma “*property*” costituisce un concetto difficilmente traducibile⁵⁷ che si ricollega all’originale classificazione dei beni e dei diritti operata dalla *law of property*, come tale privo di equivalenza negli ordinamenti di *civil law*⁵⁸.

Tuttavia, attenta dottrina⁵⁹ ha osservato che, qualunque sia l’esperienza giuridica considerata, la lettura della problematica proprietaria è sempre la medesima e si traduce nel “modo con cui la ricchezza accumulata, o comunque disponibile, viene distribuita tra i consociati; il che abilita altre scienze sociali a definire in tono generico la tematica proprietaria come quella che attiene alle forme istituzionali di detenzione della ricchezza”. Ciò è vero se la visuale è filtrata dall’esperienza dell’economista e del sociologo, che ben si differenzia dalla prospettiva del giurista, cui va il merito di riconoscere che non vi sia altro settore del diritto, diverso da quello proprietario, dove le differenze storiche, teoriche e, in qualche modo, pratiche tra diversi ordinamenti sono così marcate⁶⁰.

Inteso in senso tecnico-giuridico, allora, il concetto di “*property*” nella *common law* e, più in particolare, nel diritto anglosassone è distante rispetto a quello che il giurista continentale è abituato ad immaginare, essendo estranea alla mentalità giuridica d’oltremontana la teoria del *dominium*, nel senso per cui una cosa può dirsi di qualcuno⁶¹: il termine inglese, quindi, “non contiene il concetto di appartenenza

⁵⁵ G. ALPA-A. FUSARO (a cura di), *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, in *I confini del diritto privato*, Anteazza, 2011, p. 44.

⁵⁶ M. LUPOI, *Appunti sulla Real Property e sul Trust nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 1, spiega che “la *law of property* costituisce il settore della *common law* più ostico al nostro civilista per il tecnicismo e, se si vuole, per il rigore concettuale che lo anima (...). Le strutture giuridiche più originali e tenaci, le peculiarità più impressionanti, gli elementi costitutivi più estranei alla mentalità civilistica si trovano nella *law of property*; ne è testimonianza la pressoché assoluta assenza di scritti comprensivi sul tema dovuti a giuristi continentali”. Anche A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian-A. Gambaro-B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum*, cit., p. 12, evidenzia come “il normale procedimento di traduzione (...) è più atto ad alimentare il senso di smarrimento che coglie i dialoganti tra *civil law* e *common law* che non a dissiparlo”. Ancora, si rimanda a

⁵⁷ Le differenze tra concetti appartenenti a realtà giuridiche divergenti creano specifiche difficoltà di traduzione, tuttavia, doverosa ai fini dell’analisi comparatistica. La letteratura detta “traduttologia giuridica”, secondo la quale *dal confronto dei significati si passa al confronto dei concetti*, è stata elaborata al fine di evitare che l’interprete si imbattesse nei c.d. *false friends* (false somiglianze o trappole linguistiche) ed è considerata materia di appannaggio della comparazione giuridica, appunto, perché comunicare con un soggetto di altro ordinamento giuridico richiede, innanzitutto, uno sforzo di *comprensione del linguaggio* non essendo sufficiente la mera traduzione letterale, ma anche la comprensione.

⁵⁸ F. DE FRANCHIS, v. *Property*, in *Dizionario giuridico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1208.

⁵⁹ A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., p. 5.

⁶⁰ J.H. MERRYMAN, *Ownership and Estate (Variation on a Theme by Lawson)*, in 48 *Tulane L. Rev.*, 916, 918 (1974), “*there is no other field of comparative legal study in which the historical, theoretical, and, to a lesser extent, the practical differences between the common law and civil law are so profound (...)*”.

⁶¹ G. PUGLIESE, v. *Property*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, il termine inglese “può riferirsi al limite, al dominio esclusivo di un soggetto su una cosa, ma per lo più indica diritti meno intensi e non tali da escludere di necessità altri dalla cosa”.

esclusiva a taluno di una cosa, in sé fisicamente considerata”⁶², ma rappresenta piuttosto un fascio di poteri infinitamente divisibile tra diverse persone, ciascuna delle quali può essere titolare di differenti diritti di natura proprietaria sulla stessa cosa, di tal che “*land is commonly, and correctly, described as owned by its various proprietors*”⁶³.

A differenza del modello romanistico-continentale, che accoglie una nozione di “proprietà” intesa quale diritto assoluto ed esclusivo (*dominium*), unico e indivisibile, del soggetto su una cosa (fisica), mobile o immobile, la locuzione “*property*” designa quella categoria giuridica che comprende tutti i diritti su beni, anche incorporali, che ne comportano l’uso e il godimento in base ad un rapporto diretto. Tra i molteplici significati che può assumere, la parola “*property*” può essere impiegata per indicare sia il diritto di proprietà, sia il bene sul quale esso si esercita: quindi, può essere “il diritto di avere una cosa o un’entità qualsiasi come propria”, ma anche “ciò che ha la qualità di (potere) esser proprio di una o più persone”⁶⁴. Non è errato, quindi, ritenere complessa la nozione di proprietà fatta propria dal diritto inglese, ammettendo in sé accezioni diverse, quali la “cosa” fisicamente considerata (*tangible thing*), i diritti (*rights* o, più genericamente, *interest*) di uso e godimento della medesima o, ancora, i diritti che prescindono da una relazione diretta con la cosa fisica (ad esempio, il *debt*). La situazione di appartenenza tipica del sistema inglese si distingue per una marcata connotazione patrimonialista del concetto di proprietà, che si riferisce sia alla cosa materiale in sé come oggetto di appartenenza (proprietà-diritto), sia come complesso di diritti appartenenti a taluno (proprietà-patrimonio)⁶⁵. La caratterizzazione del modello proprietario di *common law* – lo si vedrà – è frutto del sistema feudale, là dove il dominio (assoluto) della Corona ancora oggi riserva al singolo la titolarità del *diritto al possesso* del fondo o dell’immobile, e non del diritto di proprietà pieno ed esclusivo. Tuttavia, nonostante l’impronta feudale, la figura del *tenant* (tenentario) – o *freeholder* (libero possidente) – non è così distante da quella del *dominus rei* di matrice romanistica, poiché la proprietà-sovranià del re (*ultimate ownership*) nulla sottrae al contenuto del diritto di possedere del *tenant*, in termini di uso e godimento del fondo. A ben vedere, oggi, se è vero che tutta la terra è del sovrano, è vero anche che l’*ultimate ownership* “costituisce un residuo di rilevanza quasi nulla nella realtà odierna degli

⁶² L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa-M.J. Bonell-D. Corapi-L. Moccia-V. Zencovich-A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 44, specifica che, nel modello proprietario inglese, “il connotato della esclusività si tempera in ragione del moltiplicarsi di singoli rapporti di utilizzazione, graduati nel tempo, di una medesima *res* da parte di più soggetti”.

⁶³ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 12, letteralmente, “la terra è comunemente e, correttamente, descritta come appartenente ai suoi diversi proprietari”.

⁶⁴ G. ALPA-A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, cit., p. 45, “nella prima direzione si pensa ad un diritto o a una situazione giuridica di un soggetto, nella seconda si pensa in definitiva a una cosa o altra entità, in quanto usata e goduta da qualcuno”.

⁶⁵ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 48, riferisce che si trova conferma di ciò nel *Theft Act*, dove è stabilito che il termine *property* include, insieme con le cose corporali, anche i diritti patrimoniali (“*things in action and other intangible property*”).

ordinamenti di *common law*, che ancora ne conservano traccia”⁶⁶: infatti, l’incidenza dei servizi e prestazioni (*service e incidents*) a cui il vassallo era tenuto nei confronti del signore-concedente sono divenuti largamente desueti già a partire dall’epoca medievale.

1.1. La proprietà in Italia: profili di diritto costituzionale.

La proprietà ha conosciuto nel tempo un’ampia trasformazione rispetto alla sua configurazione originaria⁶⁷ ed ha sollecitato le opinioni di numerosi studiosi che si sono variamente espressi sul tema, a partire da Cesare Beccaria che nella sua celebre opera *Dei delitti e delle pene*, si riferisce al diritto di proprietà qualificandolo come “terribile e forse, non necessario”.

Lo studio comparatistico del diritto di proprietà⁶⁸ non è facilitata dalla constatata assenza di una definizione puntuale del lemma “proprietà” nel diritto interno, sia a livello di legge ordinaria sia costituzionale: l’art. 832 cod. civ. si limita a definire il proprietario quale soggetto che ha il “*diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico*”, mentre, l’art. 42 Cost. prescrive che la legge riconosce e garantisce la proprietà privata e “*ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*”.

I primi documenti costituzionali⁶⁹, ispirati dal giusnaturalismo moderno⁷⁰, ne proclamavano il carattere prestatuale, sacro e inviolabile: lo Stato non creava la proprietà privata, ma si limitava solo a riconoscerla e garantirla. Con il tramonto di questa teoria, la centralità della proprietà privata non è venuta meno né sul piano filosofico né su quello dell’elaborazione giuridica né, infine, sul piano delle proclamazioni costituzionali ottocentesche⁷¹, tanto da essere considerata il diritto

⁶⁶ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà, cit.*, p. 66.

⁶⁷ Le radici del diritto italiano di proprietà si rinvergono nel *Code civil* francese, che presenta un modello dalla spiccata valenza ideologica e politica, suonando l’*article 544* come un proclama piuttosto che come una regola, in quanto – a ben vedere – non detta una disciplina ma fa salvo tutto, tranne l’uso *contra legem* (“*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”). Il codice civile del Regno d’Italia, nel confermare l’assolutezza del diritto di proprietà, aderisce a questa configurazione del diritto di proprietà, propugnata al fine di esaltare il ruolo che all’epoca gli si riconosceva: considerata il pilastro dell’organizzazione sociale, la proprietà privata era espressione del *principio di libertà dell’individuo* (tanto che condizione per l’accesso ai diritti politici, quali ad esempio il diritto di voto, era il possesso di un determinato “censo”).

⁶⁸ Sul tema, una interessante analisi è offerta da M. GRAZIADEI-L. SMITH, *Comparative Property Law, Global Perspective*, Elgar publishing, 2017.

⁶⁹ In particolare, si veda la *Dichiarazione di Indipendenza U.S.A.* del 1776; gli artt. 2 e 17 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* francese del 1789; il V Emendamento della *Costituzione U.S.A.* del 1787 (“*No person shall be...deprived of life, liberty, or property, without due process of law...*”).

⁷⁰ R. BONINI, *La proprietà, il “terribile diritto”*, Padova, Cedam, 1994, p. 3 s., offre un’antologia di contributi in tema di proprietà nella storia del pensiero giuridico del Settecento illuminista.

⁷¹ Si vedano artt. 9 e 10 Cost. della Francia del 1814; artt. 8 e 9 Cost. della Francia del 1830; artt. 11 e 12 Cost. del Belgio del 1831; par. III, IV e VIII del Preambolo e artt. 11 e 12 Cost. della Francia 1848; par. 164 e ss., art. IX, titolo VI Cost. di Francoforte del 1849; art. 29 Statuto Albertino del 1848.

soggettivo per eccellenza ed essere identificata con la nozione stessa di libertà. A partire dalla seconda metà del XIX secolo, tuttavia, è iniziato un ripensamento critico delle concezioni assolutistiche della proprietà privata (c.d. *ius utendi et abutendi*), che subiscono un temperamento con il ridimensionamento dei confini della proprietà avanzato nel codice civile del 1942⁷². Abbandonata l'idea della proprietà quale espressione della libertà di ciascun individuo a favore della definizione in termini di diritto *pieno ed esclusivo*, il legislatore italiano ha inteso prevedere i *limiti* entro i quali esercitarlo e *l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*. A tal proposito, il diritto del *dominus* “non incontra solo limiti negativi all'esercizio del suo diritto: si può fare tutto ciò che non è vietato, ma positivi: si può fare tutto purché si rispettino i limiti e gli obblighi previsti dalla legge”⁷³.

Questa evoluzione culmina con la svolta ideologica segnata dalla Costituzione del 1948, momento nel quale è maggiormente evidente il distacco dalla concezione liberal-ottocentesca.

Nel linguaggio della legge costituzionale, il vocabolo “proprietà” (così come la locuzione “diritto di proprietà”) non ricorre mai nelle intitolazioni (né nelle parti, né nei titoli, né nelle sezioni), non fungendo da nome di un settore della disciplina costituzionale⁷⁴. Nella Carta repubblicana, poi, la proprietà non compare neppure tra i principi fondamentali (artt. 1-12 Cost.), né tra i diritti di libertà (artt. 13-28 Cost.), ma è contemplata nel titolo dedicato ai “rapporti economici”, valorizzando così l'*aspetto economico della proprietà privata* a scapito di quello individuale e soggettivistico.

La riflessione critica sul diritto di proprietà aveva indotto i costituenti a prendere coscienza, oltre che della dimensione individuale del diritto, anche di quella sociale, con la conseguenza che, dalla Costituzione della Germania del 1919, nei testi costituzionali⁷⁵ si è iniziato a parlare, direttamente o indirettamente, di una *funzione sociale* della proprietà, che, una volta configurata connotazione essenziale allo statuto proprietario, non può non contribuire a disegnare la struttura della relativa situazione soggettiva⁷⁶.

Costituendo il punto d'incontro tra le diverse proposte dei costituenti⁷⁷, essendo volutamente formulata in modo elastico così da consentirne l'adattamento agli – ancora incerti – sviluppi e svolgimenti del futuro, l'enunciato normativa contenuto

⁷² Il tenore dell'art. 832 cod. civ. del 1942 mostra l'intervenuto ridimensionamento della concezione ottocentesca di proprietà.

⁷³ M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p. 215.

⁷⁴ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, in *Corso di diritto civile 1972-73*, E.C.I.G., 1972, p. 15.

⁷⁵ Si vedano art. 153 Cost. della Germania del 1919; art. 44 Cost. della Spagna del 1931; art. 14 Legge fondamentale della Germania del 1949; nonché art. 33 Cost. della Spagna del 1978.

⁷⁶ G. ALPA-M. BESSONE-A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, vol. I, Roma, SEAM, 2001, p. 257 s.

⁷⁷ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 315, “il carattere proprio dell'art. 42 finisce (così) con l'essere non tanto quello del punto di arrivo di un compromesso, quanto piuttosto lo specchio delle molte ambiguità di quella stagione politica, rispetto alle quali l'unica vera mediazione possibile sembrava quella legata ad una formulazione dell'articolo che non lo irrigidisse in forme tali da farne un ostacolo agli ancora incerti svolgimenti del futuro”.

dall'art. 42 Cost. assurge a strumento di realizzazione della funzione sociale nei limiti stabiliti dal legislatore, che ne determina “*i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” (art. 42, comma 2), rivestendo la regola una più ampia portata rispetto alla corrispondente disposizione codicistica in tema di proprietà⁷⁸.

La clausola in parola è da intendere “non come un intervento «in odio» alla proprietà privata, ma diviene «la ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è stato attribuito a un certo soggetto», un criterio di azione per il legislatore e di individuazione della normativa da applicare per l'interprete, chiamato a valutare le situazioni connesse all'espletamento di atti e di attività del titolare”⁷⁹, in ciò non ha nulla in comune con la nozione di proprietà accolta dagli Stati socialisti, in cui veniva esplicitamente negata la proprietà privata dei mezzi di produzione e si ammetteva solo quella dei beni di consumo.

Suonano esplicative le parole di Rodotà: “la funzione sociale della proprietà si palesa, nel tempo presente e nei paesi di democrazia occidentale, come lo strumento attraverso il quale una società che riconosce la proprietà privata dei beni tenta di dare a questa un più ampio respiro per trarne vantaggi adeguati. Considerata non già come mera finalizzazione di ogni diritto [...] ma come elemento del diritto di proprietà, la funzione sociale dimostra d'essere caratteristica tipica d'un sistema giuridico capitalista”⁸⁰.

Dell'attualità del principio in parola si dubita⁸¹: dall'analisi delle decisioni delle Corti sovranazionali, infatti, vi è chi ha desunto che la funzione sociale, quale *limite interno* al diritto di proprietà, conserva sì la sua fisionomia sul piano strettamente tecnico-giuridico rimanendo tuttora uno strumento di ingegneria sociale, ma non è più il dispositivo deputato a amministrare il conflitto di classe, il quale è con ciò riportato fuori dalla proprietà. In ultimo, la valorizzazione del concetto di funzione sociale è stata di recente promossa nell'ambito del dibattito apertosi in materia di beni comuni⁸², teoria elaborata nell'esperienza statunitense⁸³ e accolta nel nostro ordinamento,

⁷⁸ Per un'analisi approfondita del sistema costituzionale della proprietà e delle diverse letture dell'art. 42 Cost., si rimanda a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 273 s.

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991, p. 433 s.

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1298.

⁸¹ M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in www.comune&metropoli.it, 8 aprile 2014; M.R. MARELLA, *Diritto di proprietà e Cedu fra realismo e ideologia*, in AA.VV., *Un giurista di successo, Studi in onore di Gambaro*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 737, dà conto di come “nel frangere tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale italiana alcuni autori hanno effettivamente ravvisato l'eclissi della funzione sociale della proprietà e il trionfo dell'ideologia neoliberale”.

⁸² L'attualità del discorso sui *beni comuni* ha offerto l'opportunità per tornare a discutere in maniera esplicita della funzione sociale del diritto di proprietà. Nell'ottica dei sostenitori di questa teoria, nel tentativo di reagire al progressivo processo di smantellamento dello Stato sociale con conseguente depauperamento delle risorse comuni a favore della privatizzazione, la categoria dei beni comuni aspirerebbe a porsi come alternativa sia ai beni privati sia a quelli pubblici, superando quella dicotomia pubblico-privata cristallizzata nella nostra Costituzione all'art. 42.

⁸³ Intorno alla seconda metà del Novecento alcuni autori americani si sono occupati della questione originando due filoni interpretativi antitetici. Alla visione riduttiva del paradigma dei “beni comuni” di Hardin (G. HARDIN, *The tragedy of the Commons*, in *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243-1248, *American Association for the Advancement of Science*), secondo cui non essendo

approdando anche nel progetto di riforma della Commissione presieduta da Stefano Rodotà⁸⁴.

2. La *law of property* inglese.

Ogni sistema giuridico prevede un insieme di norme che regola i rapporti tra le persone e i beni, materiali o immateriali (*tangible and intangible things*): nell'esperienza inglese, questo ruolo è assegnato alla *law of property*⁸⁵, che copre una materia diversa da quella che viene fatta rientrare nell'ambito dei diritti reali negli ordinamenti di *civil law*.

Considerato il settore del diritto di più ostico per l'interprete continentale, nell'affrontare la materia della *law of property*, Lawson suggerisce di “stare in guardia contro possibili fraintendimenti e accantonare per un po' tutto quanto ha imparato e ricominciare daccapo”⁸⁶. Ad acuire le incertezze e le difficoltà interpretative, è l'assenza di un insieme di regole governato da principi coerenti; come osserva Webb, infatti, “*it may turn out that a particular area of law, such as property law, lacks any underlying set of coherent principles*”⁸⁷.

realizzabile una gestione comune delle risorse, sarebbe necessario riferirsi ai modelli di gestione privata o pubblica, determinandosi altrimenti una “rapina arbitraria” dei beni comuni da parte degli individui, si contrappone l'impostazione della Ostrom (E. OSTROM, *Collective action and the Evolution of Social Norms*, in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol 14, n. 3 (Summer 2000), 137-158, oppure, E. OSTROM, *Governing the Commons, The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (ed. italiana, G. Vetrutto e F. Velo (a cura di), *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006), che propone e sostiene la praticabilità di una terza via tra Stato e mercato nella quale i beni comuni sarebbero un insieme di “risorse di uso collettivo” (*common pool resources, CPR*), funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della personalità dovendo, a tale scopo, essere tutelati e conservati in favore delle generazioni future.

⁸⁴ Si tratta della Commissione Rodotà, *Per la modifica delle norme del Codice Civile in materia di beni pubblici* (14 giugno 2007) – Relazione. Ministero della Giustizia della Repubblica Italiana, che propone, innanzitutto, di collocare accanto alla categoria dei beni privati e dei beni pubblici quella del tutto inedita dei beni comuni, riformulando, in particolare, l'art. 810 cod. civ., al fine di qualificare come beni le cose, materiali e immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti fondamentali. Il “progetto Rodotà” prospetta l'elaborazione della categoria dei beni comuni nell'ottica della funzionalizzazione del diritto di proprietà per interessi più ampi di quelli individuali e che consistono nelle istanze di socialità che la Costituzione nel suo complesso esprime, ossia, in questo caso, la garanzia di fruizione collettiva del bene. Tuttavia, tale ricostruzione della categoria dei beni comuni non è andata esente da osservazioni critiche: a ben vedere, il ruolo della funzione sociale appare eccessivamente enfatizzato e finisce per collocarsi al di là della stessa *ratio* costituzionale.

⁸⁵ F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford University Press, 1958, p. 1, “*the law of property attempts to answer a number of questions about the relations of persons to things*” che i giuristi definiscono *real relations* per distinguerle dalle *personal relations*, ovvero, diritti *in rem* per distinguerli da quelli *in personam*. Si veda anche, *Enciclopedia Britannica*, v. “*property*”, in www.britannica.com, “*property is frequently defined as the rights of a person with respect to a thing (...) what distinguishes property law from all other jural relationship, then, is that the jural relationships of property law deal with things*”.

⁸⁶ F.H. LAWSON, *Property and Trust*, in *The International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, Sez. II, *Common law*, Tübingen Paris s.d., p. 24.

⁸⁷ Traducendo letteralmente: “potrebbe risultare che un peculiare settore del diritto, come il diritto di proprietà, sia carente di un sottostante insieme di principi coerenti”.

Non desta stupore la definizione in termini di “*bundle of rights*” riferita alla teoria della proprietà coniata da Hohfeld, se si intende la *law of property*, come quell’insieme di “*rights and duties, privileges, and no-rights, powers and liabilities, disabilities and immunities that exist with respect to things*”⁸⁸; pur presentando accezioni diverse nel tempo, il diritto di proprietà inglese disciplina un fascio di poteri variamente definibile, tra i quali si annovera la *law of settlements* (compresi i *marriage settlements*), il diritto delle successioni, nonché la *bankruptcy* e la compravendita di immobili. La struttura dualistica tipica del diritto inglese – che si manifesta nella concorrenza di principi complementari radicati, rispettivamente, nella *common law* e nell’*equity* – imprime al regime dei beni e dei diritti un’intrinseca complessità, potendo coesistere diverse forme di proprietà sullo stesso bene riconosciute dall’una o dall’altra giurisdizione, distinguendosi, a seconda dei casi, una proprietà *legal* o *equitable*.

Nel delineare le peculiarità dei principi che governano la *law of property* è stato, inoltre, osservato che questa branca del diritto inglese, in un certo senso, dipende dalla *law of wrongs*, che contribuisce a “definirne i contorni e determina, in parte, chi ne è titolare”⁸⁹. La *law of property*, infatti, “non comprende quale elemento strutturale della sistematica giuridica quelle materie che costituiscono parte integrante del diritto di proprietà nei sistemi romanistici, come appunto, le azioni a tutela della proprietà”⁹⁰. Le azioni reali a difesa dei beni e del possesso (*actions for trespass, nuisance, ejectment, detinue, conversion*) sono, invece, disciplinate dalla *law of torts*⁹¹, in ciò trovandosi conferma del fatto che tale settore del diritto inglese abbraccia molti degli istituti che nella *civil law* sarebbero trattati nella materia dei diritti reali.

2.1. La classificazione della *property law* in *realty* e *personalty*.

Se nei sistemi di *civil law* la principale articolazione della materia proprietaria è tra cose immobili e mobili, nell’esperienza inglese è assestata sulla distinzione dei beni (e dei diritti su di essi) tra *real property (realty)* e *personal property (personalty)*. Tale tassonomia ha origini rimediali e rispecchia la classificazione di natura processuale tra *real actions* e *personal actions*, distinte a seconda del tipo di tutela prestata, rispettivamente, restitutoria e risarcitoria.

Funzionali al recupero effettivo della *res*, le azioni recuperatorie (o *actiones in rem*) nascono nelle Corti regie per proteggere l’insieme di rapporti della classe feudale, quali le concessioni feudali riguardanti il libero possesso (*freehold*) dei fondi che

⁸⁸ *Enciclopedia Britannica*, v. “*property*”, letteralmente: “diritti, doveri, privilegi, poteri, responsabilità, incapacità, immunità che esistono rispetto ad un bene”.

⁸⁹ J.E. PENNER, *The idea of property in law*, Oxford University Press, 1997, p. 139, “*because rights correlate with duties, the shape of a right is determined by the shape of the correlative duties*”; l’A. ricorda, tuttavia, che “*a right is not defined only by the ambit of its correlative duties, but by the interest in exclusively determining the disposition of things*”.

⁹⁰ A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., p. 13.

⁹¹ Tra gli illustri studiosi della materia, si rimanda a R.F.V. HEUSTON, *Salmond on the Law of Torts*, XIV ed., London, Sweet & Maxwell, 1965; W.V.H. ROGERS, *Windfield & Jolowicz on Tort*, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 2002; J. STEELE, *Tort law*, Oxford University Press, 2008.

costituiscono la *real property*; mentre, in via residuale, gli altri rapporti che insistono su un'ampia ed eterogenea gamma di beni (cose) mobili o diritti (anche relativi ad immobili), sono tutelati in via risarcitoria da altre Corti, per mezzo di *personal actions*, che contemplano la facoltà del convenuto non tanto di restituire la cosa, ma di pagarne (a legittimo proprietario) l'equivalente in denaro.

Il modello inglese di *property*, pertanto, presenta una contrapposizione tra beni immobili (le terre) e i diritti feudali ad essa relativi, da un lato, e tutto il resto dei beni – *goods* o *chattels*⁹², a sua volta suddivisi in *chattels real* (categoria comprensiva del *leasehold*) e *chattels personal* – dall'altro.

L'abolizione delle *real actions* a seguito della scomparsa del regime feudale, unita alla previsione della tutela recuperatoria anche per i beni mobili – che si esprime nella facoltà del giudice di ordinare discrezionalmente la restituzione (*specific restitution* o *delivery*) in luogo del risarcimento del danno⁹³ – ha condotto a declamare l'inopportunità della contrapposizione tra *reality* e *personality*. L'avvicinamento delle due categorie trova fondamento anche nella possibilità estesa anche ai beni mobili, e non più solo a quelli immobili, “di essere oggetto di rapporti di attribuzione fiduciaria (*trust*), ovvero di altri rapporti in virtù dei quali la titolarità formale (*legal title*) dei beni viene ad essere scissa – per scopi di godimento o di garanzia – dall'utilità effettiva (*equitable* o *beneficial ownership*) dei beni stessi”⁹⁴.

Con le riforme del 1925⁹⁵, la rilevanza dell'articolazione tra *real property* e *personal property* è venuta definitivamente meno, avendo il legislatore inglese provveduto a uniformare la disciplina dei *legal estates* o diritti immobiliari, la cui classe di beni è, oggi, comprensiva sia dei *freehold estates* e sia dei *leasehold estates*, che, originariamente erano esclusi dall'ambito della *real property* perché estranei alla logica della concessione feudale.

Avvicinate così le due categorie di beni, non sorprende il pensiero di Lawson, secondo il quale la distinzione operata dalla *English law* tra *reality* e *personality* “is based on historical factors which have no longer any appreciable force; and leaseholds are now always included in books on real property”⁹⁶.

2.2. L'origine feudale della *real property*.

Nella realtà europeo-continentale moderna, grazie alla spinta delle forze capitalistiche e borghesi, la rivoluzione francese ha spazzato via quel modello di proprietà medievale

⁹² W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, Oxford, 1765-69, p. 385.

⁹³ Tale forma di tutela è stata introdotta dal *Common Law Procedure Act* 1854, *Section* 78, poi, regolato dal *Torts (Interference with Goods) Act* 1977, *Section* 3 (2).

⁹⁴ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 52.

⁹⁵ Le riforme statutarie in materia proprietaria iniziarono nel XIX secolo, ma i cambiamenti più significativi avvennero tra il 1922 e il 1925.

⁹⁶ F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, cit., p. 18.

che in Inghilterra è stato mantenuto sul piano giuridico attraverso adattamenti e riforme⁹⁷.

Il diritto di proprietà inglese e, in particolare, il diritto immobiliare (*land law*), non può essere compreso se non alla luce delle origini feudali della *real property*, il cui retaggio persiste nel sistema proprietario inglese, benché si parli comunemente di “proprietà fondiaria (o immobiliare) (*ownership of the land*) per designare correttamente la situazione in capo a taluno di titolarità (del diritto di possesso) di un fondo o altro immobile”⁹⁸.

Quando, nel 1066, Guglielmo I sconfigge a *Hastings* il condottiero Aroldo, conte di *Wessex*, instaura in Inghilterra un sistema di amministrazione centralizzata più moderno ed efficiente rispetto a quello in uso sotto i sovrani sassoni. Ulteriore conseguenza della vittoria militare è l’adozione del modello feudale⁹⁹: la scelta di trasferire ai cavalieri che avevano seguito *William the Conqueror* nell’avventura di conquista del regno d’Inghilterra, fu guidata dall’esigenza di ricompensa¹⁰⁰. All’indomani della presa normanna, Guglielmo I confiscò tutte le terre ai principali possidenti terrieri (*chief landowners*), in seguito concedendo che fossero tenute soltanto dalla Corona, nella veste di *supreme landowner* (o dai suoi vassalli), in cambio di denaro o servizi. Tutta la terra è di proprietà del re, il *lord*, mentre *tenant* è chi “tiene” (*hold*) la terra in suo nome, instaurandosi un rapporto di concessione. La monarchia normanna può così gestire il potere politico in territorio inglese, attraverso una struttura centralizzata e uniforme secondo la quale il sovrano era il signore di tutti i vassalli e tramite loro di tutti i sudditi; i *lords* normanni, infatti, non hanno quella posizione di potere tipica dei proprietari dei grandi feudi sul continente europeo, poiché erano comunque legati al re, sia per quanto riguardava il godimento dei fondi, sia per ciò che concerneva il profilo politico militare (e, di conseguenza, i *sub-tenants* erano allo stesso modo legati ai *lords*).

Ciò posto, se tutto il suolo è *terra regis*, cioè proprietà della Corona¹⁰¹, il titolare di un *property right* (*landowner*) continua ad avere – oggi come ieri – la formale posizione

⁹⁷ A. CANDIAN, *La propriété, cit.*, pp. 205 e 215 s., avverte che per la liquidazione del sistema feudale come organizzazione sociale dovrà attendersi che la storia della Francia attraverso il periodo burrascoso e sanguinoso della Rivoluzione. Prima di quel momento, aggiunge l’A. “la descrizione dell’assetto della «proprietà fondiaria» pare ricalcare perfettamente i modelli astrusi che i *civilians* moderni sono abituati a rintracciare solo nel *common law* ed in particolare nella *real property*. Invero questa assonanza tra il diritto fondiario francese prerivoluzionario ed il sistema della *real property* è perfettamente comprensibile”.

⁹⁸ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà, cit.*, p. 66.

⁹⁹ C.D. BELL (a cura di), *Land: The Law of Real Property*, London, 2000, p. 1, sottolinea l’importanza dello studio dell’origine feudale del modello proprietario. Nell’ambito della dottrina italiana, per una disamina più approfondita del sistema inglese e delle sue origini feudali, si rimanda a A. GAMBARO-R. SACCO, *op. cit.*, pp. 60-66; V. VARANO-V. BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 268-269; G.B. PORTALE, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁰⁰ Per il nuovo re d’Inghilterra fu una scelta connessa ad un’esigenza vitale di controllo del territorio, per imporsi sulla nobiltà anglosassone che opponeva resistenza. In una società carente di metalli preziosi, pertanto, incapace di pagare in denaro l’esercito, il modo più conveniente per provvedere a tali costi era quello di concedere lotti di terra ai più valorosi cavalieri.

¹⁰¹ R.H. MAUDSLEY-E.H. BURN, *Land law: cases and materials*, London, Butterworths, 1970, p. 1, “*the theory of the common law is that all land is held of the King who is the supreme feudal lord*”, per cui

di chi ‘tiene’, cioè di chi “possiede o, meglio, ha diritto di possedere – direttamente o indirettamente – dal sovrano”¹⁰², derivando da questi ogni titolo di appartenenza immobiliare. L’allocazione dei suoli, infatti, avviene sotto forma di concessione, intesa non tanto quale trasferimento immobiliare del bene, quanto come nascita di un rapporto di *tenure* tra un *lord* e un *tenant*, i cui diritti e obblighi sono detti “*incidents*”¹⁰³ – in forza del quale il sovrano stesso o, a sua volta, il *lord*, investiva il *tenant* del potere (diritto) di godimento e sfruttamento di un feudo (*feudum* o *fee*), conferendogli il relativo possesso, a fronte ed in cambio di servizi da rendere al concedente. Alla mancanza dell’effetto traslativo, quindi, supplisce la titolarità in capo al *tenant* di un *estate* (*status*) avente ad oggetto il diritto di utilizzazione del fondo, temporalmente limitato, che misura l’interesse spettante al destinatario della concessione. Il rapporto di *tenure*, quindi, affiancandosi all’*estate*, completa il quadro istituzionale della *free tenure* (o *freehold*).

Il rapporto tra *lord* e *tenant* “*is normally created when a person with a freehold or leasehold estate in land, known as the landlord, confers on another person, known as the tenant, the right to exclusive possession of that land for a term*”¹⁰⁴. In cambio della concessione del diritto di godimento del bene, il *tenant*, si impegna, con un giuramento di fedeltà, a servire con lealtà il *lord*; in caso di mancata osservanza delle condizioni promesse, la terra torna nelle mani del concedente¹⁰⁵. Al verificarsi di un certo evento, quale, ad esempio, la morte del *tenant propter defectum sanguinis* (senza lasciare eredi), il godimento del fondo è in capo al *lord* in forza dell’*escheat*.

All’interno dell’ordinamento feudale la *tenure* è detta *free tenure*, o *freehold*, la quale poteva essere variamente determinata nel tempo: all’epoca medievale questo sistema era alla base della struttura sociale, militare ed economica dello Stato; e la concessione di un *freehold land* era essa stessa il fondamento della posizione sociale, del benessere e del potere¹⁰⁶. Il sistema riconosce tre ipotesi di *freehold estate*. Si definisce *fee simple* il diritto concesso a favore di un soggetto e dei suoi eredi (*right to possession*

l’unico vero *dominus* di tutti i suoli, ma in un senso politico più che giuridico, era il sovrano. Tuttavia, A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, 1986, p. 47, dubita anche dell’appartenenza delle terre al sovrano, stante l’estraneità al mondo medievale dell’idea di dominio assoluto tipica del modello romano-continentale, considerando il principio secondo il re è proprietario di tutte le terre “*a dogma of very modern appearance*”.

¹⁰² R.E. MAGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 71, “*tenants holding either directly or indirectly from the Crown*”.

¹⁰³ M. LUPOI, *Appunti sulla Real Property e sul Trust*, cit., p. 6, il complesso dei diritti e degli obblighi che, per effetto della concessione, scaturiscono fra le parti, prende il nome di *incidentes* e sono, ad esempio, il *wardship* e il *marriage*: in base al primo, se alla morte del *tenant* l’erede è minorenne, il *lord* ha diritto di godere della terra fino alla maggiore età di questo e senza rendiconto; mentre, in virtù del secondo il *lord* ha diritto di scegliere lo sposo o la sposa dell’erede celibe/nubile del *tenant* deceduto.

¹⁰⁴ M. DAVEY, *Landlord and tenant law*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 1, tale rapporto è definito “*tenancy*”, termine a cui è talvolta sostituito quello di “*lease*”: gli avvocati spesso utilizzano “*lessor*”, “*lessee*” e “*lease*”, piuttosto che, rispettivamente, “*landlord*”, “*tenant*” e “*tenancy*”, per riferirsi a diritti creati formalmente per periodi più lunghi (*for longer fixed-term interests*). Il termine “*lease*”, inoltre, può essere utilizzato non solo come sostantivo, ad indicare il diritto del *tenant* concesso dal *landlord*, ma anche come verbo, per descrivere “*the act of letting a property to another*”.

¹⁰⁵ Lord Denning in *Warner v. Sampson*, [1959] 1 Q.B. 297.

¹⁰⁶ R.H. MAUDSLEY-E.H. BURN, *Land law: cases and materials*, cit., p. 2.

forever)¹⁰⁷, che sia costituito, per atto o testamento, senza necessità di predisporre particolari formalità e senza limitazioni (*without any word of limitation*), a meno che il concedente non manifesti l'intenzione di concedere meno¹⁰⁸. In presenza di un *fee simple*, il titolare dell'estate ha un ampio potere di disposizione del bene che non può essere limitato dal concedente: *power to sell, to lease or otherwise deal with the land*¹⁰⁹. *Fee tail* è il diritto di godere della terra destinato ad un soggetto e ad una classe soltanto dei suoi eredi (per esempio, i maschi, *tail male*); mentre, il *life estate*, è concesso per la durata della vita del *tenant* o di altre persone (in questo caso si parla di *estate pur autre vie*).

La *common law* riconosce due tipi di *estate*, il *freehold estate* e il *leasehold estate* che, distinti nel requisito temporale, conferiscono il diritto di godere della terra per un periodo di tempo la cui durata massima è, rispettivamente, non quantificabile in termini di anni, mesi o settimane ovvero determinato o comunque determinabile¹¹⁰.

Si delinea, quindi, la caratteristica del sistema della *real property* tipica dell'ordinamento inglese medievale e, poi, di quello moderno, ossia, la frammentazione in una molteplicità di *estates* suscettibili di godimento immediato o futuro, in capo a una pluralità di titolari. In termini riassuntivi, i caratteri distintivi della *real property* inglese rispetto sia alla *personal property* sia al sistema civilistico-continentale sono individuati nel fatto che l'*estate* è un bene oggetto di diritti, che ad un soggetto fanno capo diritti su un *estate* e non diritti su un bene fisico e che il bene fisico è oggetto dell'*estate* e solo mediatamente di un diritto¹¹¹.

3. Il *Law of property Act 1925: legal estates ed equitable interests*.

Con l'espressione "*the 1925 property legislation*" si fa riferimento a quell'insieme di riforme¹¹², tutte entrate in vigore il primo gennaio del 1926, che contribuirono a consolidare la disciplina della materia proprietaria inglese. Pur senza presunzione di codificazione, ma con l'intento di unificare la disciplina inglese della *law of*

¹⁰⁷ Law of Property Act 1925, s. 60(1), "*a conveyance of freehold land to any person without words of limitation, or any equivalent expression, shall pass to the grantee the fee simple or other the whole interest which the grantor had power to convey in such land, unless a contrary intention appears in the conveyance*".

¹⁰⁸ Wills Act 1837, s. 28, "*where any real estate shall be devised to any person without any word of limitation, such devise shall be construed to pass the fee simple, or other the whole estate or interest which the testator had power to dispose of by will in such real estate, unless a contrary intention shall appear by the will*".

¹⁰⁹ *Re Brown, District Bank, Ltd. v. Brown*, [1954] Ch. 39.

¹¹⁰ G. LIGHTMAN, G. BATTERSBY, *Cases and statutes on Real Property*, London, Sweet & Maxwell, 1965, p. 5 s.

¹¹¹ M. LUPOL, *Appunti sulla Real Property e sul Trust*, cit., p. 144.

¹¹² Si tratta del *Settled Land Act*, *Trustee Act*, *Law of Property Act*, *Land Registration Act*, *Land Charges Act* e l'*Administration of Estate Act*.

*property*¹¹³, tra gli *Acts* emanati dal Parlamento, il *Law of Property Act (LPA)* del 1925 costituisce, ancora oggi, il cuore della regolamentazione in tema di proprietà.

La politica del *LPA* prevede la semplificazione del sistema di trasferimento dei beni (“*conveyancing*”) sulla scia delle riforme iniziate dal governo liberale nel 1906, al fine di favorire la circolazione dei diritti di proprietà immobiliare, rendendo la cessione della terra spedita ed agevole come quella dei *personal property*, come le azioni¹¹⁴.

Inoltre, come osserva attenta dottrina¹¹⁵, la scelta di semplificazione dei *property rights* in campo immobiliare, operata dal legislatore del 1925, si pone l’obiettivo di tenere distinti, a fini di maggior chiarezza e facilità dei trasferimenti di tali diritti, la categoria dei cosiddetti *commercial interest in land* da quella dei *family interest in land*, la cui utilizzazione, a differenza dei primi, era vincolata a determinati bisogni di conservazione di nuclei e patrimoni familiari.

L’innovazione più rilevante operata dall’*Act* del 1925 è la riduzione del numero e della tipologia di *legal rights*, a favore di un ampliamento della categoria degli *equitable interest*, tanto che, in tal senso, si ritiene che “la legislazione del 1925 (abbia) accresciuto l’apporto dell’*equity* al regime immobiliare”¹¹⁶. La rilevanza nell’ambito della materia proprietaria della definizione dei diritti reali immobiliari suscettibili di sussistere *at law*, cioè i *legal rights in land*, si registra nell’incipit del *LPA*, che dedica la Section I alla classificazione dei *legal estates* e degli *equitable interests*; i primi, oltre ad aver subito una drastica riduzione di numero, sono stati distinti in due categorie: *legal estate* e *legal interests*.

Nonostante la loro molteplicità, gli *estates* storicamente riconosciuti erano in numero chiuso¹¹⁷, sfatandosi quella radicata credenza secondo la quale il principio del *numerus clausus* dei diritti reali è estraneo alla mentalità giuridica inglese¹¹⁸. A partire dal 1926, i soli *estates* suscettibili di sussistere, essere trasferiti o costituiti *at law*, secondo diritto, sono il *fee simple (absolute in possession)* o *freehold estate* e il *leasehold estate* (o *lease*)¹¹⁹. Definito in termini di sostanziale equivalenza con la proprietà assoluta di matrice romanistica, il *fee simple* (o *freehold*) – la cui denominazione deriva dal lessico “*feudum simplex*” – è il più ampio diritto che possa esistere su un immobile. Benché il trasferimento avvenga ancora in via di concessione (*tenure*) e, pertanto, non possa dirsi equiparabile alla proprietà assoluta, in via di fatto lo è poiché quasi tutti i residui dei

¹¹³ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The law of real property*, cit., p. 8, “because the 1925 Act are consolidation Acts, they are presumed not to alter the pre-existing law more than their wording necessarily requires”.

¹¹⁴ G.R. BELT-B.E. YORKS, *English Conveyancing*, 19 Law Libr. J. 113, 121 (1926), p. 115, “the new Property legislation which came into force at the beginning of the present year [i.e. 1926] may be fairly described as a further attempt to modernise again the system of Conveyancing”.

¹¹⁵ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 115.

¹¹⁶ P. TODD, *Textbook on Trusts*, London, 1993, p. 21.

¹¹⁷ S. GARDNER, *An Introduction to Land Law*, Oxford and Portland Hart Publishing, 2007, p. 11, il principio del *numerus clausus* assicura che i “rights can operate in rem where, but only where, this does more good than harm” (“i diritti possono operare in rem quando, e solo quando, ciò determine più benefici che danni”).

¹¹⁸ Approfondita disamina del tema è offerta da A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 3, p. 439 s.

¹¹⁹ *Law of Property Act 1925*, s. 1(1).

vecchi oneri feudali sono scomparsi; per cui un *tenant in fee simple* “ha tutti i vantaggi di una proprietà assoluta, eccetto la forma”¹²⁰.

Quanto al *leasehold* è definito come il “diritto al possesso (esclusivo) di un fondo (o immobile) limitato nel tempo, nonché soggetto alle altre condizioni stabilite dalla legge o dal contratto (a sua volta denominato *lease*)”¹²¹; si tratta di una proprietà temporanea, definita nel *Law of Property Act* un “*term of years absolute*”.

La classificazione dei *legal estate* in *freehold* e *leasehold* appare di difficile comprensione per il giurista di *civil law* abituato a tenere distinta la posizione del proprietario del bene da quella del titolare di un diritto reale di godimento su cosa altrui, mentre è comune all’ottica di *common law* percepire questi diversi diritti come di un medesimo genere, assegnando a ciascun *freeholder* e *leaseholder* il suo proprio *estate in land*¹²².

Accanto ai *legal estate* si collocano i *legal interests* (o *charges*), consistenti in una serie di “interessi o oneri su o relativi a un immobile (*in or over land*), capaci di sussistere o di essere trasferiti o costituiti secondo lo stretto diritto (*at law*)”¹²³, tassativamente enumerati dalla legge, noti in dottrina con la locuzione “*lesser rights*” (“diritti minori”).

Tra questi il *Law of Property Act* annovera i diritti su fondo altrui, quali le servitù prediali e i diritti di pascolo, caccia, pesca, le rendite, gli oneri costituiti in forma di garanzia reale (*legal mortgage*) e, infine, i *rights of entry*.

Se il numero dei *freehold* e *leasehold*, nonché dei *legal interests* è determinato, “tutti gli altri diritti, interessi e oneri su o relativi ad un immobile valgono (*take effect*) come *equitable interests*”¹²⁴. Si ricava da tale disposizione una definizione in negativo di cosa si intende per *equitable interests*, che include sia il concetto di *equitable estate in land* (simili per contenuto ad una proprietà piena) sia i diritti di contenuto minore (della proprietà), ai quali più esattamente si addice la qualificazione di *equitable interests* (o *charges*)¹²⁵.

4. L’alienazione di *legal estate in land* e la “*conveyance*”.

Si è detto che sotto la vigenza del sistema feudale, non si poteva parlare di situazioni di appartenenza assoluta rispetto alle utilità o alle cose, poiché non vi era un vero e proprio regime circolatorio: l’investitura non copriva tutte le utilità che la terra poteva offrire, poiché alcune rimanevano in capo al concedente e il *tenant* investito del feudo, lo teneva in nome del suo *lord*, così che gli era consentito sub-infeudarlo, ma non alienarlo.

¹²⁰ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 59.

¹²¹ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 108.

¹²² P. SPARKES, *A New Land Law*, Oxford-Portland (Oregon), 1999, p. 32.

¹²³ *Law of Property Act* 1925, s. 1(2).

¹²⁴ *Law of Property Act* 1925, s. 1(8), “*estates, interest and charges in or over land which are not legal estate are in this Act referred to as ‘equitable interests’, and powers which by this Act are to operate in equity only are in this Act referred to as ‘equitable powers’*”.

¹²⁵ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 114.

La libertà di alienare ad altri la terra di cui si ha la titolarità ha rappresentato, infatti, una conquista per gli individui che ha segnato un momento importante nella storia della *land law* inglese¹²⁶.

Se, da un lato, l'obiettivo cui tende la *law of property* è regolare i rapporti che sorgono tra le persone e le cose, occupandosi, quindi, di disciplinare le numerose situazioni che derivano dal contatto tra *people* e *thing*¹²⁷, al fine di prevedere basi solide per l'acquisizione, il godimento e il trasferimento della ricchezza, dall'altro, la *law of contract* offre il tipico metodo per assicurare alle parti tali fini, ossia, stipulare un accordo. La creazione e il trasferimento del diritto di proprietà sui beni avviene, principalmente, *by transfer*, quindi, attraverso la cessione del *title to property* da un soggetto ad un altro in cambio di denaro o *by way of gift* (per donazione).

L'acquisto del diritto di proprietà *inter vivos* avviene per mezzo di un'operazione definita "*conveyancing*", che indica quella "parte dell'attività legale che ha ad oggetto la *conveyance* e le attività ad essa connesse"¹²⁸, svolta principalmente dai *solicitors*, in ossequio alla *Section 20* del *Solicitors Act* del 1957. Considerata "*a filed which, even for English lawyers, has traditionally had about it an air of mystery*"¹²⁹, il fondamento della *conveyancing* inglese si fa comunemente risalire alla conquista normanna¹³⁰.

Con particolare riferimento ai diritti immobiliari, questo termine assume un significato che non trova equivalenza nei sistemi di *civil law* qualificandosi (tale operazione) "*as the application of the law of real property in practice*"¹³¹, tanto che la vendita è esaminata nei manuali che trattano della *real property* piuttosto che in quelli sul *contract*.

Rientrando nel più generale concetto di *alienation*, per "*conveyance*" si intende il trasferimento della proprietà e l'atto o lo strumento con il quale il trasferimento avviene, esclusa l'ipotesi di cessione *mortis causa*¹³². In particolare, il trasferimento del diritto di proprietà segue alla manifestazione di volontà delle parti a ciò rivolta, non operando il principio traslativo del consenso tipico del sistema italiano: infatti, al *contract*, stipulato tra l'alienante e l'acquirente, fa seguito la *conveyance*, effettuata, a pena di nullità, con il *deed*, atto unilaterale espressione della volontà di trasferire il bene¹³³; non vi è, quindi, equivalenza tra il contratto e la *conveyance*.

Nel diritto inglese, quindi, il trasferimento immobiliare *inter vivos* avviene in due fasi, il *contract*, che ha forma scritta, e il *deed* o *conveyance* (i termini sono spesso usati

¹²⁶ M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, in *Studies in comparative law*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 6.

¹²⁷ F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, cit., p. 1, i rapporti giuridici che i giuristi sono chiamati a fronteggiare sono più o meno statici a seconda che siano "*relations between persons and persons and relations between persons and thing*".

¹²⁸ F. DE FRANCHIS, v. *conveyance*, *Dizionario giuridico*, cit., p. 565.

¹²⁹ In premessa a M.D. PANFORTI, *op. cit.*, "un campo che, anche per i giuristi inglesi, è avvolto da un'aria di mistero".

¹³⁰ G. R. BELT-B.E. YORKS, *English Conveyancing*, cit., p. 113.

¹³¹ R.E. MEGARRY-M.P. THOMPSON, *Megarry's manual of the law of real property*, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 125.

¹³² Law of Property Act 1925, s. 205(1) (ii).

¹³³ Law of Property Act 1925, s. 40 e s. 52.

indifferentemente indicando l'uno l'atto formale, l'altro l'atto che opera il vero e proprio trasferimento). Una volta siglato il contratto, che esprime la volontà di trasferire e acquistare il bene, individuando l'oggetto della trattativa, il corrispettivo e le modalità di pagamento¹³⁴, da un lato, *at law*, il venditore è obbligato a provvedere al trasferimento dei suoi diritti sull'immobile e l'acquirente a versare il corrispettivo, dall'altro, in *equity*, il compratore è subito considerato proprietario dell'immobile ceduto¹³⁵. In particolare, si presume l'esistenza di un *implied trust*¹³⁶ (più precisamente, un *constructive trusts*) che la giurisprudenza inglese delle *Chancery Courts* ha nel tempo elaborato, "in applicazione di principi equitativi, a prescindere da una dichiarazione di volontà validamente indirizzata all'istituzione di un *trust*"¹³⁷. Con la redazione della *conveyance*, datata, sottoscritta e consegnata alla controparte, quel complesso di attribuzioni che passa immediatamente in capo all'acquirente per effetto del *contract*, definito *equitable estate*, e il fascio di poteri che, invece, permane in capo al venditore (*legal estate*) confluiscono nel compratore, ricostruendo l'unità delle attribuzioni proprietarie¹³⁸. Nel diritto inglese, quindi, il trasferimento di un bene immobile è il risultato di un processo bifasico che porta alla disgregazione e riagggregazione del *title* ceduto e non si compie, come nei sistemi di *civil law*, con la mera manifestazione traslativa del consenso.

4.1. Le novità in tema di *registration of title*.

Come noto, la registrazione dei beni immobili ha grande importanza per i traffici commerciali e per l'economia di un Paese. In Inghilterra (e Galles), ad oggi (aprile 2016), circa l'86% delle terre sono registrate, per un totale di oltre 24 milioni di titoli registrati¹³⁹. Questi dati statistici confermano l'importanza della predisposizione di un efficiente sistema di registrazione dei trasferimenti, che è alla base dell'esistenza e dell'operatività del mercato immobiliare.

¹³⁴ Il contratto contiene "*the price, the property boundaries, which fixtures and fittings (like carpets and kitchen units) are included, any planning restrictions, services to the property, like drainage and gas and when the sale will complete*" in www.gov.uk.

¹³⁵ M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., p. 62.

¹³⁶ La presunzione di esistenza di un *trust* è un meccanismo rimediabile di frequente utilizzazione anche nel settore della *family law*, applicato per risolvere i casi di assegnazione della casa familiare tra conviventi *more uxorio* che abbiano (entrambi) partecipato economicamente all'acquisto di un immobile, risultando, però, intestatario uno solo dei *partners*. Consentendo che un medesimo bene possa essere di proprietà di un soggetto (*trustee*) e, allo stesso tempo, possa costituire oggetto di intangibili diritti (di natura equitativa) del beneficiario, tutelati da efficaci rimedi reipersecutori, il *trust* implicito costituisce un valido strumento per tutelare situazioni non riconosciute *at law*. Come osservato da giuristi esperti della materia (G. GAIMO, *La tutela del convivente non intestatario con riguardo agli apporti conferiti per l'acquisto della casa familiare. Confronti comparatistici*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 3, p. 851), "il convivente intestatario è il *legal owner* del bene stesso sul quale, tuttavia, grava l'inviolabile *equitable ownership* in favore di chi abbia contribuito all'acquisto medesimo, in modo che questi possa beneficiare di una tutela patrimoniale effettiva nel caso di una eventuale cessazione del rapporto *more uxorio*".

¹³⁷ M. LUPOLI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1.

¹³⁸ M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., pp. 62-63.

¹³⁹ Land Registry, *Annual Reports and Accounts 2014/15* (July 2015) p. 9.

Pertanto, è condivisibile l'opinione secondo la quale “*according to the basic ideas of title registration, there is a direct connection between conveyancing and registration*”¹⁴⁰.

Il sistema di registrazione dei titoli di acquisto, di garanzia su un bene o di altri interessi è stato introdotto con il *Land Registration Act 1925*, al fine di garantire i trasferimenti immobiliari e il “*charge*”, predisponendo un archivio generale che contenesse i documenti attestanti il passaggio di proprietà o il vincolo su un determinato bene. Fino all’*Act* del 1925, che ne impone l’obbligatorietà, la *registartion of title* in Inghilterra era su base volontaria. I principi alla base del sistema di registrazione erano, e sono tutt’oggi, i cosiddetti “*mirror*”, “*curtain*” e “*insurance*” *principle*; in ossequio al primo, il Registro deve riflettere fedelmente tutti gli aspetti della titolarità del bene, con il secondo si persegue la finalità di svelare i dettagli delle operazioni coperte dai *trusts*, mentre, il terzo pone una garanzia sull’attestazione che si effettua: “*the state guarantees the accuracy of registered title. If it transpires that there is a mistake on the Land Register, then state funds will be used to pay an indemnity to anyone who suffer loss as a result of the correction of that mistake*”¹⁴¹.

Il *Land Registration Act 2002 (LRA 2002)* ha modificato il precedente, ma rimane un po' ancorato al passato, essendo stato adottato quasi un ventennio fa. Il 31 marzo 2016 la *Law Commission* ha pubblicato un *consultation paper*¹⁴², con l’intento di promuovere la revisione del *LPA 2002* pur mantenendone la struttura sistematica e suggerendo alcune modifiche perlopiù tecniche, ma dai rilevanti risvolti pratici.

Una descrizione puntuale delle proposte circa le modalità di registrazione nonché sulle novità in tema di *electronic conveyancing*¹⁴³ andrebbe oltre gli scopi del presente lavoro. Basti qui considerare che tra le questioni toccate dalla *Law Commission*¹⁴⁴ figura una previsione specifica sui *mortgagee*. È rimessa al parere dei *consultee* l’implicazione che potrebbe derivare dal rimuovere la possibilità per il creditore-*mortgagee* di ottenere, in alcune circostanze, l’indennità dal Registro, ossia di essere in qualche modo protetto in caso di errore nella registrazione; allo stesso modo, sempre in tema di effettività del principio di *insurance* è stata sollevata la questione relativa alle conseguenze che si potrebbero determinare in caso di imposizione al *mortgagee* di obblighi di verifica sull’identità del concedente la garanzia: “*any proposal to reform*

¹⁴⁰ L.M. MARTÍNEZ VALENCOSO-S. BAILEY-A. PRADI, *Transfer of Immovables in European Private Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 27.

¹⁴¹ B. DU MARAIS-D. MARRANI (a cura di), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A comparison of England and France*, Intersentia Publishing, 2016, p. 91.

¹⁴² Law Commission, *Updating the Land Registration Act 2002*, Consultation Paper N° 227.

¹⁴³ Sul punto, L.M. MARTÍNEZ VALENCOSO-S. BAILEY-A. PRADI, *Transfer of Immovables in European Private Law*, cit., p. 29 s., “*the main ideas of the systems (i.e. the English one and the Finnish system) are the validation of electronic conveyance documents instead of or alongside traditional written and signed paper documents and the automatic and immediate online registration of conveyances*”.

¹⁴⁴ Le questioni considerate dalla *Law Commission* riguardano gli *interests* che possono essere oggetto di registrazione, come questi vengono protetti dal Registro, gli effetti della registrazione, l’estensione della garanzia dei titoli che la registrazione contempla e, in ultimo, lo sviluppo dell’*electronic conveyancing*.

*the indemnity scheme will inevitably be contentious*¹⁴⁵. Al momento la *Law Commission* sta vagliando il risultato delle consultazioni effettuate.

¹⁴⁵ N. HOPKINS & S. DAWE, *Whose land is it anyway?*, in www.newlawjournal.co.uk, 22 aprile 2016.

SEZIONE II – IL MORTGAGE IERI E OGGI

SOMMARIO: 1. Il *mortgage*: definizione dell'istituto. – 1.1. La principale forma di garanzia reale. – 2. Il *mortgage* prima del *Law of Property Act 1925*. – 3. L'età moderna della *law of mortgage*. – 3.1. La costituzione dell'*equitable mortgage*. – 4. I *goods mortgages* nel mirino della *Law commission*. – 5.1. Segue: il *goods mortgage* come il *charge*.

1. Il *mortgage*: definizione dell'istituto.

In un testo classico di *law of mortgage*¹⁴⁶ si legge che il *mortgage* è una “*security created by contract for the repayment of a debt already due or to become due, or of a present or future in advance, effected by means of an actual or executory conveyance of real or personal property, charging the mortgaged property with the payment of the money secured...*”.

Nei manuali inglesi moderni¹⁴⁷ è spesso riportata la definizione offerta in giurisprudenza¹⁴⁸ che qualifica la garanzia reale *de qua* in termini di “*conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation for which it is given. This is the idea of a mortgage:*

¹⁴⁶ S.E. WILLIAMS, *Coote's law of mortgages*, vol. I, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1904, p. 6.

¹⁴⁷ Per tutti, si veda, R.E. MEGARRY- H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, London, Sweet & Maxwell, 6th ed., 2000, p. 1169.

¹⁴⁸ *Santley v. Wilde* [1899] 2 Ch 474; *Noakes & Co. Ltd v. Rice* [1902] A.C. 24, 28; *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd* [1982] A.C. 584, 595.

and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation, any provision to the contrary notwithstanding”.

Appartene alla categoria delle *proprietary securities*¹⁴⁹, il *mortgage* consiste nel trasferimento di un *legal or equitable interest in property* (quindi, di un diritto o di un interesse proprietario) a garanzia di un prestito monetario o dell’adempimento di un’obbligazione.

L’essenza del *mortgage* sta nella previsione (*provision for redemption*) secondo la quale, estinto il debito o eseguita la prestazione obbligatoria, il trasferimento si considera nullo (*void*) o, comunque, il diritto deve essere ritrasferito¹⁵⁰.

È dato acquisito che il *mortgage* sia un “*interest in the land exchanged for the money: a mortgage is not borrowed money*”¹⁵¹. Inoltre, chi trasferisce il diritto o l’interesse proprietario è il *mortgagor*, mentre, chi lo riceve prestando il denaro è il *mortgagee*; il diritto o l’interesse proprietario, sia esso mobiliare o immobiliare, è definito *mortgage estate* o *property*, e il prestito monetario è detto *mortgage debt*.

L’appartenenza del *mortgage* alla categoria delle “*conditional ownerships*” spiega come la titolarità del bene oggetto del diritto o dell’interesse proprietario trasferito sia condizionata al mancato verificarsi di una certa condizione; la proprietà è, infatti, condizionata o *defeasible*, quando è soggetta al verificarsi o meno di un determinato evento.

Se, di regola, l’esistenza o il *quantum* del diritto condizionato dipende da un evento incerto che il beneficiario può o non può causare, per quanto riguarda il *mortgage*, i diritti o gli interessi trasferiti “sono in larga misura una creatura della condizione annessa (all’operazione)”¹⁵².

1.1. La principale forma di garanzia reale.

Nel linguaggio comune, l’espressione “*mortgage*” è spesso riferita ad un prestito monetario, di regola proveniente da una banca o da una società di costruzioni, finalizzato all’acquisto di una casa¹⁵³. La maggior parte della popolazione inglese, infatti, considera l’idea di acquistare una casa a fronte della concessione di un mutuo garantito da un *mortgage* sull’immobile da acquistare e, non a caso, Lord Diplock, nella decisione *Pettitt v. Pettitt*¹⁵⁴, osservò che nel XX secolo la società è diventata una “*real-property-mortgaged-to-a-building-society-owning-democracy*”.

¹⁴⁹ F.H. LAWSON-B. RUDDEN, *The Law of Property*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 190.

¹⁵⁰ *Noakes & Co. Ltd v. Rice* [1902] A.C. 24, 28 e *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd* [1982] A.C. 584, p. 595.

¹⁵¹ K. GREEN & J. CURSLEY, *Land Law*, Palgrave Law Masters, 2004, p. 80.

¹⁵² J.A. STRAHAN, *A general view of the Law of Property*, Stevens and sons Publishers, 1926, p. 216, “*are to a great extent the creatures of the condition annexed to them*”, pertanto, “*mortgage estates differ from other conditional estates in this respect: other conditional estates are conditional only to this extent – that their existence depends on the conditions: while they exist, their incidents are practically the same as the incidents of estates of the same kind not subject to condition*”.

¹⁵³ S. GARDNER, *An introduction to Land Law*, cit., p. 229.

¹⁵⁴ *Pettitt v. Pettitt* [1970] AC 777, 824.

Tuttavia, prima del 1916, le banche e gli istituti di credito non concedevano con frequenza mutui ai privati che volevano acquistare un immobile, tanto che, nonostante l'odierno uso corrente di tale strumento, il “*personal property mortgage is a relatively new development in the context of real estate finance*”¹⁵⁵.

Nell'esperienza giuridica anglosassone odierna, la più importante forma di garanzia è il *mortgage*¹⁵⁶: il prestatore che ottenga una garanzia per il denaro prestato potrà soddisfare il proprio credito, anche qualora il debitore sia insolvente e con precedenza rispetto agli altri creditori chirografari¹⁵⁷.

Il *mortgage* è un'operazione nella quale il debitore-concedente (*borrower* o *mortgagor*) trasferisce al prestatore (*lander* o *mortgagee*) la proprietà di, o un interesse in, un bene mobile o immobile, alla condizione che la proprietà o l'interesse siano detenuti dal *lander* a garanzia del prestito.

L'avvenimento che subordina il ri-trasferimento del bene al *mortgagor* è la restituzione, al *mortgagee*, del capitale prestato, poiché questa è l'essenza del *mortgage*: il *loan*. La cessione del bene, infatti, è funzionale a garantire il pagamento del denaro prestato: nella giurisdizione di *equity* è chiaro che “*the land should be held merely as a security, and that, provided the creditor suffered no substantial damage, it did not matter whether the condition to repay on a given day was strictly fulfilled or not*”¹⁵⁸; anche qualora sia scaduto il termine per l'adempimento (*even after failure to repay on that day*), il *mortgagor* può sempre pagare il *mortgagee* ed ottenere il ritrasferimento del bene.

Preservare la posizione del *mortgagor* è l'obiettivo perseguito dalla giurisdizione di *equity*, con la regola dell'*equitable right to redeem*, che gli conferisce il diritto di riscattare il bene, in ogni tempo, anche dopo lo scadere del termine fissato per il pagamento del *mortgage debt*.

Quando la cessione del bene non è sorretta da una causa di garanzia, allora, può accadere che le parti abbiano voluto stipulare una vendita condizionata (*conditional sale*).

¹⁵⁵ N. KREBS, *British cures for American Foreclosure woes: a comparative analysis of foreclosure law in the United States and United Kingdom*, 15 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 67, April, 2015. La progressiva affermazione dei *mortgages* sulle *personal properties* nasce, all'inizio del XX secolo, dal crescente interesse di divenire proprietari di terre proveniente della nuova classe borghese, desiderosa di rompere il legame tra *landlord* e *tenant* che dominava dal Diciannovesimo secolo e, così, beneficiare dei vantaggi derivanti dalla titolarità del *real estate*.

¹⁵⁶ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1169, “*the most important kind of security is the mortgage*”.

¹⁵⁷ K. GRAY, *Elements of land law*, Butterworths, 1993, p. 931, “*the mortgagee (i.e. the lender of the money) is thereby placed in the privileged position of being a secured creditor of the 'mortgagor' (i.e. the borrower of the money), with the consequence that he enjoys priority over the latter's unsecured creditors if the latter becomes insolvent*”.

¹⁵⁸ J.A. STRAHAN, *A general view of the Law of Property*, cit., p. 217.

2. Il *mortgage* prima del *Law of Property Act 1925*.

In epoca medievale, la *law of mortgage* era influenzata dalla legge contro l'usura – considerata sia un delitto sia un peccato – che impediva di prestare denaro ad un certo tasso di interesse, per ottenerne profitto. Stante questa proibizione, la prassi conosceva altre operazioni comunque vantaggiose per il prestatore, quali l'ipotesi (più vicina ad un pegno che ad un *mortgage*) consistente nel locare la terra del *borrower-mortgagor* al *lender-mortgagee*, con l'intesa che l'utile derivante dalla locazione sarebbe servito per estinguere il debito¹⁵⁹ e che, in caso di insoddisfazione, il creditore sarebbe divenuto titolare del *fee simple*; in ogni caso, il *mortgagee*, sia che fosse titolare di un *freehold* o di un *lease*, diveniva possessore del bene¹⁶⁰. Questa forma di *mortgage* non era illegale, ma era comunque ritenuta peccaminosa dalla Chiesa, poiché in un certo senso “*the income took place of interest of the loan*”¹⁶¹.

Con il tempo, la forma classica di *mortgage* si caratterizza per il trasferimento immediato del *fee simple*, condizionata (risolutivamente) dall'adempimento, da parte del concedente, dell'obbligazione garantita; in caso di pagamento del debito nei termini, il *mortgagor* poteva ri-ottenere il bene, diversamente, lo perdeva per sempre. Venuto meno il *legal right of redemption* (il diritto di riscatto del bene esercitabile *at law*), infatti, il diritto del *mortgagee*-creditore diventava “*absolute and indefeasible*”¹⁶². In origine, infatti, il *mortgage* era anche detto *mortuum vadium* ad indicare che la violazione della condizione comportava la perdita definitiva del bene da parte del debitore.

A maggior garanzia dell'operazione, il *mortgagee* diveniva anche possessore della *mortgaged property* e in caso di ritardo nell'adempimento del *mortgagor* fosse stato anche solo un giorno in ritardo nell'estinguere il proprio debito, non solo avrebbe perso la propria terra, ma sarebbe anche rimasto responsabile per il debito medesimo¹⁶³.

Un importante cambiamento si registra con l'intervento della giurisdizione di *equity*; in questo periodo con alcuni *Acts*, poi, abrogati dall'*Usury Laws Repeal Act 1854*, la concessione di prestiti con finalità di profitto non erano più illegali e, quindi, l'esigenza di possedere il bene del *borrower* a garanzia del *loan* viene meno, stante la previsione di mutui cui era applicato un tasso d'interesse fisso. Questo cambio di prospettiva nella legislazione inglese ha avuto conseguenze significative nella struttura e per la funzionalità del *mortgage*, che diventa *solo* una forma di garanzia reale del credito e non anche uno strumento utilizzato dal *mortgagee* per ottenere interessi sui prestiti concessi¹⁶⁴, al quale è ormai precluso di conseguire benefici dal godimento del diritto

¹⁵⁹ Quando il canone era trattenuto dal *mortgagee*, la transazione era definita *mort vadium (a dead pledge)*: da qui l'espressione “*mortgage*”, *mort (dead)* e *gage (pledge)*.

¹⁶⁰ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1171.

¹⁶¹ S. GARDNER, *An Introduction to Land Law*, cit., p. 234.

¹⁶² S.E. WILLIAMS, *Coote's Law of Mortgages*, cit., p. 2, riporta la lettura di Littleton, Coke e di altri secondo i quali “*on breach of condition the estate was rendered indefeasible in the mortgagee, and absolutely lost to the mortgagor*”.

¹⁶³ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., pp. 1171-1172.

¹⁶⁴ Tuttavia, F.H. LAWSON-B. RUDDEN, *The Law of Property*, cit., p. 191, nel descrivere l'operazione di *mortgage* affermano che il “*lender is merely investing his money on security and would normally rely*

di proprietà (*fee simple*) sul bene. Il possesso della terra del *borrower* non realizza più un vantaggio per il *mortgagee*, tanto che il moderno tipo di *mortgage* configura il trasferimento del diritto di proprietà in capo al *lender* a garanzia del credito, a fronte del mantenimento del possesso in capo al *mortgagor*.

Il diritto giurisprudenziale precedente al *LPA*, quindi, configurava il *mortgage* come la risultante di un intreccio di *common law* ed *equity* in una situazione ambivalente¹⁶⁵: *at law*, il *legal estate* era trasferito al creditore, mentre al debitore restava solo un *estate qua possession*; in *equity*, il debitore era considerato il vero titolare dell'*estate*, il che gli consentiva di riscattare in ogni tempo il bene come conseguenza dell'adempimento, anche tardivo, del credito garantito (*equity of redemption*)¹⁶⁶.

Definito *equitable right of redemption*, il diritto elaborato dalle *Chancery Courts* permette al *mortgagor* di ottenere il ritrasferimento del bene oggetto del *mortgage*, anche dopo la scadenza del termine fissato per l'estinzione del debito garantito: infatti, "*equity compelled the mortgagee to reconvey the property to the mortgagor on payment of the principal with interests and costs*"¹⁶⁷.

3. L'età moderna della *law of mortgage*.

L'introduzione nell'ordinamento inglese del *Law of Property Act (LPA)* segna l'approdo all'era moderna della *law of mortgage* inglese connotandosi di elementi di modernità che costituiranno ancora oggi la base delle regole vigenti in questo settore. A partire dal 1925 la costituzione di una garanzia reale nelle forme del *mortgage* non prevede più l'alienazione "*of the whole of the mortgagor's estate to the mortgagee*"¹⁶⁸: il *fee simple* rimane in capo al concedente a garanzia. Con il *LPA*, quindi, il diritto del creditore non è più garantito dal trasferimento, in suo favore, del *freehold estate* nel suo complesso, prescrivendosi, invece, alle parti l'alternativa tra due modalità di costituzione del *legal mortgage*: il *demise for a long term of years* e il *charge by deed expressed to be by way of legal mortgage*. Nel primo caso il debitore-*mortgagor* concede al creditore-*mortgagee* un diritto di locazione (*lease*) della durata, di regola, di 3.000 anni, prevedendone la cessazione al momento dell'estinzione del debito (*provision for cesser on redemption*)¹⁶⁹; mentre, la seconda modalità di costituzione della garanzia non prevede la cessione (*demise*) di diritti sul bene con previsione di restituzione al momento dell'adempimento (*provisio for cesser on redemption*), ma la cosa viene semplicemente gravata da un vincolo (*charge on the land*), che è "*expressed to be by way of legal mortgage*". In sostanza, il *LPA* statuisce che, in ogni caso, al *chargee* (con ciò intendendosi il creditore cui è concessa la garanzia) spettano tutti i

on the borrower to retain possession and manage efficiently in order to meet the interest payments on the loan".

¹⁶⁵ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., p. 81.

¹⁶⁶ Su cui, *infra*, cap. III, sez. I, par. 1 s.

¹⁶⁷ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1173.

¹⁶⁸ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, cit., p. 444.

¹⁶⁹ Law of Property Act 1925, s. 85(1), 86.

diritti e i poteri conferiti al creditore la cui posizione sia garantita da un *mortgage by lease*, così che “*a mortgage by demise and a charge by way of legal mortgage are identical in effect*”¹⁷⁰.

È tuttavia doveroso puntualizzare che la concessione di un *mortgage* oggi, pur non trasferendo la titolarità del *fee simple* in capo al *mortgagee*, gli conferisce un *term* che, essendo un *legal interest*, lo rende un *estate owner* (in generale, un proprietario), con la conseguenza che – in occasione dell’esercizio dello *statutory power of sale*¹⁷¹ – gli è concessa la facoltà di attribuire il *fee simple* come se fosse il venditore¹⁷².

Inoltre, non solo con il *LPA*, la titolarità formale e quella sostanziale vengono ad allinearsi, riconoscendosi al debitore-concedente il mantenimento del *fee simple* sul bene, ma, con l’introduzione del *Land Registration Act 1925 (LRA 1925)*, si individua anche una (seppur timida) connessione tra l’istituto di diritto sostanziale (il *mortgage* nella sua nuova conformazione) e lo sviluppo delle tecniche di pubblicità immobiliare ivi stabilite. Prima di questo *Act*, il *mortgage* prescindeva dalla pubblicità immobiliare sia con riferimento al momento della creazione sia a quello dell’opponibilità ai terzi; oggi, invece, un *legal mortgage*, sia *by demise* ovvero nelle forme del *charge by way of legal mortgage*, affinché sia validamente costituito deve avere la forma del *deed* e deve essere correttamente registrato¹⁷³. Tale duplice novità avvicina la garanzia inglese, alla figura dell’ipoteca di diritto continentale, dal momento che, da un lato, la proprietà del bene concesso in garanzia (*fee simple*) rimane in capo al debitore-concedente e, dall’altro, la modalità di costituzione della garanzia, mediante la concessione da parte del debitore di un *term of years* a favore del creditore, modifica formalmente l’originaria natura di “proprietà-garanzia” del *mortgage ante LPA*¹⁷⁴.

3.1. La costituzione dell’*equitable mortgage*.

Come negli altri campi della *law of property* inglese, anche nell’ambito della *law of mortgage*, è possibile che si creino *legal* ed *equitable rights*; pertanto, “*an equitable mortgage is created over a legal estate whenever there is an enforceable agreement to mortgage but insufficient formalities to create a legal mortgage*”¹⁷⁵.

Come noto, l’*equity* interviene là dove la *common law*, imponendo l’osservanza di regole formali, non riconoscerebbe la validità di alcune situazioni nelle quali, pur mancando, appunto, la conformità alle necessarie formalità, l’intenzione delle parti sarebbe quella di creare un *mortgage*.

¹⁷⁰ E.L.G. TYLER, *Fisher & Lightwood’s Law of Mortgage*, Butterworth, 8th ed., 1969, p. 5.

¹⁷¹ Su cui, *infra*, cap. IV, sez. I, par. 2 s.

¹⁷² R.H. KERSLEY, *Gibson’s Conveyancing*, 19th ed., London, The Law Notes Lending Librari Ltd., 1964, p. 25, chiarisce che “*a mortgagee cannot now have the fee simple vested in him, or the entire lease if he is a mortgagee of leasehold property; his estate can only be an original term or a sub-term. But as these are legal interests, the mortgagee is an estate owner, and is given power, when he sells under the statutory power of sale, to vest the fee simple or the whole lease, as the case may be, in the purchaser*”.

¹⁷³ Land Registration Act 1925, s. 106(2).

¹⁷⁴ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., pp. 82-83.

¹⁷⁵ Law Commission, *Transfer of Land-Land Mortgages*, Law. Com. N° 204, November 1991, p. 5.

Una delle circostanze in cui l'*equitable mortgage* può venire ad esistenza si determina quando le parti stipulano “*a formal agreement to create a legal mortgage*”, dove è l'accordo stesso a creare un *equitable mortgage* sempre che sia eseguibile in forma specifica; tuttavia la pattuizione non può essere *specifically enforceable* fino a che il prestito che si vuole garantire non sia stato concesso, in ossequio alle regole generali in tema di contratti e, in particolare, di *consideration*¹⁷⁶.

L'*equitable mortgage* che risulta dall'*agreement*, infatti, si fonda sul contratto e non sul trasferimento del bene e, pertanto, deve essere sorretto da *consideration* o costituito con atto unilaterale (*by deed*)¹⁷⁷.

Si tratta di “*informal mortgage*”, invece, quando “*the mortgagor evinces an intention to create immediately effective mortgage but (deliberately or accidentally) fails to complete all the formalities necessary to create a legal mortgage*”¹⁷⁸. Il prestatore può divenire *mortgagee at law* ottenendo un *decree of specific performance* dalle corti di *equity*, ossia, in pratica, può richiedere che “il *borrower* esegua un *memorandum under seal*, che ha l'importante effetto di trasformare la transazione in un '*mortgage by deed*', così conferendo al *lender* tutti i poteri che sono garantiti al *mortgagee* in ossequio al *Law of property Act* del 1925”¹⁷⁹.

4. I *goods mortgages* nel mirino della *Law Commission*.

Benché il *mortgage* contempli, di regola, il trasferimento del diritto di proprietà di beni immobili con funzione di garanzia, non sono infrequenti i casi in cui tale strumento vincoli un bene *mobile*.

Considerato un vero e proprio *mortgage*, alla stregua dei *land mortgages* tipici del Diciannovesimo secolo, il *bill of sale* è un atto che attesta la vendita di un bene mobile di proprietà del debitore al creditore, avente la finalità di garantire il prestito concessogli o un'altra obbligazione: “*is a way in which an individual may use their existing goods as security for a loan*”¹⁸⁰. Si distingue dall'acquisto a rate (utilizzato per l'acquisto di beni nuovi) per il fatto che il debitore è già in possesso dei *goods*¹⁸¹,

¹⁷⁶ E. MCENDRICK, *Contract Law, Texts, Cases and Materials*, Oxford, 2008, p. 149 s.

¹⁷⁷ Halsbury's Laws of England, *Financial Instruments and Transactions*, vol. 49 (2015)/3, v. *Equitable mortgage*: “...if at the time of the agreement the mortgagor has the legal title to the goods, or is able to procure its transfer by a third party, the agreement, if supported by consideration so as not to require to be by deed, may be made orally, but, if at the date of the agreement the mortgagor can only make or procure a transfer of an equitable interest in the goods, the agreement must be in writing”.

¹⁷⁸ Law Commission, *Transfer of Land-Land Mortgages*, Law. Com. N° 204, cit., p. 5.

¹⁷⁹ H.H.V. FORBES, *Real Property Law*, London, The Estate Gazette Ltd., 1962, p. 140.

¹⁸⁰ Law Commission, *Bills of Sale*, Call for Evidence, October 2014, in www.lawcom.gov.uk, p. 1, riporta che l'uso dei *bills of sale* è “drammaticamente aumentato in questo secolo, da 2.840 nel 2001 a 50.656 nel 2013”.

¹⁸¹ *Ibidem*, un esempio di *security bills* di frequente utilizzazione nel mondo inglese è il “*log-book loan*”, che ha ad oggetto il veicolo di proprietà del debitore-*borrower*. La disciplina presentata dai *Bill of Sale Acts* si applica, però, anche ad ogni altro “*personal chattels*”, così che il debitore può offrire a garanzia del prestito ogni suo bene, “*as well as general assignments of book debts*”; tuttavia non sono molti i *bill of sale* che hanno ad oggetto mobili domestici, oggetti di arte ed antichità, arredamento di hotel, bestiame e anche un esemplare di motore a vapore d'epoca.

inoltre, diversamente dal *pawnbroking* permette al *borrower* di utilizzare i beni durante il periodo fissato per il pagamento del debito e a differenza dei *company charges*, possono essere concessi solo da persone fisiche e per *business* di natura non societaria. Negli ultimi due anni, la *Law Commission* ha condotto una revisione della disciplina in materia di *bills of sale*, constatando come i *Bills of Sale Acts* fossero “*seriously out of date. They are written in impenetrable language. They impose detailed document requirements and require all bill of sale to be registred with the High Court*”¹⁸². La necessità di modernizzazione del settore trovava conferma nella constatazione della rigidità delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento delle esatte formalità richieste dalla procedura di registrazione¹⁸³: un solo errore poteva rendere nullo l’intero prestito così come la garanzia del prestatore-creditore. Il pregiudizio sofferto dal debitore che, a seguito del proprio inadempimento, vedeva depauperarsi il proprio patrimonio in conseguenza del trasferimento definitivo¹⁸⁴ del bene in capo al prestatore-creditore pur in mancanza di un *court order*, era considerato un elemento di forte svantaggio nella disciplina dei *bills of sale*, tale da richiamare l’attenzione del gruppo dei consumatori.

In ottemperanza alla richiesta da parte del *Treasury* in ordine alla predisposizione di una riforma che assicurasse una disciplina aggiornata, corretta ed efficiente, la *Law Commission*, a seguito di precedenti studi, ha emesso nell’ottobre del 2014 un *Call for Evidence*¹⁸⁵ allo scopo di valutare l’idoneità della disciplina a garantire i bisogni delle parti, a cui è seguito, un anno dopo, un *Consultation Paper*¹⁸⁶ finalizzato a raccogliere le opinioni su determinate questioni e le risposte a taluni interrogativi. Nell’intenzione dei *law commissioners* vi è l’idea di abrogare i *Bills of Sale Acts* e presentare una nuova legislazione racchiusa nel “*Good Mortgages Act*”, al fine di regolare le modalità con cui gli individui possono utilizzare i beni di cui già dispongono a garanzia dei prestiti loro concessi, ritenendone il possesso. Le proposte della *Law Commission* concernono

¹⁸² Law Commission, *Bills of Sale*, Consultation Paper N° 225, September 2015, in www.lawcom.gov.uk, p. 2, precisa che le regole fino a ieri vigenti (e risalenti all’epoca vittoriana) apparivano complesse, obsolete e di difficile interpretazione, oltre che costosa e pregiudizievole per il debitore la procedura di registrazione della garanzia presso la *High Court*.

¹⁸³ In ossequio al *Bill of Sale Act 1878, Amendment Act 1882* (“*The 1882 Act*”), sec. 8, la procedura di registrazione della garanzia è complessa richiedendosi l’inclusione nel *bill* di diversi dettagli e puntuali attestazioni (in totale il documento deve soddisfare dodici requisiti contenuti in formule *standard*). La descrizione dei beni è contenuta all’interno di una scheda presente nell’atto che deve essere confermato da un testimone e, poi, registrato entro sette giorni a pena di nullità. I prestatori devono successivamente inviare alla *High Court*: la copia in originale del *bill of sale* alla quale devono essere allegati la scheda descrittiva dei beni e una copia autentica, il tutto unito ad una deposizione scritta giurata e al pagamento di un’imposta di bollo del valore di 25£.

¹⁸⁴ Infatti, una volta perfezionato, il *bill of sale* ha l’effetto di trasferire il titolo al mutuante-*lender* fino all’estinzione del debito: il mutuatario-*borrower* non possiede più l’automobile, così che in caso di alienazione ad un terzo, il creditore potrà ottenere il ritrasferimento del bene.

¹⁸⁵ Law Commission, *Bills of Sale*, *cit.*, p. 2, “*we are particularly interested in talking to lenders, consumer groups and others about how bills of sale work in practice. Only once we have an understanding of these issues will we consider proposal for reform*”.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 12 s., “*we do not think that is anything inherently wrong with a borrower raising money on personal property, such as a vehicle, while retaining possession of it. However. The law of bills of sale needs wholesale reform*”.

la semplificazione della procedura con particolare riferimento ai documenti ad oggi richiesti dai *Bills of Sale Acts* e al regime di registrazione che si auspica più moderno e veloce, con l'ausilio di strumenti tecnici più avanzati quali un *online register*. Ancora, l'attenzione è rivolta alla protezione dei terzi acquirenti in buona fede, sostenendo che “*a private purchaser who acts in good faith and without actual notice of the goods mortgage should acquire ownership of the goods*”. In ultimo, si auspica una maggior tutela per i *vulnerable consumers* (soggetti in posizione di difficoltà economica), aprendo anche ai *logbook loans* e agli altri *good mortgage* impiegati per garantire un prestito alcuni espedienti efficaci e impiegati nell'ambito dell'*hire-purchase* (vendita a rate)¹⁸⁷.

Analizzati i *Responses dei consultee*, nel settembre del 2016, la *Law Commission* ha presentato le proprie *recommendations*¹⁸⁸, sulla base delle quali è stato siglato un primo *Draft Bill*. L'*iter* che porta alla definitiva approvazione del *Goods Mortgages Bill* nel settembre del 2017 mostra la sua ultima tappa nel *Consultation Paper on draft clauses*¹⁸⁹: una “*limited consultation*”¹⁹⁰ con la quale i *law commissioners* intendono conoscere se “*the draft clauses successfully implement the recommendations we made in our 2016 report, but we are not consulting again on the main policy questions*”.

4.1. Segue: il *goods mortgage* come il *charge*.

Tra le questioni su cui i *law commissioners* hanno chiesto il parere dei *consultee*¹⁹¹, è degna di menzione, ai fini del presente lavoro, quella che concerne la definizione di *goods mortgage* come “*charge*”.

Ad acuire le incertezze relative alla terminologia¹⁹² da utilizzare in presenza di *consensual securities* che prevedano il trasferimento della proprietà o del possesso del bene ovvero né una né l'altro, la *Law Commission* propone l'equivalenza lessicale tra *good mortgage* e *charge*, “*in accordante with all other commonly-used modern security interests*”. Nel chiarire che in base alla legge vigente con un *bill of sale* si pone in essere un'alienazione del diritto di proprietà del bene concesso in garanzia al prestatore, si conferma l'identità dell'operazione con il *mortgage*, in tutto simile ai *land mortgage* del Diciannovesimo secolo che oggi non sono più definiti quali

¹⁸⁷ Law Commission, *Bills of Sale, Consultation Paper, cit.*, p. 14, “*when the borrower has paid off one third of the total loan amount, we propose that the lender should only be entitled to repossess the goods with a court order. These borrowers have demonstrated an intention to repay and so we think should receive the benefit of court protection*”. Ci si riferisce al *court order*, con il quale il giudice avrà il potere di concedere al debitore più tempo per ripagare il debito e/o ridurre gli interessi temporaneamente; inoltre, potrà impedire, per il tempo necessario all'adempimento, il diritto di recuperare il possesso del bene concesso in garanzia. La ragione che giustifica tale riforma è di agevolare coloro i quali siano in grado di ripagare il debito a fronte di maggior tempo.

¹⁸⁸ Law Commission, *Bill of Sale*, Law. Comm. Rep. N° 369 (Summary), September 2016, p. 1 s.

¹⁸⁹ Law Commission, *Bill of Sale, Consultation on Draft Clauses* (Summary), July 2017, p. 1 s.

¹⁹⁰ Pubblicata il 4 luglio del 2017, il periodo di consultation termina il 7 agosto 2017.

¹⁹¹ Law Commission, *Goods Mortgages Bill: response to consultation and update on current draft bill*, September 2017, p. 25, all'*Appendix 1* sono elencati i 20 *respondents* che hanno presentato le proprie opinioni relativamente agli interrogativi posti.

¹⁹² Vedi, *supra*, cap. I, par. 3.1.

trasferimenti del titolo ma “charges”. Nella *consultation* del luglio 2017, è dunque la stessa *Law Commission* che suggerisce la definizione dei *goods mortgage* come “charge”, allineando così i *goods mortgage* ai *mortgage of land*, navi e aeromobili. Nonostante il parere contrario della *Chartered Trading Standards Institute*, convinto che il concetto di *mortgage* sia più facilmente interpretabile e comprensibile per il consumatore rispetto a quello di *charge* – che sarebbe, invece, un termine legale meno familiare – il *Draft Bill* qualifica il “good mortgage” in termini di “charge” invece che di “transfer of ownership”.

CAPITOLO III

LA DOCTRINE OF CLOGS E LE CONVENZIONI COMMISSORIE VIETATE

SEZIONE I – LA SACRALITÀ DELL’*EQUITY OF REDEMPTION*

SOMMARIO: 1. *L’equity of redemption*: un diritto che nasce nelle *Chancery Courts*. – 1.1. La *ratio*: un diritto del debitore-mortgagor. – 1.2. L’ambito di applicazione dell’*equity of redemption*. – 2. La *doctrine of clog*. – 2.1. Il caso *Kreglinger v. New Patagonia*. – 3. Il *convertible mortgage*. – 4. I *collateral advantages*. – 5. L’atteggiamento delle corti inglesi *post-Kreglinger* e la valorizzazione dell’autonomia negoziale. – 6. L’attualità della *doctrine of clogs*.

1. *L’equity of redemption*: un diritto che nasce nelle *Chancery Courts*.

La crisi della giustizia amministrata dalle corti di *Westminster* – divenuta troppo rigida per i bisogni sempre nuovi della vita sociale inglese – crea le condizioni per l’emersione del diritto giurisprudenziale del Cancelliere. A partire dal XIV secolo si afferma nelle *Chancery Courts* la giurisdizione di *equity*¹⁹³, quale sistema di diritto che, affiancando quello di *common law*, imprime all’ordinamento inglese carattere dualista¹⁹⁴. Il compito del *Chancellor* è quello di rendere giustizia nei casi in cui una

¹⁹³ Per una compiuta disamina sull’origine, la natura e l’operatività della giurisdizione di *equity*, si rimanda a J. MCGHEE, *Snell’s Equity*, cit., pp. 3-81.

¹⁹⁴ V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 283 s.; A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 107; A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, cit., p.

situazione non trova adeguata tutela in *common law*¹⁹⁵, concedendo ed elaborando di volta in volta il rimedio che appare più adeguato alle esigenze di tutela del singolo caso.

Non stupisce, dunque, trovare tra le numerose ipotesi equitative¹⁹⁶ elaborate dai giudici inglesi, la disciplina dell'*equity of redemption*¹⁹⁷, la cui completa cognizione segue al corretto inquadramento nel contesto storico-giuridico di riferimento. Non può, infatti, trascurarsi l'influenza dell'*equity* nell'ambito delle transazioni aventi ad oggetto la concessione di garanzie reali su beni immobili, a sua volta condizionata dalla Chiesa impegnata nel tentativo di repressione di condotte usuraie¹⁹⁸. Non solo le corti ecclesiastiche erano attive nel frenare gli effetti dell'usura, ma anche le *Courts of Chancery* per le quali se, da un lato, era agevole individuare e colpire le intese contenute in un atto costitutivo di *mortgage* che permettevano al *mortgagee*-creditore di divenire in ogni caso pieno proprietario del bene oggetto di garanzia, dall'altro, era più difficile interpretare le clausole (vietate) in ossequio alle quali il prestatore poteva conseguire un diverso vantaggio (*another collateral advantage*), consistente nell'ottenere una rata il cui ammontare era superiore al tasso di interessi dovuto per legge. Ma, l'*equity* andava oltre la disciplina statutaria in tema di usura, intervenendo in tutte le circostanze in cui fosse dimostrato che i termini contrattuali pattuiti dalle parti del rapporto di garanzia fossero *unconscientious* (irragionevoli).

La dottrina¹⁹⁹ tramanda che, all'indomani dell'abrogazione dell'*Usury Law* nel 1854, le corti di *equity* continuarono a proteggere i *borrowers* contro l'imposizione di interessi usurari, sanzionando questa pratica per l'irragionevolezza del carattere coattivo della condotta. A tal proposito, l'indagine dei giudici si mostrava attenta a valutare non solo l'aspetto formale della transazione, ma anche quello sostanziale, così che "*where the substance was oppressive, relief would be given*"²⁰⁰.

In linea con ciò, la giurisprudenza del Cancelliere conferì al debitore-*mortgagor* il diritto di riscatto del bene vincolato anche oltre il termine fissato dalle parti per

230; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato, cit.*, p. 48; L. ACQUARONE et al., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 144 s., tramandano che la tipicità e la fissità del sistema dei *writs* portò ad una certa sclerosi del sistema di giustizia inglese, ossia, ad un'incapacità di rendere giustiziabili tutte le posizioni soggettive che si presentavano alle corti regie. Ciò determinò la nascita della giurisdizione del Cancelliere che nell'applicare norme di giustizia etica non contraddiceva le regole di *common law*, assumendo il diritto di *equity* una funzione complementare ed integrativa.

¹⁹⁵ A. GAMBARO-R. SACCO, *op. cit.*, p. 99, "di fronte alla pressione di una domanda di giustizia che non trovava udienza presso le corti di *Westminster*, né poteva trovarne altrove, la valvola di sfogo fu un ritorno alle prerogative del sovrano", che si appellò alla coscienza del Cancelliere.

¹⁹⁶ Alcune di queste sono ampiamente analizzate da A. FUSARO, *I restrictive covenants, running with freehold land quali strumento di pianificazione privata del territorio*, in *Studi in onore di A. Gambaro, Un giurista di successo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2017, p. 651 s.; ID., *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 9, p. 20566 s.

¹⁹⁷ Il linguaggio giuridico inglese conosce il lemma "*redemption*", che indica il pagamento di un debito o la liberazione di un bene da un peso gravante su di esso, con il conseguente diritto al ritrasferimento della cosa alienata.

¹⁹⁸ L. WILLMOTT-B. DUCAN, *Clogging the Equity of Redemption: An Outmoed Concept*, 2 *Queensland U. Tech. L. & Just. J.* 35,52 (2202), p. 35.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 46.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 36.

l'adempimento, così che benchè “*after the day named there was no right to redeem at law*”, “*in equity the mortgagor has long been permitted to redeem on payment of principal, interest and costs, notwithstanding that the day named has passed*”²⁰¹.

La giurisdizione di *equity*, infatti, si impegna a contrastare quei comportamenti che si rivelino *unfair, harsh* ed *oppressive*, atti a rendere la garanzia *irredeemable* ovvero a limitare o escludere l'*equity of redemption* in qualche modo (*doctrine of clogs*²⁰²).

Sono esplicative le parole di Lord Deane pronunciate in occasione della motivazione della sentenza *Commercial Bank of Australia Ltd v Amadio*²⁰³, che nel descrivere una condotta irragionevole afferma che “*unconscionable dealing looks to the conduct of the stronger party in attempting to enforce, or obtain the benefit of, a dealing with a person under special disability in circumstances where it is not consistent with equity or good conscience that he should do so. The adverse circumstances which may constitute special disability for the purposes of the principles relating to relief against unconscionable conduct may take a wide variety of forms and are not susceptible to being comprehensively catalogued*”.

1.1. La *ratio*: un diritto del debitore-mortgagor.

Nell'esperienza giuridica inglese, la posizione di difficoltà in cui, di regola, versa il debitore, parte di un rapporto di garanzia, è favorita dalle regole elaborate dalle corti di *equity*. Tra queste spicca la concessione da parte del Cancelliere dell'*equity of redemption* che, nel tempo, si è imposto quale “*established rule*”²⁰⁴ per temperare la rigida applicazione delle regole in materia di *mortgage* previste “*at law*”²⁰⁵, le quali privavano con troppa facilità il debitore-concedente (*mortgagor*) della proprietà del bene vincolato a favore del creditore (*mortgagee*); in altre parole, la regola “*sought to target the unfairness that would arise if a mortgage, who had the legal title vested in it, deprived the mortgagor of the asset notwithstanding the repayment of the debt*”²⁰⁶. Si tratta del diritto di natura equitativa di riscatto del bene anche oltre il termine legale di scadenza dell'obbligazione, la cui finalità di protezione della sfera del *mortgagor* è comune alla *ratio* che, secondo la dottrina tradizionale italiana, fonda la figura prevista dall'art. 2744 del codice civile. Lo scopo di limitare l'opportunità che il debitore si trovi a subire indebite coercizioni da parte del creditore che, approfittando della sua situazione di svantaggio economico, assuma un atteggiamento di indiretta coazione morale è, per i sostenitori di questa interpretazione, comune ad entrambi gli istituti, qualificandosi il diritto del *mortgagor* di ottenere il riscatto del bene “*a restitutionary right which became a permanent protection against one species of this kind of*

²⁰¹ R.H. KERSLEY, *Gibson's Conveyancing*, cit., p. 279.

²⁰² Si veda, *infra*, in questo cap., par. 2.

²⁰³ *Commercial Bank of Australia Ltd v. Amadio*, (1983) 151 CLR, 447-474.

²⁰⁴ *Vernon v. Bethell* (1762) 2.

²⁰⁵ La locuzione è notoriamente utilizzata per indicare l'ambito del *common law* in senso stretto, in contrapposizione all'*equity*.

²⁰⁶ D. BROWN, *Life in the old clog yet*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, January 2018, p. 25.

*vulnerability whereby in order to get credit a man would risk losing land of much greater value*²⁰⁷.

Non erra, quindi, chi²⁰⁸ individua il principio cardine della regola equitativa inglese nel divieto del creditore di approfittarsi della posizione di debolezza del debitore, essendo chiaro che il “*basic principle behind equity’s intervention in mortgages is that one party (the lender) should not take an unconscionable advantage of the other (the borrower)*”; altri²⁰⁹ hanno riconosciuto nella regola che vieta di impedire o limitare l’*equity of redemption* “*the classic example of the equity’s solicitude for the debtor*”, così confermando l’intento delle corti inglesi di elaborare una tecnica volta a trasformare un istituto che appariva “*harsh and unreasonable*”²¹⁰.

L’intervento dell’*equity* è, quindi, giustificato là dove si constati una *unconsciounable conduct* del *mortgagee* che imponga una minore libertà di agire al soggetto che ha ottenuto il prestito (*borrower*)²¹¹, costretto a sopportare, per effetto di tale condotta, una maggiore difficoltà economica, scongiurando illecite speculazioni da parte del *mortgagee*.

1.2. L’ambito di applicazione dell’*equity of redemption*.

Nonostante sia spesso esaltato il riferimento dell’*equity of redemption* ai soli *mortgage* su *land* (terre o, più in generale, beni immobili), la sua applicazione è estesa alle quote azionarie e ai beni mobili, così come a qualsiasi forma di *mortgage*, che sia *legal* o *equitable*²¹². Ciò che rimane controverso, o comunque coperto da un velo di incertezza, è l’estensione del principio alle ipotesi di *charge* che non contemplino un *mortgage*. A ben vedere, osservando la natura e la struttura dell’*equitable right to redeem*, “*if there is no right to possession then upon repayment of the debt, the charge ceases to exist*”: se con il pagamento del debito, la garanzia (*charge*) si estingue, non sorge l’esigenza di tutelare il concedente con il diritto (equitativo) di riscatto del bene vincolato; l’assenza del trasferimento del diritto di proprietà (così come del possesso) limita la pretesa del ritrasferimento, sia *at law* che in *equity*.

Nell’ambito della *law of mortgage*, la locuzione “*redemption*” si riferisce all’adempimento del debito con il conseguente diritto del debitore medesimo al riacquisto della cosa gravata da garanzia e trasferita al creditore; il diritto di riscatto

²⁰⁷ P. BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution* (rev ed., 1989), 211-212, l’*equity of redemption* è intesa come una protezione per il debitore, avverso la limitazione della propria volontà.

²⁰⁸ K. GREEN & J. CURSLEY, *Land Law*, cit., p. 80.

²⁰⁹ Editors, *Law Review* (1939) “*Recent Cases: Mortgages. Long Term Mortgages as Clogs on the Equity of Redemption*”, *University of Chicago Law Review*: Vol. 6: Iss. 2, Article 21., p. 323.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 325.

²¹¹ *Westfield Holdings Ltd v. Australian Capital Television* (1992) 32 NSWLR, p. 202, Lord Young J afferma “*quite obviously, equity must intervene if there is unconscionable conduct. Again equity must intervene in a classic case where it can see that a necessitous borrower is not, truly speaking, a free borrower*”.

²¹² J. MCGHEE, *Snell’s Equity*, cit., p. 441.

(*right of redemption*) è azionabile in giudizio con l'azione (*action of redemption*) diretta ad ottenere il trasferimento²¹³.

Storicamente, il *mortgage* concesso a garanzia del credito prendeva le forme di un'alienazione del diritto di proprietà in capo al prestatore, il quale, al momento del pagamento del debito, ritrasferiva il diritto al *mortgagor*-concedente (la garanzia); al verificarsi dell'inadempimento, invece, il diritto del creditore si consolidava secondo le regole vigenti *at law*. Come riferito, fiorisce in quella porzione del diritto denominata *equity*, un diritto di natura equitativa (*equitable right to redeem*) che offre al debitore la possibilità di riappropriarsi del bene ceduto in garanzia al realizzarsi delle condizioni pattuite dalle parti e, quindi, al verificarsi del pagamento del debito, “*notwithstanding his failure to do so by the specified date, and this right, known as the 'equity of redemption', arose to provide relief against penalties*”²¹⁴. Pertanto, l'*equity of redemption* tutela, con validità *erga omnes*, “*the right of the mortgagor to recover the asset upon repayment of the debt*”²¹⁵, anche in caso di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione nei termini fissati.

Fino alla modifica del *Law of Property Act 1925*, il debitore non aveva un *diritto* (*right*) di riappropriarsi del bene ceduto, bensì un “*equitable estate or interest in the property mortgaged*”²¹⁶; la struttura attuale del *legal mortgage*, invece, accordando al concedente il *freehold estate* sulla *mortgaged property*, modifica l'aspettativa equitativa in diritto. Tuttavia, nonostante le modifiche attuate dal *LPA 1925* (ossia, principalmente il fatto che il *fee simple* oggi rimanga intestato al *morgagor*), le condizioni in presenza delle quali l'*equity of redemption* può essere concessa sono le medesime accertate in precedenza²¹⁷.

L'*equity of redemption* è un diritto, o meglio un insieme di diritti²¹⁸ che include *a)* l'*equitable right to redeem the mortgage*, *b)* il diritto di rimuovere termini contrattuali che siano *oppressive* e *c)* il diritto di trovare rimedio da un accordo eccessivamente sproporzionato all'interno del *Consumer Credit Act* del 1974. La disciplina prevista all'interno di questa legge prescrive il diritto del *mortgagor* di adempiere il debito in ogni momento, persino prima dello scadere del termine “legale” e stabilisce così la nullità delle clausole dell'accordo di garanzia che siano incompatibili con questo diritto²¹⁹: si tratta di un'applicazione particolare del divieto di impedire l'operatività dell'*equity of redemption*.

Le vicende circolatorie del *mortgage* vedono concessa al debitore la facoltà di disporre *inter vivos* dell'*equity of redemption*, ad esempio, vendendo il proprio diritto sul bene

²¹³ F. DE FRANCHIS, v. *Redemption*, in *Dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1258, è detto *covenant of redemption* il patto con cui si stabilisce il diritto alla *redemption*, analogo al patto di riscatto.

²¹⁴ Halsbury's Law of England, *Mortgage* (Vol. 77), 2016, 5. *The Equity of redemption*, 1. *Nature of equity of redemption*, “*The nature of the equity of redemption*”, para 304.

²¹⁵ D. BROWN, *Life in the old clog yet*, cit., p. 25.

²¹⁶ *Santley v. Wilde* [1899] 2 Ch 474, 475 CA.

²¹⁷ Halsbury's Laws of England, vol. 87, para 99.

²¹⁸ K. GREEN & J. CURSLEY, *Land Law*, cit., p. 90, precisano che con l'espressione “*equity of redemption*” si intende “*the whole bundle of rights*”.

²¹⁹ Consumer Credit Act 1974, s. 94, 173.

garantito²²⁰ e, qualora ceduta per intero l'*equity of redemption* sia chiamato in causa dal creditore per il pagamento del debito garantito, acquista un nuovo *right to redeem*²²¹. Allo stesso modo, in ambito successorio, la morte del *mortgagor*-debitore segna il momento in cui l'*equity of redemption*, e con essa il *right to redeem*, è devoluta, insieme agli altri beni presenti nell'asse ereditario, al *personal representative* ed è da quest'ultimo esercitabile.

2. La doctrine of clogs.

La sacralità dell'*equity of redemption* del *mortgagor* – non a caso definito quale “*inseparable incident of a mortgage*”²²² – trova conferma nella teoria che si propone di vietare alle parti la pattuizione di intese dirette a privare o, in qualche modo limitare, tale diritto equitativo di riscatto, anche tardivo, del bene vincolato. A fondamento della regola, nota come *doctrine of clogs* (ovvero *clogging rule*), si pone il principio – elaborato in *equity* – “*once a mortgage always a mortgage*”²²³, che spiega il divieto di prevedere disposizioni elusive dell'*equitable right to redeem* con l'assunto secondo il quale una transazione sorta come garanzia non può in seguito essere modificata da accordi che impediscano il ritrasferimento del bene in capo al concedente, al verificarsi del pagamento dovuto, frustrandone così l'originaria funzione.

L'esperienza inglese, quindi, considera privo di efficacia “*any agreement which interferes with the mortgagor's right to redeem*”²²⁴, con la conseguenza che il “*right to redeem after default could not be contracted away*”²²⁵.

Lo sviluppo dell'*equitable right to redeem*²²⁶ è, quindi, approdato nell'elaborazione di questa disciplina definendola quale insieme di regole che si sviluppano nel formante giurisprudenziale a completamento della regola equitativa introdotta dal Cancelliere per frenare gli abusi del *mortgagee* nei confronti del *mortgagor*.

Se è vero – come è vero – che la locuzione “*clog*” richiama tutte le previsioni che contrastano ovvero impediscono o, più in generale, sono in contraddittorio, con il diritto equitativo di riscatto del bene²²⁷, la regola²²⁸ in esame esprime il principio

²²⁰ Halsbury's Law of England, *Mortgage* (Vol. 77), 2016, 5. *The Equity of redemption*, 5. *Disposal of Devolution of Equity of Redemption*, para. 329.

²²¹ *Dashwood v. Blythway* (1729) 1Eq Cas Abr 317; *Kinnaird v Trollope* (1888) 39 ChD 636, p. 645.

²²² R.H. KERSLEY, *Gibson's Conveyancing*, cit., p. 279.

²²³ Lord Davey in *Rice v Noakes* [1902] A.C 24. Usando le parole di Lord Haldane, la massima di *equity* può essere spiegata in questi termini: “*if transaction was once found to be a mortgage, it must be treated as always remaining a mortgage and nothing but a mortgage*”.

²²⁴ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, cit., p. 451.

²²⁵ J.L. LICHT, *The Clog on the Equity of Redemption and its Effects on Modern Real Estate Finance*, in *St. John's Law Review*: vol. 60: Iss. 3, Article 3, p. 459.

²²⁶ L. WILLMOTT-B. DUCAN, *op. cit.*, p. 38, “*the rule against clogging or fettering the equity of redemption relates to this equitable right*”.

²²⁷ P. GIDDINS, *What is a clog on the equity of redemption?* cit., p. 90, “*the word clog is used to describe any provision which is inconsistent with – which impedes or is repugnant to – the equitable right to redeem*”.

²²⁸ L'espressione “*a clog or fetter on the equity of redemption is void*” origina in *Newcomb v. Bonham* (1681) 1 Vern 7, 8; *Stanley v. Wilde* [1899] 2 Ch 474, CA; *Noakes & Co Ltd v. Rice* [1902] AC 24, 34;

secondo il quale “no contract between a mortgagor and a mortgagee made at the time of the mortgage, and a part of the mortgage transaction or, in other words, as one of the terms of the loan can be valid if it provides that the mortgaged property is to become the absolute property of the mortgagee upon any event whatsoever or that the mortgagee is to have a share in the mortgaged property”²²⁹. In presenza di un *mortgage* (di beni immobili o mobile, lo si ricorda), concesso a garanzia del credito sorto per l’ottenimento di un prestito monetario o per altra causa, “it would be unfair if the person taking the security could deprive the owner of the rights of ownership of the asset by taking the asset for itself (the mortgagee) free from the mortgagor/owner’s interests, i.e. free from the equity of redemption”²³⁰.

Il parallelo funzionale con il divieto del patto commissorio previsto nel codice civile italiano si iscrive nella finalità di evitare al creditore (*mortgagor*) di rivalersi sul bene oggetto di garanzia divenendone automaticamente proprietario, in pregiudizio del debitore.

2.1. Il caso *Kreglinger v. New Patagonia*.

In occasione della decisione che ha germinato tale regola, Lord Parker descrive la *doctrine of clogs* nei termini che seguono: “[t]he equity which arises on the failure to exercise the contractual right [i.e., the mortgagor’s right to redeem] cannot be fettered or clogged by any stipulation contained in the mortgage or entered into as part of the mortgage transaction”²³¹.

La vicenda è giunta davanti alla House of Lords all’inizio del XX secolo e da quel momento, i giudici cominciarono a considerare il principio di diritto, contenuto nella sentenza, vincolante per i casi simili successivi. Nel 1910, *Kreglinger* concesse un prestito di £10.000 a *New Patagonia Meat and Cold Storage Co Ltd* (nel prosieguo, *NPM*), da ripagare, maggiorato degli interessi, nel termine di dieci anni, con il diritto per il destinatario del prestito (*borrower*) di saldare anticipatamente il debito, salvo il preavviso di 30 giorni. A garanzia del prestito, a *Kreglinger* fu concesso una *floating charge* sui beni della società debitrice. A margine dell’atto le parti stipularono una clausola contenente un diritto di prelazione a favore del prestatore avente durata di cinque anni (quindi, fino al 1915), secondo il quale la *NPM* si impegnava ad offrire la vendita delle pelli di animale a *Kreglinger* con priorità rispetto ad altri possibili acquirenti.

Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co Ltd [1914] AC 25, 53; *Jones v. Morgan* [2001] EWCA Civ 995, [2001] Lloyd’s Rep (Bank) 323.

²²⁹ Halsbury’s Law of England, *Mortgage* (Vol. 77), 2016, 5. *The Equity of redemption*, 3. *Restriction on right to redeem*, “Clog on the equity of redemption”, par. 320, nessun accordo stipulato tra il debitore e il creditore, al momento della concessione del *mortgage* o con patto accessorio alla transazione o, in altre parole, con clausola accessoria al prestito, può essere valido se prevede che il trasferimento della proprietà assoluta del bene oggetto di garanzia in capo al creditore, al verificarsi dell’inadempimento, o (se prevede) che (il creditore) ottenga una quota del bene.

²³⁰ P. GIDDINS, *What is a clog on the equity of redemption?* cit., p. 90.

²³¹ *Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co Ltd*, cit., 48.

Quando nel 1913 *NPM* ripagò il proprio debito, si pose la questione se la società fosse ancora vincolata dal “*collateral undertaking*” pattuito tra le parti tre anni prima.

Dal canto suo, *NPM* sostenne che il perdurare di tale obbligo sarebbe stato lesivo della propria autonomia contrattuale, mostrandosi nelle forme di un *clog on his equitable right to redeem* e, per ciò, *void*.

Il principio che il *leading case* vuole stabilire si fonda sulla considerazione secondo la quale al creditore è inibito l'utilizzo del proprio diritto (in questo caso, quello di opzione) per fini che vanno al di là del mero scopo di garanzia. Nelle parole di Lord Haldane LC questo concetto è chiaro: “*equity, therefore, at an early date began to relieve against what was virtually a penalty by compelling the creditor to use his legal title as a mere security. My Lords, this was the origin of the jurisdiction which we are now considering, and it is important to bear that origin in mind [...]*”.

La decisione in commento si apprezza per la chiarezza con cui Lord Parker individua le caratteristiche che i “*collateral advantages*” devono avere per rientrare nella relativa categoria; in particolare, il beneficio non deve essere *unconscionable*²³², né deve mostrarsi nelle forme di una *penalty* né, ancora, deve risultare in contrasto con il diritto, equitativo e non, di ritrasferimento del bene. E la corte, tenuto in considerazione le peculiarità di tale tassonomia, conclude per la validità della clausola che prevede un diritto di prelazione nei confronti del creditore-*mortgagee*, non ritenendola “*repugnant to the right to redeem, not unfair and unconscionable, and not a penalty [...]*”.

3. Il *convertible mortgage*.

La nullità automatica della clausola che limiti o escluda l'*equitable right to redeem* (“*direct clog*”) è estesa anche alle ipotesi in cui il *mortgage* contenga un'opzione di acquisto della cosa concessa in garanzia²³³, definito “*convertible mortgage*”.

Il vantaggio che il creditore ottiene impedendo al debitore di riappropriarsi della cosa data in garanzia è considerato indebito e quando scaturisca da una previsione, contenuta nell'atto di *mortgage*, diretta ad impedire il diritto di ritrasferimento è, anch'essa, nulla automaticamente.

L'estensione della regola si giustifica in considerazione del conferimento in capo al *mortgagee* della possibilità di “*acquire the real estate by means other than foreclosure*”²³⁴. Piuttosto che vedersi limitato il diritto di ritrasferimento della cosa, il debitore perderebbe la proprietà della *res* a favore del creditore-prestatore, come risultato dell'esercizio del diritto di opzione.

²³² GOLDSTEIN, *Unconscionability: some reconsideration with particular reference to new type mortgage transactions*, 17 *Real Property, Probate and Tr. Journal*, 1982, p. 412, individua tre significati del termine “*unconscionable*”: “*surprising and oppressive digressions from a norm [sic] in contract formation; unfair dealing in performance, and the traditional equitable concept of not sanctioning a harsh result*”.

²³³ *Samuel v. Jarrah Timber and Wood Paving Corporation Ltd* [1904] AC 323.

²³⁴ J.D. PALOMAR, *Title Risks in Foreclosure Proceedings – Mortgageors' Defenses*, in 3 *Law of Distress Real Estate*, 2011, 42, p. 25.

L'effetto è, tuttavia, il medesimo secondo le corti inglesi, che equiparano la compromissione del *right to redeem* alla impossibilità di recuperare il proprio bene libero da pesi e oneri, quali il diritto di opzione che il *mortgagee* può continuare ad esercitare. Non vi sarebbe differenza, quindi, tra un “*direct clog*” e la previsione di un diritto di acquisto del bene concesso in garanzia che avvantaggi ingiustificatamente il creditore a scapito del debitore, essendo considerata allo stesso modo automaticamente nulla, senza necessità di valutare la ragionevolezza dell'operazione. Siffatta clausola, benché in modo meno immediato rispetto al *direct clog*, sortisce l'esito ingiusto vietato dalla *doctrine of clogs*, risultando “*inconsistent with both the contractual and the equitable right of redemption*”.

4. I *collateral advantages*.

L'attenzione alla tutela dei diritti del debitore, vessato, talvolta, dalla pratica scorretta di indebita coercizione attuata da controparte, ha propiziato l'espansione del divieto di impedire l'*equity of redemption* a tutti i casi in cui al *mortgagee*-creditore fosse riservato un *altro* vantaggio.

È stato osservato che “*the collateral advantage doctrine, as thus stated, is an entirely separate principle from that of clogging rather than a particular sub-genre of the general category of clogs*”²³⁵. In altri termini, è possibile intendere la disciplina che regola i *collateral advantage* come un corollario della *clogging rule*, nel cui più ampio insieme si iscrive, venendo in gioco ogni volta in cui l'operazione negoziale renda il *mortgage* *irredeemable if enforced*.

La regola germina dal *case law Jennings v Ward*²³⁶, che decretò la nullità dell'accordo tra le parti, sul presupposto che ogni altro vantaggio di cui il *mortgagee* risulterebbe beneficiario, oltre agli interessi dovuti per legge, siano da considerarsi *collateral advantages* vietati²³⁷. Di regola, l'inserimento di una clausola che, direttamente o indirettamente, ritardi l'esercizio del diritto di riscatto da parte del *mortgagor* non è considerata un *direct clog*, sempre che la condizione del debitore non sia giudicata “*so oppressive as to render the right to redeem «illusory»*”²³⁸.

Se la regola che affianca la *doctrine of clogs* ne condivide la ragione fondativa, consistente nel prevenire l'elusione della legge che contrasta l'usura²³⁹, la

²³⁵ J.L. LICHT, *The Clog on the Equity of Redemption and its Effects on Modern Real Estate Finance*, cit., p. 459.

²³⁶ *Jennings v. Ward*, 1705, 2 Vern. 520, 18 R.C. 365 e in 23 Eng. Rep. 935 (1705), Sir J. Trevor, M.R.: “*A man shall not have interest for his money and a collateral advantage besides for the loan of it, or clog the redemption with any by-agreement*”.

²³⁷ 4 AMERICAN LAW OF PROPERTY, § 16.60, (1952), p. 111-12, “*...undoubtedly due to the breadth of the language of the report, Jennings is cited for the proposition that any benefit given to a mortgagee in addition to interest is a collateral advantage and is, therefore, void*”.

²³⁸ D. BROWN, *Life in the clog yet*, cit., p. 26.

²³⁹ J. DELATRE FALCONBRIDGE, *The Law of Mortgages of Real Estate*, Canada Law Book Company Limited, 1919, sec. 25, “*The second rule, which prohibited a mortgagee from stipulating for a collateral advantage, was founded upon the statutes against usury. A stipulation of this kind was in equity held void as being contrary to the spirit of these statutes*”.

valorizzazione da parte delle corti inglesi di tale finalità equitativa cessa con l'abrogazione della *usury law*²⁴⁰, sempre che alle parti siano garantiti gli stessi poteri contrattuali²⁴¹. A sostegno di tale orientamento, i fautori della tesi che assegna alla *collateral advantages doctrine* tale *ratio* affermano che, stante l'abolizione della legge che vieta l'imposizione di tassi usurari, “*there is no reason why mortgages to secure loans should be on any different footing from other mortgages or why the old rule against a mortgagee’s stipulating for a collateral advantage should be maintained in any form or with any modification*”²⁴².

A diversa conclusione si perviene, invece, nei casi in cui sia attribuito alla regola un significato diverso, per cui la “*rule against collateral advantages had more viability since the repeal of the usury law, to protect against unfair results where the parties do not have equal bargaining power*”²⁴³. Seguendo tale impostazione, dopo l'abrogazione dell'*usury law*, la sanzionabilità di una clausola avente ad oggetto un *altro* vantaggio, è consentita subordinatamente alla verifica, alternativamente, delle seguenti condizioni: la pattuizione o risulta *unconscionable* o cela una «clausola penale» impedendo l'*equitable right* che nasce nel momento del mancato esercizio del diritto contrattuale di riscatto, ovvero, l'accordo ha natura contrastante rispetto sia al *contractual* che all'*equitable right to redeem*.

Se nelle ipotesi di *direct clog*, la nullità della clausola che impedisca il diritto di ritrasferimento è automatica, un'indagine circa il carattere ingiusto ed irragionevole dell'operazione considerata è, invece, necessaria nei casi in cui la garanzia reale colpisce il *right to redeem*, offrendo al *mortgagee* altri e diversi benefici. All'espressione “*collateral advantages*” appartiene, infatti, quell'insieme di ipotesi diverse dall'acquisizione del bene di proprietà del debitore idonee, tuttavia, a limitare, se non anche cancellare, il *right to redeem*²⁴⁴.

Che un *mortgage* non sia nullo per il solo fatto di prevedere un *collateral advantage*, è principio espresso anche da decisioni che hanno seguito *Jennings*; ci si riferisce, per esempio, al noto caso *Biggs v Hoddinott*²⁴⁵, dove la vicenda che origina la rimessione alla corte vede protagonista (e attore) un birraio che ottenne un *mortgage*, avente ad oggetto un hotel, a garanzia del prestito effettuato all'albergatore. In cambio della concessione di un periodo maggiore per ottemperare al pagamento del debito (cinque anni), il convenuto acconsentì a servirsi della birra dell'attore fino al termine del

²⁴⁰ Durante il periodo in cui le *Court of Chancery* elaboravano i principi che fondano oggi la *law of mortgage*, erano in vigore in Inghilterra alcuni *Act* che limitavano il tasso di interesse che, per legge, poteva essere adottato per i prestiti monetari. L'ultimo di tali provvedimenti legislativi fu abrogato nel 1854 dallo *Statute 17 & 18 V. c. 90*.

²⁴¹ *Mainland v. Upjohn*, 41 Ch. D. 126, 136, 144 (1889).

²⁴² J. DELATRE FALCONBRIDGE, *The Law of Mortgages of Real Estate*, cit., sec. 25.

²⁴³ *James v. Kerr*, 40 Ch. D. 449, 449.60 (1889).

²⁴⁴ P. GIDDINS, *What is a clog on the equity of redemption?* cit., p. 91, “*the term collateral advantage has come to be used to describe a term of the mortgage which apparently relates to some other matter (i.e. other than the mortgaged land), but which has the effect of rendering the right to redeem illusory*”.

²⁴⁵ *Biggs v. Hoddinott* [1898] 2 Ch. 307, nello stesso senso, *Noakes & Co. v. Rice* [1902] A.C. 24, p. 33; *Kreglinger v. New Patagonia*, cit., 38.

contratto. La corte ritenne che la previsione fosse “*in no way oppressive and found it to be an acceptable collateral advantage*”²⁴⁶.

Nel tempo, quindi, tale principio si consolida rimanendo fermo l’assunto per il quale gli strumenti negoziali a disposizione delle parti devono avere eguale consistenza, in modo tale che la pianificazione del perseguimento di *extra interest* non risulti *unreasonable or unfair*.

5. L’atteggiamento delle corti inglesi *post-Krelinger* e la valorizzazione dell’autonomia negoziale.

L’analisi delle decisioni che seguono il *leading case Krelinger* segnala un orientamento prudente delle corti inglesi nei confronti dell’applicazione della *clogging rule*, mostrando di allinearsi alla crescente giurisprudenza che favorisce l’autonomia negoziale delle parti²⁴⁷. L’esaltazione della libertà contrattuale si afferma, quindi, anche nel contesto delle garanzie reali, in particolare, *consensual*.

Un primo esempio dell’atteggiamento di apertura nei confronti di pattuizioni che rispecchino maggiormente gli interessi dei contraenti è offerto nella sentenza *Knightsbridge Estates Trust v Bryne*²⁴⁸ con la quale la *Court of appeal* ha statuito che, nel settore commerciale, la fissazione di un periodo di quarant’anni per il pagamento del prestito al *mortgagor* non è necessariamente *oppressive* e, quindi, svantaggioso, per le parti.

La Corte d’appello decide diversamente nel caso *Jones v Morgan*²⁴⁹. La vicenda che dà origine alla controversia vede protagonisti il signor *Morgan*, che nel 1994 era co-intestatario di un’azienda agricola (*farm*) e il signor *Jones* che gli finanziò i costi per la costruzione di una casa di riposo (*nursing home*) sul terreno; a garanzia del prestito il primo concesse un *mortgage* al secondo avente ad oggetto la *farm*. Nel 1997, *Morgan* si trovò in difficoltà con il pagamento degli interessi e fu costretto a vendere parte delle terre dell’azienda, per la cui operazione ebbe bisogno del consenso del *mortgagee*. I due stipularono un accordo con il quale il signor *Jones* acconsentì alla vendita a condizione, però, che con il ricavato la controparte avrebbe ridotto il debito nei suoi confronti; così, *Morgan* si impegnò a trasferire a *Jones* la metà della rimanente azienda. Successivamente il debito fu estinto, ma *Jones* lamentò l’inadempimento della pattuizione intervenuta tra le parti e *Morgan* replicò affermando che si trattava di una previsione in contrasto con il diritto equitativo di ritrasferimento del bene. La *Court of Appeal* si pronunciò in favore di *Morgan* facendo applicazione del principio fissato in *Krelinger* e affermando che il patto avente ad oggetto la vendita della metà dell’azienda “*it was repugnant to, and inconsistent with, Mr M’s right to redeem the 1994 mortgage*”, dal momento che *Morgan* non sarebbe stato più libero di ottenere il ritrasferimento del bene senza averne prima trasferito la metà a *Jones*. La decisione

²⁴⁶ *Biggs v. Hoddinott, cit.*, 311.

²⁴⁷ D. BROWN, *Life in the old clog yet, cit.*, p. 26.

²⁴⁸ *Knightsbridge Estates Trust v. Bryne* [1939] Ch. 441.

²⁴⁹ *Jones v. Morgan* [2001] EWCA Civ 995.

dei giudici in questi termini segue alla valutazione dell'accordo, stipulato tra le parti successivamente alla concessione della garanzia, quale parte integrante del *mortgage* e, come tale, modificativo del medesimo. Non mancano le opinioni dissenzienti che interpretano l'*agreement* in termini di “*entirely new independent transaction, and not a rearrangement of the 1994 mortgage or a new mortgage secured loan. On that basis, the term was not a clog*”²⁵⁰. Si tratta, insomma, di un diverso modo di qualificare la natura della transazione.

Un paio di decisioni successive mostrano una presa di posizione opposta, dove la *clogging rule*, invocata dalla parte convenuta, non è stata applicata.

In *Warnborough Ltd v Garmite Ltd*²⁵¹, nell'ambito di un'operazione di vendita di un immobile, le parti pattuirono che, a fronte del trasferimento immediato del bene, l'importo di £130,000 sarebbe stato pagato, con gli interessi, a rate mensili. A garanzia del pagamento, *G* concesse una *legal charge* al venditore e, nello stesso tempo, un'opzione di riacquisto al medesimo prezzo. Tuttavia, quando *W* dichiarò l'intenzione di esercitare il diritto potestativo concessogli, la controparte si rifiutò sostenendo che si trattava di una previsione che ostava al proprio *equitable right to redeem*; a quel tempo, il valore dell'immobile era triplicato rispetto all'importo del prestito. Nel richiamare la definizione della *doctrine of clogs* come “*an objectionable restriction on the rights of a borrower who has mortgaged his property as security for the debt*”²⁵², la corte d'appello inglese statui che il fatto che il debitore (acquirente) abbia concesso un'opzione di riacquisto, insieme alla garanzia reale, “*does not itself give rise to a clog: it merely raises the question of whether it is a clog*”. I giudici decisero che la natura giuridica della transazione era quella della compravendita e non dell'alienazione a scopo di garanzia (*mortgage*)²⁵³, quindi, la regola che vieta di imporre *clogs* al diritto equitativo di ritrasferimento non era applicabile.

Nella più recente sentenza *Brighton & Hove v Audus*²⁵⁴, la *Court of Appeal* sviluppò il principio applicato nel *Garmite case* affermando che, anche quando l'operazione include senza dubbio un *mortgage* e le parti abbiano pattuito che, al momento del riscatto, il debitore-*mortgagor* debba vendere il bene al creditore-*mortgagee*, la *clogging rule* non trova spazio. L'opzione di vendita costituisce una transazione a parte, indipendente rispetto al contratto di garanzia, dal momento che scatta alla scadenza del termine per l'esercizio del *right to redeem del mortgagor*. La corte decise, infatti, che “*the overall composite transaction was such that it was an agreement for the sale and purchase of the land, and not one of a loan secured by a mortgage, even though one element of the transaction undoubtedly was a mortgage: the mortgage being incidental*”.

²⁵⁰ Lord Pill in *Jones v. Morgan*, *cit.*

²⁵¹ *Warnborough Ltd v. Garmite Ltd* [2003] EWCA Civ 1544.

²⁵² Lord Parker in *Krelinger v. New Patagonia*, *cit.*, 1.

²⁵³ Insomma, si trattava di una vendita con patto di riscatto e non di un'alienazione a scopo di garanzia, contrastante con il divieto del patto commissorio.

²⁵⁴ *Brighton & Hove v. Audus* [2009] EWHC 340.

L'atteggiamento assunto dalle corti inglesi – a seguito della sentenza *Krelinger* – è nel senso di valorizzare la *freedom of contract*, lasciando spazio alla libertà negoziale delle parti di concludere autonomamente accordi di vendita o comunque di trasferimento della titolarità di beni. Alla valutazione (dei giudici) circa l'integrazione dell'operazione negoziale all'interno della struttura del *mortgage* consegue il giudizio di illiceità, mostrandosi il contrasto con la *doctrine of clog*.

6. L'attualità della *doctrine of clogs*.

Benché storicamente il principio equitativo espresso nella regola “*no clogs on the equity of redemption*” fosse applicato solo ai *legal mortgage* è, da tempo, riconosciuta l'assenza di delimitazione degli spazi di manovra della disciplina. L'interpretazione estensiva della regola ha, infatti, indotto taluno a paragonare la *doctrine of clogs* ad “un cane sciolto che, se non legato con forza alla propria catena, tende a vagare per sentieri dove non dovrebbe addentrarsi”²⁵⁵.

Constatata l'assenza di corrispondenza tra gli scopi originari della regola²⁵⁶ e le esigenze della realtà finanziaria moderna potrebbe auspicarsi un ridimensionamento della portata della disciplina in commento. Raccomandata per la finalità di protezione del debitore concedente la garanzia, l'applicazione estensiva della *doctrine of clogs*, retaggio di un'*arcane rule*, stride con l'attuale esigenza di favorire l'accesso al credito, semplificando il meccanismo di concessione e riscossione della garanzia, perseguita mediante l'utilizzo di più moderne tecniche di finanziamento. L'intenzione di limitare la portata applicativa della *clogging rule* è condivisa da chi²⁵⁷ ritenga di salvare alcune operazioni negoziali da nullità, inquadrandole nell'ambito di ipotesi di *collateral advantages*, sostenendo che la previsione di altri e diversi vantaggi per il *mortgagee* non sconti un giudizio di invalidità: nel restringerne il perimetro operativo, lascia maggiori spazi di manovra all'autonomia negoziale delle parti laddove la stipulazione di *collateral advantage* non sia “*unfair and reasonable, or in the nature of a penalty clogging the equity of redemption, or inconsistent with or repugnant to the contractual and equitable right to redeem*”²⁵⁸.

All'interrogativo che mette in dubbio l'attualità della regola, rispondono alcuni giudici²⁵⁹ dandosi carico di sottolineare la natura ormai obsoleta nella *clogging rule*. In linea con tale opinione si segnala il tentativo della *Law Commission* di modificare

²⁵⁵ Lord Mersey in *Krelinger v. New Patagonia Meat & Cold Storage Co.*, cit., 46: “it [the doctrine of clogs] seems to me to be an unruly dog which, if not securely chained to its own kennel, is prone to wander into places where it ought not to be”.

²⁵⁶ M. LUPOLI, *Appunti sulla Real Property e sul Trust nel diritto inglese*, cit., p. 115.

²⁵⁷ J. MCGHEE, *Snell's Equity*, cit., p. 452.

²⁵⁸ *Krelinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co. Ltd*, cit., 61.

²⁵⁹ Lord Phillips in *Jones v. Morgan*, cit., 86: “...an appendix to our law which no longer serves a useful purpose and would be better exercised” e Lord Halsbury in *Samuel v. Jarrah Timber and Wood Paving Corporation Ltd*, cit., 325: “[A] line of authorities going back for more than a century has decided that such an arrangement as that which was here arrived at is contrary to a principle of equity, the sense or reason of which I am not able to appreciate, and very reluctantly I am compelled to acquiesce in the judgments appealed from”.

la regola consentendo alla corte, investita di poteri statutari, di “*re-open a mortgage with a view to doing justice between the parties*”.

Tuttavia, la reazione al mutamento della richiesta del mercato e all’esigenza di modalità di accesso al credito più snelle e flessibili cui si assiste nell’esperienza inglese è differente rispetto a quella nostrana: il presunto e delcamato affievolimento dell’operatività del divieto del patto commissorio²⁶⁰ non trova corrispondenza nel sistema inglese dove la *doctrine of clogs* (quale equivalente funzionale della disciplina italiana), non avendo nel tempo causato danni o ingiustizie, non mostra segni di crisi. L’aver ecceduto i propositi originari non condanna la regola che rimane parte integrante del diritto inglese e pienamente applicabile.

Lo scenario inglese mostra la forza del *case law* – tipico del sistema giuridico di appartenenza – che, in questo caso, germina una regola che ha resistito nel tempo, non mostrando rilevanti segni di crisi; nell’operare tipico del principio “*judge-made law*”, le corti continuano a ridefinire i confini della disciplina applicando una regola che sembra ancora attuale, dovendosi accettare il fatto che “*the «unruly dog» is still alive and that however desirable an appendectomy might be thought to be, no such relieving operation has as yet been carried out. Indeed, did not seek to contend otherwise*”²⁶¹.

Il ripensamento circa l’attualità della regola ha dunque condotto a negare la necessità di un suo ridimensionamento, se non abrogazione – per la quale sarebbe necessario un intervento parlamentare che allo stato attuale non sembra in programma – affermandosi che “*notwithstanding judicial criticism of its antiquated nature and a call for it to be exercised, the equitable principle rendering ineffectual any clog on the equity of redemption remains good law*”²⁶².

Non può negarsi, tuttavia, che la costante e rigida applicazione della *clogging rule* non è da tutti condivisa, auspicando taluno che “*after three and one half centuries in defense of impecunious landowner, the rule deserves a final resting place as well*”²⁶³.

²⁶⁰ Vedi, *infra*, cap. IV, sez. II.

²⁶¹ Lord Parker in *Warnborough Ltd v. Garmite Ltd*, *cit.*, 72.

²⁶² D. BROWN, *Life in the clog yet*, *cit.*, p. 25.

²⁶³ J.L. LICHT, *The Clog on the Equity of Redemption and its Effects on Modern Real Estate Finance*, *cit.*, p. 497, “dopo tre secoli e mezzo a difesa dei proprietari terrieri indigenti, la regola merita di essere archiviata”.

SEZIONE II – LE TIPOLOGIE COMMISSORIE

SOMMARIO: 1. Il patto commissorio nel codice civile. – 2. La *ratio* del divieto. – 3. Il dibattito odierno sulla funzione del patto commissorio. – 4. Patto commissorio e ordine pubblico internazionale. – 5. L’ambito di applicazione: il patto commissorio *ex intervallo* e obbligatorio. – 5.1. Il patto commissorio c.d. *autonomo*. – 5.2. Il patto commissorio ad effetto traslativo immediato. – 6. Gli effetti della nullità del patto commissorio. – 7. Le (altre) alienazioni a scopo di garanzia. – 7.1. La cessione del credito a scopo di garanzia. – 7.2. La vendita con patto di riscatto. – 7.3. Il *sale and lease back* “anomalo”.

1. Il patto commissorio nel codice civile.

L’attenzione dedicata dalla dottrina²⁶⁴ e dalla giurisprudenza²⁶⁵ al fenomeno delle convenzioni commissorie ha nel tempo contribuito a disegnare il perimetro applicativo del divieto del patto commissorio. Nell’adempiere al tentativo di definizione del patto

²⁶⁴ La bibliografia è molto generosa. Tra i molti autori si rimanda a C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957 (in ristampa anastatica Edizioni Scientifiche Italiane, 2013); C.M. BIANCA, v. *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 716; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; U. CARNEVALI, v. *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 563; M. DI PAOLO, v. *Patto commissorio*, in *Digesto*, Sez. Civile, XIII, Utet, 1997, p. 309;

²⁶⁵ Tra le molte, Cass. civ. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro. it.*, 1984, I, c. 212, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1648, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97; Cass. sez. un. civ. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giust. civ.*, 1989, II, 1569, 2423, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; Cass. civ. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giust. civ.*, 2012, 3, p. 625, in *Foro it.*, 2012, 5, I, c. 1462, in *Riv. not.*, 2012, 5, 2, p. 1185.

commissorio vi è chi lo ha qualificato quale “forma molto efficace di manleva”²⁶⁶, poiché assicura al creditore la realizzazione dei propri interessi, attraverso l’acquisizione definitiva di uno o più beni determinati di proprietà del debitore (o di un terzo), senza mettere in moto le apposite procedure pubbliche di esecuzione forzata; si tratta, infatti, di un accordo con il quale le parti conferiscono al creditore un bene destinandolo alla soddisfazione del proprio diritto, nel caso in cui il debitore non adempia alla scadenza, creando un vincolo che rafforza giuridicamente la garanzia patrimoniale del credito.

Nel codice civile del 1942²⁶⁷, l’art. 2744 ricollega il patto commissorio alle ipotesi che contemplano una garanzia reale sanzionando con la nullità il negozio con il quale il debitore e il creditore convengono che, in mancanza di adempimento nel termine fissato, la proprietà della *cosa ipotecata* o *data in pegno* passi automaticamente al creditore. Dal punto di vista strutturale, è definito in termini di “alienazione del diritto di proprietà subordinata alla condizione sospensiva dell’inadempimento del debitore e collegata ad un contratto costitutivo di garanzia reale”²⁶⁸, benché – come si vedrà – la giurisprudenza riconosca il divieto *de quo* anche qualora la stipulazione commissoria non acceda ad una garanzia reale tipica²⁶⁹. Il divieto del patto commissorio è disciplinato, in modo del tutto analogo, anche dall’art. 1963 cod. civ. che, in relazione al bene dato in anticresi, sancisce la nullità di qualunque patto, concepito anteriormente o posteriormente alla costituzione della garanzia reale, con il quale le parti concordano che, in caso di mancato pagamento del debito, la proprietà dell’immobile sia trasferita al creditore.

L’individuazione di un pregresso, o quantomeno contemporaneo, rapporto di debito risulta essenziale per il riconoscimento dell’esistenza di un patto vietato²⁷⁰; di regola, il trasferimento del bene avviene tra debitore proprietario della *res* e creditore garantito. Inoltre, l’attribuzione del bene è prevista come eventuale ed è proprio tale assenza di definitività della titolarità del bene in capo al creditore acquirente che caratterizza la convenzione commissoria²⁷¹. La previsione di divenire nuovamente

²⁶⁶ A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, ESI, 1999, p. 294.

²⁶⁷ Il codice Pisanelli del 1865, imitando il *Code Napoléon* del 1804, approvò una norma che prevedeva perentoriamente il divieto di riscatto; l’opportunità di tale introduzione legislativa era sorta al fine di sopperire all’esigenza di contrastare il fenomeno dell’usura celata nel patto di riscatto, considerato un mutuo pignoratizio larvato. Dopo un ampio dibattito, il codice del Regno Unito sancì il divieto del patto commissorio limitatamente ai casi di pegno (art. 1184, II c.) e di anticresi (art. 1894) nulla disponendo invece riguardo all’ipoteca, sulla scia del codice civile francese. Dubbi interpretativi suscitava il patto apposto all’ipoteca, al pari di quello stipulato successivamente al contratto di garanzia (patto commissorio c.d. *ex intervallo*), i quali, inizialmente furono ritenuti validi dal formante giurisprudenziale, che fece leva sul silenzio normativo; poi, nel 1945, la Corte di Cassazione (*Cass. civ. 16 aprile 1945, n. 259, in Giur. Cass. Civ., 1945, I, p.156*), affermò l’illiceità del patto commissorio nel mutuo ipotecario anche sotto la vigenza del codice abrogato.

²⁶⁸ M. DI PAOLO, v. *Patto commissorio, cit.*, p. 309.

²⁶⁹ Vedi, *infra*, in questo cap., par. 5.1.

²⁷⁰ L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto, patto commissorio, patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991, p. 137.

²⁷¹ A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Codice civile, Commentario P. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 242 s.

proprietario del bene alienato, poi, accresce il rischio di un'erronea valutazione sul concreto valore economico del bene trasferito, concesso in garanzia, e del debito garantito, determinando il pericolo per il debitore di subire una perdita sproporzionata rispetto all'entità del debito.

Non può mancare, in ultimo, il requisito del collegamento funzionale tra inadempimento del debitore e acquisto della proprietà da parte del creditore, o comunque, il consolidamento dell'effetto traslativo: come è stato osservato²⁷², l'assenza di questo elemento, unito alla non definitività del trasferimento, qualificherebbe la stipulazione in termini di *datio in solutum*²⁷³, disciplinata dall'art. 1197 cod. civ. L'ipotesi della dazione in pagamento è un "contratto di carattere solutorio con efficacia estintiva dell'obbligazione"²⁷⁴ che trova applicazione solo quando il consenso del creditore e del debitore sia diretto, da un lato, a sostituire all'oggetto della prestazione originaria uno diverso e, dall'altro, ad estinguere, con la dazione di questo, l'obbligazione del debitore.

Il patto commissorio, quindi, "è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un suo bene, a tacitazione dell'obbligazione, non anche quando tale trasferimento sia, invece, frutto di una lecita scelta"²⁷⁵, come nell'ipotesi in cui esso sia stato liberamente concordato dai contraenti quale prestazione diversa da quella voluta (*datio in solutum*) ovvero esprima l'esercizio di una facoltà precostituita al momento in cui è sorta l'obbligazione medesima ex art. 1286 cod. civ.; è, infatti, da escludersi che l'obbligazione alternativa nella quale la facoltà di scelta sia concessa al creditore possa configurare un'elusione del divieto del patto commissorio²⁷⁶.

Sicché, sarà sicuramente valido sia il trasferimento di un bene di proprietà del debitore, che si concretizzi dopo l'inadempimento, in luogo del pagamento dovuto in virtù

²⁷² C.M. BIANCA, v. *Patto commissorio*, cit., p. 716, spiega che "nel patto commissorio il creditore ha un diritto al soddisfacimento secondario mediante l'acquisto del bene datogli in garanzia, mentre nella dazione in pagamento vi è solamente una facoltà del debitore di effettuare una prestazione diversa da quella dovuta"; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 563, chiarisce che "proprio questa sua connotazione funzionale consente di distinguere il patto commissorio dalla *datio in solutum*"; M. AVANCINI, *Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene*, in *I Contratti*, 1998, I, p. 93.

²⁷³ Tra coloro che sostengono la liceità della *datio in solutum* in rapporto al divieto del patto commissorio, equiparandola, quanto agli effetti, al patto marciano, tra i molti, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 80; V. MARICONDA, *Trasferimento commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, c. 1436; U. CARNEVALI, v. *Patto commissorio*, cit., p. 505; A. SARTORE, *Divieto del patto commissorio e trasferimento del bene: costrizione o libera scelta?*, in *Notariato*, 1999, p. 421 s. Di contro, C. MARESCA, *Datio in solutum e patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1132 s.

²⁷⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 580.

²⁷⁵ Tra le molte, Cass. civ. 25 febbraio 2010, n. 4600, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, p. 294; Cass. civ. 3 febbraio 1999, n. 893, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1127 s.

²⁷⁶ Cass. civ. 16 aprile 1996, n. 9675, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1472 e Cass. civ. 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, p. 535, dispongono che "il patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c. è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene a tacitazione dell'obbligazione, non anche pertanto, ove tale trasferimento sia il frutto di una scelta lecita, come nel caso in cui venga liberamente concordato quale *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) oppure consegua all'esercizio di una facoltà precostituita dalle parti al tempo ella nascita dell'obbligazione medesima ex art. 1286 c.c."

dell'obbligazione originaria, sia l'alienazione della *res* che intervenga una volta che sia stata esercitata la facoltà di scelta (dove l'alternativa al trasferimento dell'immobile è, ad esempio, la restituzione della somma data a mutuo) e, quindi, l'obbligazione sia divenuta semplice, cosicché non sarà possibile né ravvisare un inadempimento della prestazione di resa del denaro prestato, in quanto per effetto della consolidazione (quest'ultima) non esiste più, né individuare un coevo rapporto di debito garantito dal trasferimento del bene²⁷⁷. Ciò è vero, dunque, quando la cessione sia pattuita semplicemente allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto e di liberare, quindi, il debitore dalle conseguenze connesse alla sua pregressa inadempienza, non già, invece, quando il fine perseguito dal negozio sia l'adempimento di un'altra (diversa) obbligazione, con riguardo all'eventualità che essa rimanga inadempita²⁷⁸.

Non a caso, infatti, la qualificazione della stipulazione commissoria in termini di alienazione condizionata, in cui l'inadempimento del debitore funziona quale condizione sospensiva dell'acquisto da parte del creditore²⁷⁹, è condivisa da quella dottrina²⁸⁰ che ritiene diversa e incompatibile la funzione di scambio tipica della compravendita con quella che assicura una *soddisfazione secondaria* del diritto del creditore rimasto inadempito²⁸¹.

2. La ratio del divieto.

Sull'individuazione della ragione del divieto del patto commissorio si è sviluppato un ampio dibattito che ha coinvolto numerosi studiosi, i quali, sostenendo impianti argomentativi vari, hanno proposto diverse teorie.

²⁷⁷ M. AVANCINI, *Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene*, cit., p. 94, "il potere di scelta viene esercitato nella fase dell'adempimento, e solo per mezzo della consolidazione si individua la prestazione da adempiere; conseguentemente, nell'obbligazione alternativa non si può parlare di inadempimento fino a quando non sia stata esercitata la facoltà di scelta e, quindi, fino al momento in cui l'obbligazione non sia divenuta semplice, pertanto pur essendo dedotte in obbligazione due prestazioni non potrà mai riscontrarsi il necessario collegamento tra definitività del trasferimento del bene ed inadempimento dell'obbligazione necessario perché si concreti la violazione dell'art. 2744 codice civile".

²⁷⁸ Tale principio di diritto è espresso, tra le altre, in Cass. civ. 28 giugno 2006, n. 14903, in *Obbl. e contr.*, 2007, 3, p. 261.

²⁷⁹ Tuttavia, P. CENDON (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 55, chiarisce che "il rinvio del trasferimento della proprietà al verificarsi di un evento futuro ed incerto non è un elemento distintivo essenziale del patto commissorio, ben potendosi individuare detta convenzione (il patto commissorio) in un'alienazione a scopo di garanzia che realizzi l'immediato trasferimento del bene".

²⁸⁰ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 114 s. e V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 562. Di diverso avviso è C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968, p. 34 s., secondo il quale qualificare il patto commissorio in termini di contratto atipico condizionato, nel quale l'evento in condizione è costituito dall'inadempimento della obbligazione da parte del debitore sarebbe "molto approssimativa perché la dottrina ha molto spesso precisato che il trasferimento del bene al creditore non è un effetto automatico dell'inadempimento, ma deve ricollegarsi alla volontà del creditore di far suo il bene".

²⁸¹ F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, p. 253 s.

Per la dottrina tradizionale²⁸², il divieto giustifica l'esigenza di tutela dell'interesse della parte più debole del rapporto obbligatorio contro le indebite coercizioni di controparte, di modo che il debitore, appunto, trovandosi in una situazione di coazione morale nei confronti del creditore, non ne subisca gli effetti, piegando la propria volontà e accettando il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia in caso di mancato adempimento del debito.

Sempre nell'ottica di tutela della posizione debitoria, vi è chi²⁸³ ha osservato che l'ordinamento si preoccuperebbe di preservargli, sino al momento in cui disporrà del bene, le opportunità e le *chance* di realizzazione in via alternativa di quel bene a terzi interessati all'acquisto.

Il pregiudizio degli interessi economici del debitore accompagnato all'approfittamento del suo stato di bisogno che determinano una privazione della libertà contrattuale giustificerebbe la sanzione di nullità di un patto volto a facilitare il soddisfacimento dei diritti creditori, tramite l'acquisizione di una cosa di valore (di norma) sproporzionato rispetto all'ammontare del debito garantito.

Tale ricostruzione presta il fianco alla critica, evidenziata da autorevole dottrina²⁸⁴, secondo la quale l'assenza di requisiti per la validità del divieto del patto commissorio, neppure in relazione alla sproporzione tra l'importo del credito e il valore del bene dato in garanzia, suggerisce l'operatività della sanzione della nullità a prescindere da un'indagine sull'effettivo stato di bisogno del debitore e sull'effettiva coazione da lui subita, nonché relativamente all'effettivo approfittamento del creditore ai suoi danni. Lo strumento che tutela la stipulazione cui si perviene sfruttando lo stato di bisogno di controparte è altro rispetto alla previsione di nullità di cui all'articolo 2744 cod. civ.²⁸⁵; pertanto, il patto commissorio è vietato anche qualora risultasse in concreto vantaggioso per il debitore²⁸⁶.

²⁸² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III ed., Milano, 1959, p. 99 e F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 276; P. SCHLESINGER, *Il Codice Civile, Commentario, Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 210, dove si afferma che l'orientamento prevalente nel vigore del codice civile del 1865 motivava l'estensione della nullità del patto "con il richiamo alla tradizionale individuazione della *ratio* del divieto, già avvenuta nel diritto comune, rappresentata dall'esigenza di tutelare la libertà del debitore in situazione di debolezza o addirittura di bisogno, cui si aggiunge, più modernamente, l'esigenza di reprimere immorali approfittamenti del creditore". In questo senso, più recentemente, V. ROPPO, *Diritto privato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 358, accogliendo tale tradizionale orientamento, sostiene che la ragione del divieto di cui all'art. 2744 del codice civile sia rinvenibile nell'esigenza di tutela del debitore.

²⁸³ G. VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205, definisce la *ratio* del divieto in questi termini: "la cessione del bene in garanzia al creditore deve essere espressione inequivoca di una volontà libera e il debitore non deve essere privato siano all'ultimo della possibilità di vendere tale bene a terzi".

²⁸⁴ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 560.

²⁸⁵ G.M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 1648, si riferisce all'azione generale di rescissione di cui all'articolo 1448 cod. civ., che si differenzia dal divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. nel fatto che, nel primo caso, gli effetti si verificano in ogni caso, al momento della conclusione del negozio, mentre, nel patto commissorio, gli effetti dannosi sono soltanto eventuali e si verificano, successivamente, solo nel caso di inadempimento da parte del mutuatario all'obbligazione di restituzione della somma presa a mutuo.

²⁸⁶ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 560.

Pertanto, l'obiezione secondo la quale la tutela del contraente vittima di illecita coazione morale, che si esprime in forme di squilibrio tra le prestazioni, opererebbe nella diversa ipotesi dell'azione generale di rescissione, trova fondamento normativo nell'articolo 1448 cod. civ., la cui rilevanza è subordinata al fatto che la prestazione del contraente debole sia di entità superiore al doppio del valore della controprestazione²⁸⁷.

Di pregio è anche il ragionamento offerto da chi²⁸⁸ ha individuato nella maggior insidiosità insita nelle convenzioni commissorie, rispetto alle alienazioni definitive, l'unica argomentazione che si può addurre per conferire razionalità alle scelte del legislatore in ordine alla disciplina del patto commissorio: la vera *ratio* sottesa al divieto sarebbe, non già il solo pericolo di sproporzione, ma *anche* l'insidia²⁸⁹.

Un diverso orientamento²⁹⁰ ha, invece, ritenuto più convincente la spiegazione che riconduce il divieto alla tutela del credito e, segnatamente, alla protezione dei creditori estranei al patto commissorio, che da quest'ultimo subirebbero un danno²⁹¹. In tal modo si è voluto invocare a fondamento del divieto un interesse sovraordinato a quelli del singolo che si identifica nella tutela della *par condicio creditorum*; principio in ossequio al quale gli interessi di tutti i creditori devono essere garantiti in egual misura, fatta salva la soddisfazione in via preferenziale dei titolari di credito privilegiato (art. 2471 cod. civ.).

A ben vedere, però, tale interpretazione non persuade la dottrina²⁹² più recente, a parere della quale il sistema ordinamentale protegge i creditori contro atti a loro pregiudizievoli attraverso il rimedio dell'azione revocatoria, che non ne determina la nullità ma soltanto l'inefficacia relativa; in questo senso, la sanzione del patto commissorio non sarebbe conforme a quella adottata dall'ordinamento, senza contare

²⁸⁷ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Studio di diritto comparato, Torino, Giappichelli, 2000, p. 218.

²⁸⁸ A. CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, c. 175.

²⁸⁹ A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 221, nel ricercare in altre norme dell'ordinamento i limiti esterni del divieto del patto commissorio (che per la genericità del dettato dell'art. 2744 cod. civ. non possono essere ricavati dal contenuto di esso), ritiene che, dall'ammissibilità della *datio in solutum*, sia legittimo argomentare che l'illiceità del patto commissorio dipenda anche dall'insidia, cui esso espone il debitore, costituita dal fatto che egli si induce a vincolare un proprio bene "allettato da una formula che ne evita la perdita definitiva e con la speranza di riuscire a procurarsi le somme per pagare il debito prima della scadenza"; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 244.

²⁹⁰ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *Diritto civile, Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 347; V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti, Artt. 2740-2899 in Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1958, p. 52.

²⁹¹ A tal proposito, A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XX ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 449, spiega che, secondo tale orientamento, il patto commissorio sarebbe "posto a presidio della *par condicio creditorum*, visto che il patto commissorio finirebbe con il sottrarre interamente il bene costituito in garanzia all'azione esecutiva degli altri creditori, che si vedrebbero privati dal diritto di rifarsi sul valore del bene che dovesse residuare dopo il pagamento del credito garantito".

²⁹² C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 205 e, più recentemente, C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Le garanzie reali, La prescrizione*, cit., p. 283.

che la nullità colpirebbe il patto anche qualora i beni rimanenti fossero sufficienti a soddisfare gli altri creditori concorrenti²⁹³ o anche in loro assenza²⁹⁴.

In passato, poi, chi²⁹⁵ ricondusse la ragione giustificativa del divieto nell'inderogabilità delle procedure esecutive, espressione del principio di ordine pubblico che riserva allo Stato ogni potere circa i modi di realizzazione della pretesa creditoria, fu smentito dall'opinione di altra dottrina²⁹⁶ che osservò che l'ordinamento riconosce e, quindi, ammette figure di autotutela consensuale quali, ad esempio, il pegno irregolare e la *datio in solutum*.

Sulla scorta di tali rilievi critici, può ritenersi preferibile l'argomentazione che vede la *ratio* del divieto poggiarsi sulla volontà dell'ordinamento di evitare il danno sociale che deriverebbe dal diffondersi di questo patto in tutte le dazioni di beni in garanzia, diventando in tal modo uno strumento generalizzato di abuso ai danni dei debitori²⁹⁷; la ragione fondativa del divieto andrebbe ravvisata in un interesse di carattere generale, distinto dagli (e sovraordinato agli) interessi particolari del debitore e dei creditori chirografari²⁹⁸. In tale prospettiva ermeneutica, la nullità è un rimedio adeguato allo scopo in quanto consente di colpire alla radice questo patto capestro, evitando di rimetterne di volta in volta al debitore la scelta se farne valere l'abusività²⁹⁹.

3. Il dibattito odierno sulla funzione del patto commissorio.

Nell'esperienza giuridica italiana, al patto commissorio è tradizionalmente assegnata una funzione di garanzia, tipica degli strumenti negoziali o legali, che soddisfano l'aspettativa di realizzazione del credito affiancando al rapporto obbligatorio un altro (rapporto), appunto, di garanzia. In quest'ottica, infatti, in capo al creditore si realizza un trasferimento funzionale all'adempimento dell'obbligazione che assicura allo

²⁹³ U. CARNEVALI, v. *Patto commissorio*, cit., p. 502.

²⁹⁴ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 28.

²⁹⁵ E. BETTI, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699.

²⁹⁶ F. DE MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011, e, prima, G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98 s.

²⁹⁷ La tesi è condivisa anche da U. CARNEVALI, v. *Patto commissorio*, cit., p. 499 s.

²⁹⁸ M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, *Studio di diritto comparato*, cit., p. 233.

²⁹⁹ In tal senso, M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in commento a Cass. sez. un. civ. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 672 s., afferma che "si è cercato, attribuendo rilievo alla gravità della sanzione comminata, vale a dire la nullità del negozio, di radicare il divieto in un'esigenza di tutela della funzione esecutiva, quale attività esclusiva dello Stato". Infatti, chiarisce l'Autore, "la moltiplicazione costante delle ipotesi di nullità per contrasto con l'art. 2744 c.c. dimostra che resta forte, nelle ragioni del decidere, il presupposto radicamento della norma nell'interesse generale a non vedere soppiantato il sistema di garanzia del credito da forme di soddisfacimento privato".

In altri termini, A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* cit., p. 449, chiariscono che la *ratio* del divieto del patto commissorio discenderebbe, secondo tale interpretazione dottrinale, "dall'inderogabilità delle modalità tipiche di attuazione del credito (ossia, delle procedure di espropriazione forzata previste dai codici civile e di procedura civile), che non potrebbero essere sostituite da forme di autotutela convenzionali".

stesso la ragionevole certezza di venire in ogni caso soddisfatto, ponendosi l'effetto solutorio solo quale "modo di realizzazione della garanzia"³⁰⁰.

Sul finire del secolo scorso, si è aperto un dibattito che ha messo in discussione la teoria tradizionale³⁰¹, suggerendo l'attribuzione al patto commissorio di una funzione solutoria. Secondo i fautori di questa tesi³⁰², il profilo causale dell'intesa commissoria è rappresentato dalla "predeterminazione, prima della scadenza dell'obbligazione garantita, del trasferimento della proprietà di un bene del debitore in funzione solutoria", trattandosi, infatti, di "negozi traslativo in funzione satisfattiva, risulta estraneo un effetto di garanzia, cioè di vincolo, opponibile ai terzi, del bene al soddisfacimento delle ragioni creditorie"³⁰³.

L'opinione è in parte condivisa da un autorevole dottrina³⁰⁴ che, nel mettere a confronto patto commissorio e prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197, c. 1, cod. civ.) ne coglie la differenza, non tanto nel diverso ordine cronologico di stipulazione dell'accordo rispetto all'inadempimento³⁰⁵, quanto nella diversa causa che caratterizza i due contratti: "la convenzione commissoria e quella marciaria assolvono ad una funzione di autosoddisfacimento del creditore e, perciò, ricadono nell'area non dell'adempimento dell'obbligazione [tipica della *datio in solutum*], bensì in quella della realizzazione (coattiva) privata del credito, ossia, dell'autotutela esecutiva"³⁰⁶. Secondo tale lettura, il patto commissorio sarebbe, quindi, caratterizzato non tanto da una funzione di garanzia, ma da quella *lato sensu* solutoria, in quanto il debitore vincola un bene al futuro ed eventuale autosoddisfacimento della controparte, "conservando – questo è il punto – la possibilità di trattenere (in caso di condizione sospensiva di inadempimento) o di recuperare (in caso di condizione risolutiva di adempimento) la proprietà del bene eseguendo il pagamento"³⁰⁷.

³⁰⁰ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Le garanzie reali, La prescrizione*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 2012, p. 278.

³⁰¹ L'opinione tradizionale assegna al patto commissorio finalità di garanzia, per tutti C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 136 s.

³⁰² La tesi proposta più di recente, che attribuisce una funzione solutoria al patto commissorio è sostenuta da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 420; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciario*, Napoli, ESI, 2000, p. 109 s.

³⁰³ In questi termini, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 430 s.

³⁰⁴ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciario e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 10, p. 20 osserva che "nel patto commissorio e nel patto marciario accanto alla funzione primaria solutoria si può riscontrare anche una funzione secondaria di garanzia, nel senso che la previsione pattizia di un congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore non può non implicare, di per sé stessa, un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e quindi un risultato oggettivo di «garanzia»".

³⁰⁵ La *datio in solutum* può essere stipulata sia anteriormente sia posteriormente il verificarsi dell'inadempimento, mentre, il patto commissorio che si configuri dopo l'inadempimento, prevedendo il trasferimento di un bene da parte del debitore già inadempiente a favore del creditore, coinciderebbe con il contratto di cui all'art. 1197 cod. civ. (dazione in pagamento, quindi).

³⁰⁶ A. LUMINOSO, *Patto marciario e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1398.

³⁰⁷ La differenza rispetto alla funzione propriamente solutoria della dazione in pagamento (art. 1197, c.1, cod. civ.) emerge in ciò per A. LUMINOSO, *Patto marciario e sottotipi*, cit., p. 1398.

4. Patto commissorio e ordine pubblico internazionale.

In occasione di una decisione resa a Sezioni Unite³⁰⁸, la Corte di cassazione ha stabilito che “il divieto del patto commissorio non rientra tra i principi fondanti l’ordine pubblico internazionale. Ciò deriva, a tacer d’altro, dalla circostanza che esso non è conosciuto né vietato in una parte sicuramente rilevante dell’Unione Europea”.

Il caso portato al vaglio della Suprema Corte vede protagoniste tre società, una di diritto panamense e due di diritto russo. Tra queste ultime due era stato instaurato un giudizio per il risarcimento di un ingente danno, consistente nella perdita di un aeromobile precipitato sul territorio italiano, la cui proprietà era affermata dall’attrice e la cui gestione era stata attribuita alla convenuta. Avverso la sentenza di condanna al risarcimento del danno, emessa dal Tribunale di Torino, propose opposizione di terzo la società panamense, rivendicando la proprietà del velivolo – in forza di un contratto di *joint venture* concluso nel 1993 con la società che oggi lamentava il danno – e, quindi, chiedendo che fosse dichiarata la spettanza a sé del risarcimento già oggetto di condanna. Più in particolare, tra le parti (la società russa e la società panamense) era stato concluso un contratto che prevedeva la cessione dall’una all’altra società, “per il caso di *default* nel rimborso dei suoi debiti e di suoi specifici inadempimenti”, di tutti i diritti derivanti dall’acquisto dell’aeromobile; in particolare, era stato realizzato un collegamento negoziale tra l’ipoteca (*aircraft mortgage*) costituita sul velivolo e un patto commissorio (*assignment of aircraft acquisition agreement*) in grado di determinare il trasferimento del diritto.

In appello, la decisione viene riformata e viene dichiarata la proprietà del bene in capo alla società panamense, in applicazione del diritto inglese richiamato nell’accordo siglato nel 1993. I ricorsi per cassazione sono alla base della sentenza in esame, con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla contrarietà all’ordine pubblico internazionale della normativa inglese applicabile, ha escluso che al divieto di cui all’art. 2744 cod. civ. possa attribuirsi carattere di principio fondante l’ordine pubblico internazionale³⁰⁹, ovvero di norma di applicazione necessaria.

Il principio di ordine pubblico³¹⁰ – che si traduce nel “complesso di principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici”³¹¹ – ha subito nel tempo una progressiva evoluzione da

³⁰⁸ Cass. sez. un. civ. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 672, con nota di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*.

³⁰⁹ F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Utet, 2013, p. 256 ss., dove si legge che la clausola di ordine pubblico “comporta di per sé il conferimento al giudice di margini piuttosto ampi di discrezionalità quanto all’accertamento degli elementi che configurano il contrasto e la potenziale rottura della coerenza interna del nostro ordinamento”.

³¹⁰ P. LOTTI, *L’ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti di origine estera nell’ordinamento italiano*, in *Il diritto privato oggi* a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2005, p. 10, specifica che la nozione di ordine pubblico non è unitaria, modificando i propri connotati a seconda del diverso settore dell’ordinamento.

³¹¹ Cass. civ. 12 marzo 1984, n. 1680, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 2133. In una decisione più risalente (Cass. civ. 9 gennaio 1976, n. 44), i giudici di legittimità precisavano che l’ordine pubblico interno fosse formato, più che dalle singole norme del nostro ordinamento “dai concetti ispiratori di esse e, più

parte della giurisprudenza di legittimità la quale, nelle decisioni più recenti³¹² si riferisce prevalentemente all'ordine pubblico internazionale³¹³ al fine di dare rilevanza a quei principi fondamentali dell'ordinamento interno che siano fondati su "esigenze di tutela dei diritti dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"³¹⁴.

La netta presa di posizione della Corte nel caso di specie non resta esente da dubbi circa la reale portata della decisione: si è ritenuto di spingere l'ordinamento italiano nella direzione di una maggiore apertura verso ordinamenti che – secondo i giudici di legittimità – non ostano alla stipulazione di patti commissori, senza aver sviluppato nella motivazione "un'effettiva ricognizione comparata del sistema delle cessioni a scopo di garanzia al cui cospetto valutare anche la portata della persistenza – sorprendentemente ignorata – di divieti analoghi al nostro (è il caso di Francia e Germania, per esempio)"³¹⁵. Come osservato, infatti, l'esperienza inglese tramanda la *doctrine of clogs* quale disciplina con funzione equivalente al divieto del patto commissorio.

Il principio di ordine pubblico internazionale non funge da barriera al recepimento di norme di diritto straniero, non ritenendosi, nel caso di specie, che l'art. 2744 cod. civ.

precisamente, dai principi fondamentali riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza stessa della società attuale e, quindi, per tale sua peculiare natura, è soggetto a mutare con l'evolversi dei rapporti morali e sociali".

³¹² Tra le molte, Cass. civ. 22 agosto 2013, n. 19405, in *Foro it.* 2014, 10, I, c. 2898; Cass. civ. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. internaz.* 2007, 3, p. 886; Cass. civ. 6 dicembre 2002, n. 17349, in *D&G*, 2003, 3, p. 96, secondo la quale "il concetto di ordine pubblico di cui all'art. 64...non si identifica con il c.d. ordine pubblico interno, e, cioè, con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile, bensì con quello di ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico".

³¹³ N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, Cedam, 1974, p. 23, ritiene che "da un punto di vista terminologico appare poco appropriata e causa di equivoci la distinzione corrente tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno che si riscontra nella dottrina italiana ed in quella francese", dal momento che secondo l'A. l'ordine pubblico viene in rilievo esclusivamente come ordine pubblico interno. Per un'esegesi storica del concetto di ordine pubblico internazionale, si rimanda a P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale, cit.*, p. 17.

³¹⁴ Cass. sez. un. civ. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 8-9, c. 435 ss., con note di AL. PALMIERI E R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* e di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenza di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; in *Danno e Resp.*, 2017, 4, p. 419 ss., con note di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di punitive damages*; G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 2017, 8-9, p. 1787 s., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, con cui la Suprema Corte ha affrontato il tema della compatibilità o meno con l'ordinamento italiano dell'istituto dei *punitive damages*. Riconosciuta la natura polifunzionale della responsabilità civile nella quale si fa spazio la funzione punitiva e deterrente, la Corte di Cassazione che, fino a ieri, negava cittadinanza ai danni punitivi, perché in contrasto con l'ordine pubblico interno, opera un vero e proprio *revirement*, mostrandosi favorevole all'apertura verso le sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*, a condizione, però, che la norma straniera rispetti i principi di tipicità e prevedibilità. Il riferimento è a

³¹⁵ Condivisibile la precisazione di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale, cit.*, p. 694, che aggiunge come la Suprema Corte avrebbe dovuto sviluppare un'argomentazione più ricca prima di sancire una regressività dell'ordinamento italiano tanto netta.

tragga la propria ragion d'essere da insopprimibili e fondamentali esigenze di moralità e civiltà (che, appunto, fonderebbero un giudizio in termini di contrarietà); pur tuttavia, la permeabilità dell'ordinamento italiano rispetto a regole estere sarebbe giustificata laddove la disciplina di riferimento realmente ammetta la stipulazione di patti commissori. E su questo punto qualche dubbio permane.

5. L'ambito di applicazione: il patto commissorio *ex intervallo* e obbligatorio.

Le ragioni alla base del divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ. si rinvergono anche nel patto commissorio *ex intervallo* e in quello obbligatorio, con cui ci si riferisce, rispettivamente, all'intesa che viene stipulata successivamente alla costituzione della garanzia o al sorgere del credito e alla convenzione con cui il debitore si assume solo l'obbligo di trasferire la proprietà di un bene (assoggettato o non a pegno o ipoteca) al creditore, per il caso di inadempimento³¹⁶.

Se, da un lato, la norma codicistica vieta espressamente il patto commissorio concluso posteriormente alla costituzione del pegno o dell'ipoteca, allo stesso modo, il formante dottrinale ha optato per la nullità di un patto perfezionato dopo la costituzione di una garanzia o dopo il sorgere del credito posto che, “in pendenza del rapporto obbligatorio, l'accettazione di un patto capestro è comunque conseguenza di una coartazione del creditore”³¹⁷. Questa tipologia di convenzione commissoria non fa venire meno, quindi, gli elementi del patto vietato né, tantomeno, è esclusa la soggezione del debitore alla condotta di approfittamento del creditore³¹⁸.

Diversa appare la questione relativa al patto commissorio obbligatorio, dovendosi stabilire se la circostanza che l'effetto reale si verifichi posteriormente all'inadempimento del debitore, per effetto di una nuova manifestazione di volontà, sia sufficiente a sottrarre siffatto patto al divieto; la risposta che si dà è generalmente negativa. La giurisprudenza³¹⁹, richiamando quell'esigenza di tutela del debitore e dei creditori concorrenti, comune sia al patto commissorio “normale” sia a quello obbligatorio, ha sostenuto l'illiceità di quest'ultimo, confortata anche dalla dottrina³²⁰ che ritiene nullo il patto commissorio ad effetti obbligatori, in quanto in grado di causare il medesimo pregiudizio di quello ad efficacia reale: infatti, comportando

³¹⁶ C. BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Not.*, 2010, 1, p. 81, ritiene che “la fattispecie si presenta strutturata secondo lo schema del contratto preliminare; quindi all'inadempimento dell'obbligazione non consegue la produzione di effetti reali in capo al creditore, ma sorge l'obbligo per il debitore o per il terzo di trasferirgli la proprietà del bene”.

³¹⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 286.

³¹⁸ Nella Relazione al codice civile (n. 1127) si legge che anche in questo caso “ricorre la *ratio* che informa il divieto. È facile, infatti, che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto”.

³¹⁹ Cass. civ. 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Giur. it.*, 2000, p. 1599, dove E. BERGAMO, afferma che “il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio (...), anche, quindi, un contratto preliminare di compravendita può dissimulare un mutuo con patto commissorio, ancorché non sia previsto il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione, entro un certo termine, della somma precedentemente o coevamente mutuata dal promittente compratore, sempre che risulti provato il nesso di strumentalità fra i due negozi”.

³²⁰ Ancora sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile, le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 287.

comunque per il debitore la perdita del bene senza conteggio del suo valore, ripropone la situazione colpita dal divieto legislativo. Inoltre, a conferma della medesima potenzialità lesiva del patto commissorio obbligatorio e di quello *ex art. 2744 cod. civ.*, si rileva che, anche se la promessa di trasferimento espone il creditore al rischio che il debitore alieni validamente a terzi il bene, è chiaro che la mancanza di un trasferimento automatico è perfettamente supplita dall'ammissibilità di una esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

5.1. Il patto commissorio c.d. *autonomo*.

Sebbene la formulazione del divieto del patto commissorio sembri proporre una fattispecie di stretta interpretazione, in giurisprudenza³²¹ e in dottrina³²² può considerarsi ormai acquisita una nozione ampia di patto commissorio, che ricorre tutte le volte in cui al creditore sia attribuita la proprietà di un bene del debitore (o anche di un terzo), a soddisfacimento del credito, senza che questo sia conteggiato secondo il suo attuale valore. Il divieto del patto commissorio si estenderebbe, quindi, a “qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto – vietato dall’ordinamento – dell’illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito”³²³, quindi, “anche nell’ipotesi di patto commissorio occulto avente ad oggetto immobili di proprietà di terzi, i quali assumono la figura di venditori a garanzia del debito altrui”³²⁴.

³²¹ Secondo Cass. civ. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 3-4, I, p. 567, “non è possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità”; inoltre, già Cass. civ. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *I Contratti*, 2012, 12, p. 1083 con nota di G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazione in garanzia e autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, chiarisce che “l’art. 2744 c.c. reca un divieto di risultato che prescinde dal singolo mezzo impiegato nella prassi negoziale e colpisce con la nullità ogni alienazione in funzione di garanzia di un debito preesistente”.

³²² Per tutti, si rimanda a C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 275.

³²³ Tra le molte, Cass. civ. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 39 e in *I Contratti*, 2009, p. 803, con nota M. GALATI, *Divieto del patto commissorio e contratto di anticresi*; Cass. civ. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1449, con nota G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto del patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano* e in *Giur. it.*, 2012, I, 5, p. 68, con nota M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia ovvero la fattispecie e i suoi confini*; e, più recentemente, Cass. civ. 21 maggio 2013, n. 12462, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 10, I, p. 1991, che ha sanzionato con la nullità per divieto del patto commissorio il contratto preliminare di compravendita stipulato “con l’intento primario di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell’adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente venditore con altro negozio, in maniera da stabilire un collegamento fra i due negozi, mediante predisposizione di un meccanismo (quale la previsione di una condizione) diretto a far sì che l’effetto irrevocabile del trasferimento si realizzi solo a seguito dell’inadempimento del debitore, promittente alienante, rimanendo altrimenti il bene nella titolarità di quest’ultimo, atteso che in tal modo il preliminare viene impiegato non per finalità di scambio, ma in funzione di garanzia, per conseguire l’illecita coartazione del debitore rispetto alla volontà del creditore promissario acquirente, costituendo, allora, il mezzo per raggiungere il risultato vietato dalla legge”.

³²⁴ Cass. civ. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, p. 329.

In questi casi, il patto commissorio, è definito *autonomo*, operando il divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ. anche al di fuori dei casi di ipoteca e di pegno³²⁵, nei quali il patto, pur non essendo collegato ad una garanzia tipica sul bene oggetto di alienazione è colpito da nullità quando le parti intendano realizzare il fine concreto vietato dalla legge.

Secondo autorevole dottrina, condivisa anche dalla giurisprudenza³²⁶, il fatto che sul bene sia stato costituito un pegno o iscritta un'ipoteca non è condizione necessaria a determinare l'attribuzione del bene al creditore in via definitiva; infatti, "per effetto del patto commissorio, in caso di inadempimento del debitore, il creditore fa proprio il bene a prescindere dalla costituzione di una garanzia reale tipica o atipica"³²⁷.

A tal proposito è stato osservato, da un punto di vista tecnico, che "il trasferimento della proprietà previsto dalla clausola (vietata) *non costituisce una forma di realizzazione dei vincoli tipici di garanzia*, stante l'impossibilità di ravvisarvi l'esercizio dei fondamentali diritti connessi alle garanzie tipiche ovvero il diritto di prelazione e quello di seguito"³²⁸. In tali termini, quindi, il patto commissorio *autonomo* deve essere costituito quale negozio diretto a garantire il soddisfacimento secondario del credito rimasto inadempito e, sotto questo profilo, autonomo, in quanto diretto ad operare in alternativa alla garanzia tipica.

Atteso dunque che il divieto posto dall'art. 2744 cod. civ. va interpretato non tanto secondo un criterio formalistico e strettamente letterale, quanto secondo un criterio ermeneutico e funzionale, finalizzato ad assicurare una più efficace tutela del debitore e della *par condicio creditorum*, in tal modo contrastando l'attuazione di strumenti di garanzia diversi da quelli legali, il patto commissorio è ravvisabile anche rispetto a più negozi tra loro collegati. Ciò è vero quando il meccanismo negoziale per mezzo del quale deve compiersi il trasferimento di un bene del creditore "sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, a prescindere dalla natura meramente obbligatoria, o traslativa, o reale del contratto, ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi, nonché dagli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione e, persino, dall'identità dei soggetti che abbiano stipulato i negozi collegati, complessi o misti, sempre che tra

³²⁵ A conferma della sostanziale atipicità del negozio con cui il divieto del patto commissorio può essere eluso, è stato evidenziato che "l'affermazione del carattere generale del divieto è stata anche di recente ripetuta affermandosi che il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. si estende a qualunque negozio attraverso il quale le parti intendono realizzare il fine vietato dal legislatore ed opera, quindi, anche nell'ipotesi di patto commissorio occulto avente ad oggetto immobili di proprietà di terzi, i quali assumono la figura di venditori a garanzia del debito altrui (Cass. civ. 5 marzo 2010, n. 5426)", in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, Libro VI, Della tutela dei diritti (artt. 2740-2906), Milano, Giuffrè, 2012, p. 27.

³²⁶ Tra le molte, Cass. civ. 11 gennaio 1988, n. 46, in *Foro it.*, 1988, I, c. 387, dove si legge che "il divieto (...), senza dubbio colpisce anche e specialmente il patto commissorio c.d. autonomo (...). Non si sottrae, dunque, alla sanzione della nullità neppure il patto commissorio che sia immanente allo schema negoziale della vendita a scopo di garanzia, posto che con esso si realizza un risultato equivalente a quello che è proprio della costituzione di un diritto tipico di garanzia con patto commissorio, adempiendosi, cioè, in entrambi i casi alla medesima funzione economico-giuridica (...)".

³²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 279.

³²⁸ P. CENDON, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Garanzie, cit.*, p. 288.

le diverse pattuizioni sia ravvisabile un rapporto di interdipendenza e le stesse risultino funzionalmente preordinate allo scopo finale di garanzia”³²⁹.

5.2. Il patto commissorio ad effetto traslativo immediato.

Non senza difficoltà e contrasti interpretativi, la dottrina³³⁰ e la giurisprudenza³³¹ hanno individuato l’ambito di operatività del disposto di cui all’art. 2744 cod. civ. con riferimento a quelle ipotesi in cui le parti ricorrono a trasferimenti sia sospensivamente condizionati all’inadempimento, sia – più frequentemente – a contratti ad effetto immediato, sottoposti alla condizione risolutiva dell’inadempimento.

Nessuno dubbio in merito agli atti traslativi sottoposti a condizione sospensiva, i quali intervengono quando le parti pattuiscono che l’alienazione del bene non si realizzi immediatamente, per effetto dell’accordo, ma solo in un momento successivo coincidente con l’inadempimento dell’obbligazione garantita. In ossequio alla lettura formalistica del disposto normativo che definisce il patto commissorio quale accordo mediante il quale si conviene che il bene dato in garanzia passi al creditore in caso di mancato pagamento del debito alla scadenza, la giurisprudenza³³² ha pacificamente predicato che integri un patto commissorio vietato la vendita sottoposta alla condizione sospensiva del mancato pagamento del debito, al quale (inadempimento) è subordinato il trasferimento della proprietà del bene o il diritto del creditore di farlo proprio.

Maggiori problemi ha sollevato, invece, l’interpretazione della vendita immediatamente traslativa, nella quale il bene oggetto della garanzia passi subito in proprietà al creditore che è tenuto, però, a restituirlo a seguito dell’adempimento della prestazione obbligatoria garantita.

Inizialmente, si opinava per la liceità di tali negozi³³³; si distingueva, pertanto, tra alienazioni in garanzia sospensivamente condizionate nulle ed alienazioni

³²⁹ C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, cit., p. 29.

³³⁰ Vedi, *supra*, nota 264.

³³¹ Vedi, *supra*, nota 265.

³³² Cass. civ. 1° febbraio 1974, n. 282, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1028, dove si legge che “la legge vieta di realizzare il risultato economico e la funzione giuridica dell’ipoteca (o del pegno) con patto commissorio. Questo risultato e questa funzione consistono nel trasferimento definitivo al creditore della proprietà di un bene determinato, trasferimento che si verifica in correlazione al mancato adempimento dell’obbligazione; e non vi è dubbio che questi elementi caratteristici ricorrano pienamente nella vendita sottoposta alla condizione sospensiva del mancato pagamento del debitore”.

³³³ Si rileva che la giurisprudenza, sia di merito (Trib. Napoli, 2 maggio 1945, in *GI*, 1946, 331) che di legittimità (Cass. civ. 30 marzo 1967, n. 689, in *GI*, 1968, I, 1, 52), ha ritenuto che “il divieto del patto commissorio, in quanto contrario al principio generale della libertà di contrattazione e disposizione delle parti, deve considerarsi di portata eccezionale e come tale circoscritto ai soli casi particolari in cui è dalla legge espressamente sancito. Pertanto (...), la vendita a scopo di garanzia è un negozio pienamente lecito, col quale si attua in modo effettivo e pieno il trapasso della proprietà a favore del creditore (compratore)”.

Quanto, poi, ai problemi relativi alla tutela del debitore e della *par condicio creditorum*, viene confermata la validità della tesi in esame in considerazione del fatto che nessuna pressione viene esercitata sul debitore in fase di adempimento, cosicché il trasferimento del bene è frutto del consenso legittimamente manifestato dalle parti. Si considera, inoltre, che, ove una coazione fosse esercitata al momento della conclusione del contratto, il debitore sarebbe stato sufficientemente tutelato, potendo fare ricorso all’azione di rescissione ex art. 1447 del codice civile.

risolutivamente condizionate lecite. La predetta distinzione ha suscitato perplessità in merito alla sua ragionevolezza, obiettando la dottrina³³⁴ che nelle vendite immediatamente traslative il trasferimento della proprietà ha carattere soltanto provvisorio ed è destinato a consolidarsi a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione, quindi, per effetto del patto commissorio; tale tesi, contraria a diversificare la disciplina di siffatte vendite, mette in luce la sussistenza delle ragioni che giustificano il divieto anche dell'alienazione immediatamente traslativa. Concordemente a quanto accade nell'ipotesi di vendita sospensivamente condizionata, infatti, anche il trasferimento risolutivamente condizionato attribuisce al creditore la proprietà di un bene a soddisfacimento del credito per il caso in cui questo non sia pagato alla scadenza. Inoltre, ricorrono anche gli estremi che identificano la dannosità sociale del patto, così che "l'immediatezza del trasferimento non fa [faccia] venir meno la pericolosità e l'insidiosità del patto per il debitore"³³⁵.

Tali argomentazioni dottrinali hanno finito per persuadere la giurisprudenza di legittimità: il riconoscimento dell'illiceità del patto commissorio a prescindere dal momento del trasferimento del bene, è stato sostenuto dalla Corte di cassazione che, con sentenza n. 3800 del 1983³³⁶, ha evidenziato la *ratio* sottesa alla nullità del patto commissorio. La Suprema Corte ha osservato che, a prescindere dall'immediatezza o meno del trasferimento, ricorrono anche in tale caso gli elementi rivelatori della fattispecie colpita da nullità e le ragioni alla base del divieto legislativo: tali circostanze sono, in primo luogo, l'esigenza di difesa del debitore nei confronti dell'illecita coercizione da parte del creditore, in secondo luogo, la finalità di garantire la *par condicio creditorum*, anche di quei creditori rimasti estranei al patto commissorio e, in ultimo, l'esigenza di evitare che siano attribuiti al creditore beni di valore sensibilmente più elevato dell'importo del mutuo e degli accessori.

Negli anni successivi, numerose sentenze³³⁷ si sono adeguate a tale indirizzo, con motivazioni che si ispirano alle argomentazioni sostenute dai giudici di legittimità nella decisione del giugno del 1983, sopra menzionata.

Tuttavia, contraria a tale indirizzo era una pronuncia della Suprema Corte³³⁸ nella quale veniva, invece, ribadita la tesi tradizionale della liceità dell'alienazione ad effetti traslativi immediati sul duplice rilievo che il testo dell'art. 2744 cod. civ. non permette un'interpretazione tale da superare il senso letterale del disposto normativo e che il

³³⁴ U. CARNEVALI, v. *Patto commissorio*, cit., p. 503, dove si legge che "il momento in cui avviene il trasferimento della proprietà del bene-garanzia non può fungere, di per sé, da convincente criterio per distinguere il patto commissorio da una valida alienazione in garanzia".

³³⁵ H.F. GAUL, in *Archiv. civ. Praxis*, 1968, p. 380.

³³⁶ Cass. civ. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97, con nota di V. ROPPO, *Patto di riscatto-patto commissorio*, dove si legge che "ciò che conta è che il trasferimento sia disposto (avvenga o si consolidi) per il caso di inadempimento e, dunque, assolva una funzione di garanzia".

³³⁷ Cass. civ. 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Foro it.*, 1984, I, c. 426., in *Riv. not.*, 1984, p. 403, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1698; Cass. civ. 3 novembre 1984, n. 5569, in *Riv. it. leasing* 1985, p. 469, nonché, di qualche anno successive, Cass. civ. 11 gennaio 1988, n. 46, cit. e Cass. civ. 18 maggio 1988, n. 3462, in *Vita not.*, 1988, p. 743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 3.

³³⁸ Cass. civ. 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545.

patto di riscatto, data la sua attuale struttura giuridica, non incide sull'effetto reale del contratto di vendita.

Il contrasto giurisprudenziale è stato composto dalla sentenza della Corte di cassazione resa a Sezioni Unite nell'aprile del 1989³³⁹, la quale, muovendo dalla premessa concettuale per cui l'art. 2744 cod. civ. è una norma che sancisce un divieto di risultato, ne trae l'illazione che occorra colpire tutte quelle fattispecie negoziali che, al di là dello schema utilizzato, si pongano come mezzo per eludere il divieto in esame.

La vicenda portata all'attenzione dei giudici aveva ad oggetto la controversa questione relativa alla validità della vendita fiduciaria a scopo di garanzia con patto di riscatto o di retrovendita, da tempo oggetto di disputa in dottrina e giurisprudenza³⁴⁰, essendosi posto il problema della sua assimilabilità al patto commissorio.

Sul presupposto che il divieto *ex art. 2744 cod. civ.* è diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, la decisione in commento ha sottolineato come anche nella vendita in garanzia con patto di riscatto si verta in una situazione in cui la parte economicamente più debole può essere indotta ad accettare un prezzo ben inferiore al giusto, pur di ottenere la somma voluta, salvo poi trovarsi nell'impossibilità di riscattare il bene. Ciò è vero in quanto, la vendita con patto di riscatto, come tale soggetta a condizione risolutiva, tende al risultato finale di attribuire la proprietà al creditore nell'ipotesi di mancata restituzione della somma mutuata; infatti, in tali circostanze, sulla base di una corretta qualificazione della fattispecie, il denaro non costituisce il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integra una prestazione in favore del compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, nonostante le apparenze, in quanto suscettibile di evolversi, a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta. Pertanto, si realizzerebbe comunque un onere per il debitore, "identico a quello che la legge vuol evitare, allorché detta il divieto del patto commissorio, con la conseguenza che le due situazioni impongono allo stesso modo l'intervento della tutela legislativa in favore del debitore privato della libertà di contrattare"³⁴¹.

6. Gli effetti della nullità del patto commissorio.

Nel disporre espressamente la nullità del patto commissorio, il legislatore ha ritenuto che la posizione privilegiata e rafforzata del singolo creditore, nei confronti sia del debitore sia degli altri creditori concorrenti, in merito all'agevolata realizzazione del credito, fosse contraria a principi portanti dell'ordinamento giuridico sui quali è

³³⁹ Cass. sez. un. civ. 3 aprile 1989, n. 1611, *cit.*

³⁴⁰ V. ROPPO, *Patto di riscatto-patto commissorio*, *cit.*, nota che, da un lato, non vi è traccia di controdiichiarazioni che diano corpo all'accordo simulatorio, dall'altro, vi è un "unico e reale negozio (...) illecito e nullo *ex se* ai sensi dell'art. 1343, non dell'art. 1344 cod. civ.". Condiviso da C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in nota a Cass. civ. 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 116.

³⁴¹ Cass. sez. un. civ. 3 aprile 1989, n. 1611, *cit.*

fondato il sistema dei rapporti obbligatori e che costituiscono condizioni necessarie di tutela dell'iniziativa economica.

Quanto agli effetti della nullità del patto commissorio sul negozio di garanzia, parte della dottrina, riferendosi al primo comma dell'art. 1419 cod. civ., ritiene che si determini la nullità dell'intero contratto qualora risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la clausola vietata. In tale caso, occorrerebbe dunque verificare se le parti non avrebbero costituito il pegno o l'ipoteca in assenza del patto commissorio: è stato osservato³⁴² che la volontà sulla quale indagare è prevalentemente quella del creditore, essendo ipotizzabile che questi non avrebbe accettato la garanzia senza il rafforzamento della stessa con il patto commissorio.

In senso opposto opina la giurisprudenza³⁴³ secondo cui la nullità colpirebbe soltanto il patto capestro lasciando inalterata la garanzia reale cui accede. Per dare conforto a tale indirizzo interpretativo, il formante giurisprudenziale ritiene ultroneo fare riferimento al secondo comma dell'art. 1419 cod. civ., in quanto è lo stesso art. 2744 cod. civ. a stabilire la nullità del solo patto commissorio e non anche del contratto cui accede; mentre, vi è chi³⁴⁴ fa leva su tale comma al fine di avvalorare la tesi dell'assenza di un collegamento negoziale tra il patto commissorio e la costituzione di garanzia, rivendicando l'autonomia dei contratti reali di garanzia rispetto al patto vietato dall'art. 2744 del codice civile. Diverso fondamento, poi, ha trovato l'orientamento di autorevole dottrina³⁴⁵ che ravvisa nella nullità del patto commissorio una caducazione della garanzia, riconducendo la fattispecie nell'alveo della disposizione di cui all'art. 2743 cod. civ.: non pare vi siano ragioni per escludere il creditore dal medesimo beneficio (consistente nel diritto alla ricostruzione dell'oggetto della garanzia o, in alternativa, nel diritto di pretendere l'adempimento immediato), qualora la garanzia sia venuta completamente meno (benché in senso giuridico e non fisico) in quanto travolta dalla nullità del patto commissorio apposto ad essa.

Più complessa risulta la soluzione del quesito relativo all'ambito di estensione della nullità comminata per il patto commissorio con riferimento a quello c.d. *autonomo*. Sembra doversi abbracciare la tesi sostenuta da autorevole dottrina a tenore della quale il collegamento che si instaura tra il titolo dell'obbligazione e la garanzia commissoria è di carattere unilaterale, di talché solo la nullità del contratto principale si riverbera sul patto commissorio accessorio, ma non viceversa.

³⁴² P. CENDON (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 59.

³⁴³ Cass. civ. 25 maggio 2000, n. 6864, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1108, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3156, in cui si legge che "in tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato *a latere* dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, *ex art. 2744 c.c.*), e non anche detta obbligazione restitutoria che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato".

³⁴⁴ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, in *Codice civile, Commentario P. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 268, ritiene che "(...) né il contratto costitutivo della garanzia specifica costituisce presupposto del patto, né questo costituisce presupposto di quello. La presenza del pegno o dell'ipoteca è infatti irrilevante rispetto alla tutela dell'interesse specifico sottostante il patto commissorio".

³⁴⁵ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, *cit.*, p. 573.

7. Le altre alienazioni a scopo di garanzia.

Come la *fiducia cum creditore* non trovava la sua collocazione naturale nell'ambito delle garanzie reali *stricto sensu*, là dove l'inerenza reale si manifestava nel trasferimento condizionato di un bene³⁴⁶, anche l'esperienza giuridica moderna vede all'interno del più ampio *genus* delle garanzie reali "atipiche" la categoria delle alienazioni a scopo di garanzia, che altro non sono se non "schemi contrattuali accomunati dal fatto di essere per lo più strumenti tipici, piegati dalle parti alla realizzazione di fini di garanzia del credito"; in altri termini, con tale espressione si indica quel "contratto mediante il quale il debitore o un terzo trasferiscono al creditore la proprietà di una cosa o di un altro diritto a garanzia di un suo credito"³⁴⁷.

L'ammissibilità e la liceità degli atti traslativi effettuati a scopo di garanzia è stata per lunghi anni oggetto di studio da parte degli interpreti, stante l'esigenza, sempre più avvertita nella pratica, di individuare nuovi strumenti di garanzia, alternativi rispetto a quelli tradizionali³⁴⁸.

L'acquisto della proprietà del bene costituisce la garanzia del creditore acquirente: il bene oggetto del trasferimento è, infatti, sottratto all'azione esecutiva degli altri creditori e rimane assoggettato al soddisfacimento esclusivo del suo credito, essendo assicurato l'acquisto definitivo del bene nel caso in cui l'obbligazione rimanga inadempita.

Le alienazioni in garanzia hanno normalmente carattere fiduciario³⁴⁹ stante l'attribuzione del bene in piena proprietà al creditore, ma tale nozione si presta a ricomprendere anche le alienazioni in cui l'effetto traslativo è sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore; in ogni caso, presupposto imprescindibile perché il trasferimento possa dirsi effettuato a scopo di garanzia, è dato dalla sussistenza di un distinto rapporto obbligatorio (preesistente o concomitante) il cui adempimento viene ad essere garantito.

In questo quadro, il rischio di elusione del divieto del patto commissorio può sorgere nel momento in cui, verificatosi l'inadempimento, si perviene al soddisfacimento del credito da parte del creditore, con modalità rimesse alla determinazione delle parti. In mancanza di una loro previsione deve ritenersi che il creditore possa soddisfare il credito mediante la vendita del bene oppure avvalendosi della posizione proprietaria conferitagli e, quindi, trattenendo in via definitiva il bene stesso. Ora, se il creditore trattiene il bene, deve conteggiarlo secondo il suo attuale valore, accertato mediante criteri oggettivi, e restituire al debitore l'eccedenza in quanto, diversamente, il patto

³⁴⁶ Sul punto, si veda, cap. II, par. 2.1.

³⁴⁷ Tale definizione è utilizzata da C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 257. Vedi già, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia, cit.*, e M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia in Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004.

³⁴⁸ A tale proposito, C. BOTTA, *Vendita, Accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio, cit.*, p. 77, afferma che "la soluzione dei problemi connessi all'ammissibilità dei trasferimenti in garanzia è legata all'individuazione dell'ambito di operatività del divieto del patto commissorio".

³⁴⁹ Rileva C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 259, che "le alienazioni in garanzia hanno la matrice originaria nella fiducia romanistica, la fiducia *cum creditore*, caratterizzata dal trasferimento della proprietà di una *res mancipi* al creditore, con l'obbligo di quest'ultimo di restituirla al debitore in caso di adempimento dell'obbligazione".

che attribuisse al creditore il diritto di fare definitivamente propria la cosa in caso di inadempimento del debitore senza calcolarne il valore, integrerebbe lo schema del patto commissorio vietato. In questo senso, quindi, l'alienazione a scopo di garanzia si manifesta nelle forme del patto commissorio, espressamente negato nel nostro ordinamento, ogniqualvolta il negozio abbia come risultato l'assoggettamento di un bene al soddisfacimento del credito per il caso di inadempimento dell'obbligazione senza che del bene si proceda a giusta stima.

Pertanto, se da un lato non sempre l'alienazione in funzione di garanzia integra un patto commissorio, dall'altro, ogni patto commissorio sottende un'alienazione in funzione di garanzia³⁵⁰.

7.1. La cessione del credito a scopo di garanzia.

Fattispecie utilizzata più frequentemente nell'ambito dell'attività bancaria, la cessione del credito può assumere le vesti di un'alienazione a scopo di garanzia quando il cedente mira a garantire il pagamento di un proprio debito attraverso la cessione ad un suo creditore di un credito da lui (cedente) vantato nei confronti di un terzo. Secondo la costante giurisprudenza³⁵¹, “la cessione del credito, avendo causa variabile³⁵², ben può avere funzione esclusiva di garanzia, e in tal senso comporta il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto del cessionario, nel senso che il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo”³⁵³. Se si fronteggiano le opinioni³⁵⁴ circa la qualificazione

³⁵⁰ Chiarisce G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Padova, Cedam, 2009, p. 1250, che “la vendita a scopo di garanzia è valida, perché il trasferimento è anteriore al momento in cui si verifica l'inadempimento del debitore. Ma la distinzione tra le due figure (*rectius* patto commissorio e vendita a scopo di garanzia) è una questione di interpretazione dello scopo perseguito dai contraenti”. Nello stesso senso, benché con particolare riferimento al contratto di *sale and lease back*, A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 314, sostiene che l'interpretazione giochi un ruolo fondamentale ai fini della qualificazione in termini di validità del contratto di *leasing* di ritorno, affermando che “se la volontà delle parti è nel senso di fermare l'esubero nel patrimonio del creditore garantito, l'ingresso della regola (*rectius*, nullità-sanzione) non è immediato (...), ma, ove risulti che la pervicace ostinazione delle parti ha in concreto stretto una garanzia dominicale – e non di semplice prelazione – allo scopo specifico e proprio di assicurare al creditore anche l'esubero, viene allora ad emergere la ragione idonea, secondo gli usuali principi del nostro sistema (art. 1419, I co., c.c.), per caducare l'intera garanzia”.

³⁵¹ Cass. civ. 3 luglio 1980, n. 4213, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 7, stabilisce che “la cessione di un credito in denaro può intervenire in concreto per una causa di garanzia, senza che sia pregiudicata la validità dell'atto”.

³⁵² L'attuale normativa risulta svincolata dal riferimento ad un determinato tipo causale; la funzione proprio della cessione del credito è generica: infatti, tale istituto è disciplinato dal codice civile nella parte dedicata all'obbligazione in generale, diversamente dal codice del 1865 che, sul modello del *code Napoléon*, la regolava nel contratto di vendita, come forma particolare di questa.

³⁵³ Cass. civ. 2 aprile 2001, n. 4796, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 668; in *I Contratti*, 2002, p. 348 e in *Foro it.* 2002, I, c. 1758.

³⁵⁴ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, cit.*, p. 108, ritiene che essa non sia un contratto a sé stante, ma l'oggetto di un contratto traslativo di diritti; dello stesso avviso è V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2013, p. 312, che afferma che la cessione del credito non è, in generale, un tipo di atto, ma un possibile elemento di tanti diversi tipi di atti; così come F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 619, spiega che non può dirsi che la cessione costituisca un autonomo tipo negoziale.

giuridica della cessione del credito, non dubitano la dottrina dominante³⁵⁵ e la giurisprudenza in merito all'effetto immediatamente traslativo che la figura *de qua* determina, imprimendo all'operazione natura di negozio sottoposto a condizione risolutiva, che individua l'evento risolutivamente condizionante nell'estinzione, da parte del cedente, dell'obbligazione garantita: l'effetto traslativo viene meno quando sia adempiuta la prestazione a carico del debitore, cosicché il cedente diventa nuovamente titolare del credito ceduto, nella stessa quantità; si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva e, quindi, senza che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine.

La temporaneità del trasferimento del diritto caratterizza anche tale alienazione a scopo di garanzia³⁵⁶, presentandosi come potenzialmente illecita quando alla definitività dell'effetto traslativo si accompagna la realizzazione di un interesse creditorio in termini di sproporzione tra il valore del debito garantito e diritto conseguito.

Se è vero che il credito è destinato a rimanere nella sfera giuridica del cessionario solo fino al momento in cui non si sarà estinta, per adempimento o per altra causa, l'obbligazione garantita³⁵⁷, allora tale operazione giuridica si presta ad eludere il divieto del patto commissorio; rischio scongiurato se si inserisce la previsione secondo la quale il cessionario possa soddisfarsi unicamente fino alla concorrenza del credito vantato, con l'obbligo di restituire l'eccedenza.

Di contro, C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 570, qualifica la cessione in termini di *contratto* che si perfeziona con il consenso del cedente (l'originario creditore) e del cessionario (il nuovo creditore). Ancora, P.M. VECCHI, *Diritto civile, Il rapporto obbligatorio*, vol. III, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Giuffrè, 2009, p. 335, definisce la cessione come la *convenzione* con cui il creditore trasferisce il proprio diritto di credito verso il debitore ceduto ad altri, il cessionario, precisando poi che "con lo stesso termine cessione del credito si usa anche indicare la vicenda traslativa del credito, quale effetto del negozio di cessione ma anche di altre fattispecie idonee a darvi luogo".

La giurisprudenza, invece, sembra costantemente orientata a qualificare la cessione del credito come un contratto: tra le molte, Cass. civ. 17 marzo 1995, n. 3099, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 627, "la natura consensuale del *contratto* di cessione del credito importa che esso si perfezioni per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ma non importa, altresì, che al perfezionamento del contratto consegua sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario, così, nel caso in cui oggetto del contratto di cessione sia un credito futuro, il trasferimento del credito dal cedente al cessionario si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza, prima di allora il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria".

³⁵⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione, cit.*, p. 579 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, p. 782; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, cit.*, p. 109, afferma che "in quanto *trasferimento di un diritto*, nel senso dell'art. 1376, la cessione del credito è retta dal principio consensualistico, posto da questa norma: il diritto si acquista, ossia il credito passa dal patrimonio del cedente a quello del cessionario, *per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*".

³⁵⁶ La cessione del credito a scopo di garanzia differisce dalle garanzie personali e reali perché determina il trasferimento, in capo al cessionario, della titolarità del credito ceduto in garanzia; pertanto, non realizza solo una via alternativa di soddisfacimento del credito inadempito, ma costituisce il mezzo immediato per la soddisfazione del credito.

³⁵⁷ A tal proposito, T. MANCINI, *La cessione dei crediti*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1999, p. 465, qualifica il trasferimento del credito come "intrinsecamente limitato".

L'interpretazione estensiva del divieto *ex art. 2744 cod. civ.*, come non ha impedito alla dottrina e giurisprudenza prevalenti di predicare la validità del patto marciano – come si vedrà meglio, nel prosieguo – così non ha ostacolato il giudizio di liceità della cessione di credito a scopo di garanzia “poiché in tali ipotesi il creditore, incassando il credito cedutogli, può trattenere la somma riscossa fino al valore corrispondente del credito garantito e restituire al debitore l'eventuale eccedenza”³⁵⁸.

7.2. La vendita con patto di riscatto.

In ossequio all'art. 1500 cod. civ., il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalla legge; tuttavia, il patto è nullo, per eccedenza, qualora preveda la restituzione di un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita (secondo comma).

È opinione condivisa che “lo schema della vendita con patto di riscatto è comunemente il più utilizzato per realizzare lo scopo di garanzia in favore del creditore in presenza di un mutuo”³⁵⁹. Ciò avviene quando, contestualmente alla conclusione del contratto di mutuo, il mutuatario venda al mutuante un proprio bene con patto di riscatto, così che, alla scadenza del termine fissato per la restituzione del prestito – che coincide con quello concordato per il riscatto – questi riacquisterà il bene estinguendo il mutuo con il pagamento del prezzo, ovvero, perderà la proprietà. In tali circostanze le parti, adottando uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, pongono in essere una causa illecita che inevitabilmente qualifica il negozio quale contratto in frode alla legge, cadendo sotto la sanzione dell'art. 1344 del codice civile.

La mera apposizione del patto, tuttavia, non è idonea di per sé a modificare la funzione di scambio propria della vendita³⁶⁰, avendo la giurisprudenza confermato l'attitudine dell'operazione negoziale ad eludere il divieto del patto commissorio solo in presenza di determinanti requisiti atti a trasformare la funzione creditizia in causa di garanzia. Gli indici rivelatori dell'intento primario delle parti di stabilire un *nesso teleologico e strumentale* tra la vendita e il mutuo sono, innanzitutto, l'irrevocabilità del trasferimento soltanto all'atto dell'inadempimento³⁶¹; per cui la temporaneità del

³⁵⁸ In questi termini, da ultimo, A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano, e nuovi strumenti di autotutela esecutiva, cit.*, p. 10 s.

³⁵⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 1109. Nello stesso senso, V. ROPPO, *Il contratto*, in Iudica G. e Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 409; F. GALGANO, *Diritto privato*, XV Ed., Padova, Cedam, 2010, p. 271, afferma che per aggirare il divieto del pegno o dell'ipoteca con patto commissorio si fa talvolta ricorso alla vendita a scopo di garanzia, nella forma della vendita con patto di riscatto (art. 1500 c.c.) o in quella della vendita con patto di retrovendita (“non previsto dalla legge: qui il compratore si obbliga nei confronti del venditore a rivendergli la cosa acquistata con un nuovo contratto di vendita”, p. 540).

³⁶⁰ L. RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto, patto commissorio, patto marciano, cit.*, p. 133 s., l'ordinamento assegna alla vendita con patto di riscatto una tipica funzione creditizia.

³⁶¹ Cass. civ. 18 maggio 1988, n. 3462, *cit.* e Cass. civ. 16 aprile 1987, n. 3784, in *Giur. it.* 1988, I,1,1231, (ribadite dalle Sezioni Unite n. 1611 del 1989), dove si legge che “è nulla *ex art. 2744 c.c.* la vendita sottoposta a condizione risolutiva (...) senza che si possa rilevare, in contrario, l'effettivo immediato trasferimento della proprietà al mutuante-compratore, ove risulti l'intento primario delle

diritto di proprietà del bene in capo all'acquirente è elemento che consente alle parti di piegare la fattispecie a funzioni diverse dalla *causa venditionis*³⁶². Inoltre, l'accordo fraudatorio può mostrarsi nella definizione del prezzo che molto spesso o non risulta versato³⁶³ o non risponde al reale valore della cosa, ma è equivalente alla somma mutuata; ancora, lo stato di bisogno del debitore.

La Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sulla questione del rapporto tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio nel gennaio 2016³⁶⁴ e, da ultimo, nel febbraio 2018³⁶⁵.

Pur riabadendo il principio già reso a Sezioni Unite nel 1989³⁶⁶, con la prima decisione i giudici di legittimità hanno preso posizione mostrando una certa apertura verso lo schema della vendita con patto di riscatto, a vantaggio dell'affievolimento della portata del divieto del patto commissorio. Nel valutare se, da un punto di vista sostanziale, la fattispecie in esame ricalchi l'ipotesi di cui all'art. 1500 cod. civ. ovvero presenti un contratto in frode alla legge per contrasto con l'art. 2744 cod. civ., la Corte di legittimità ha ritenuto corretta l'esclusione del patto commissorio applicata dalla Corte d'appello, poiché l'operazione non era finalizzata ad uno scopo di garanzia; in particolare: *a)* acclarata la proporzionalità tra il valore del bene acquistato e il prezzo, non ritengono elusivo del divieto *de quo* il negozio pattuito per soddisfare un precedente credito rimasto insoluto³⁶⁷; *b)* ritengono lecita la stipulazione che non sia caratterizzata da un'indebita coercizione della volontà del debitore; *c)* ancora, dirimente ai fini dell'esclusione della violazione del divieto è la mancata prova del mutuo sottostante alla stipulazione³⁶⁸; *d)* non assume le vesti di un patto commissorio vietato, poi, la convenzione che prescriva che la titolarità del bene passi all'acquirente

parti di costituire, con il bene oggetto della vendita, una garanzia reale in funzione del mutuo e in relazione all'irrevocabilità del trasferimento soltanto all'atto dell'inadempimento del mutuatario-venditore, *si da stabilire un nesso teleologico e strumentale tra i due negozi posti in essere, rispettivamente di vendita e di mutuo*". Si veda anche Cass. civ. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giur. it.*, 2013, p. 2023.

³⁶² Si comprende A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 244, che collega l'illiceità del patto commissorio vietato al fatto che "esso programma un'attribuzione soddisfacente del bene in favore del creditore che, per quanto vincolante e automatica rispetto al debitore, è peraltro futura e soprattutto eventuale, potendo essere evitata dal debitore medesimo col tempestivo adempimento dell'obbligazione garantita".

³⁶³ Cass. civ. 19 novembre 2015, n. 23670, in *D&G*, 41, 2015, p. 84, con nota S. CALVETTI, *Vendita con scopo di garanzia? Il contratto è nullo per "causa illecita"*.

³⁶⁴ Cass. civ. 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Diritto & Giustizia*, 5, 2016, p. 31; in *Guida al Diritto* 2016, 9, p. 47.

³⁶⁵ Cass. civ. 26 febbraio 2018, n. 4514, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

³⁶⁶ Cass. sez. un. civ. 3 aprile 1989, n. 1611, cit., "la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata tra il debitore ed il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempimento del debitore, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura mezzo per eludere tale norma imperativa e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c.".

³⁶⁷ Così ribadendo il principio posta da Cass. civ. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, p. 1528.

³⁶⁸ Come deciso da Cass. civ. 15 marzo 2005, n. 5635, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

con l'obbligo di ritrasferimento al venditore in caso di esatto adempimento di quest'ultimo. Come è stato osservato, l'obiettivo individuato dalla Suprema Corte è quello di lasciare "ampi margini di operatività all'esercizio dell'autonomia privata, in un settore, quale quello del credito, di fondamentale importanza per lo sviluppo del mercato immobiliare e della circolazione dei beni"³⁶⁹, restringendo la portata applicativa dell'art. 2744 cod. civ., da tempo auspicata dagli operatori del diritto.

Diversamente, la sentenza del febbraio scorso si pone in linea con le più recenti pronunce di legittimità e nega validità al contratto di vendita intervenuto tra le parti, pur implicando un trasferimento immediatamente traslativo della proprietà, constatato l'intento delle parti di costituire una garanzia con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore. La decisione presenta un interessante aggiornamento in tema di definizione delle ipotesi di illiceità del contratto di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, registrando un atteggiamento conservativo dell'interpretazione estensiva dell'art. 2744 cod. civ. La Corte di cassazione mostra ancora una volta di aderire all'orientamento giurisprudenziale che, a partire dalla decisione resa a Sezioni Unite nell'aprile del 1989, impone al giudice di valutare, in via mediata e indiretta, la sussistenza degli elementi che caratterizzano la vendita (in sintesi, il rapporto di debito-credito tra le parti contraenti, la sproporzione tra il valore della cosa e il prezzo, lo stato di bisogno del debitore, il collegamento negoziale tra inadempimento e trasferimento definitivo della proprietà della cosa, l'esistenza di un mutuo sottostante alla stipulazione), al fine di sanzionare con la nullità le operazioni negoziali che transitino, per mezzo dell'elusione del divieto del patto commissorio, nella sfera dell'illiceità, ponendo rimedio ad una ipotesi di ingiustizia contrattuale.

Ne deriva che, qualora da tali analisi emerga che la causa concreta del contratto è quella di scambio di una cosa contro il prezzo e, quindi, difetti l'intento di garantire un credito "o perché l'alienante non è un debitore dell'acquirente o perché, pur essendolo, la vendita non abbia alcuna relazione con quel debito"³⁷⁰, la fattispecie in rassegna è pienamente lecita.

7.3. Il *sale and lease back* "anomalo".

A partire dagli anni '70, si è ampiamente diffuso nel nostro ordinamento lo schema contrattuale atipico denominato *sale and lease back*, il quale ha posto, in dottrina³⁷¹ e in giurisprudenza³⁷², l'interrogativo circa la sua liceità alla luce del divieto del patto commissorio.

³⁶⁹ M. ASTONE, *La Suprema Corte ritorna sulla difficile determinazione della linea di confine tra vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Dir. civ. cont.*, 3 giugno 2016.

³⁷⁰ A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 263.

³⁷¹ Per tutti si veda, A. DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, cit., p. 307.

³⁷² Per quanto attiene la giurisprudenza, deve notarsi che i giudici, a seguito del nuovo orientamento inaugurato con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 1989 hanno rivisto le opinioni espresse in precedenza, prevalentemente orientate nel senso della validità del contratto di *sale and lease back*.

La causa³⁷³ di tale operazione negoziale risiede, come sembra, nello scopo di autofinanziamento che un'impresa intende ottenere mantenendo la disponibilità del bene strumentale ceduto alla società di *leasing*³⁷⁴. Benchè abbia tradizionalmente sollevato dubbi circa la sua liceità, vi è chi ha sostenuto che “proprio questa caratteristica gli conferisce quell'apprezzabilità sociale di essere un efficace strumento contrattuale d'impresa”³⁷⁵. La tesi dell'illiceità del *lease back* non è, infatti, condivisa da quella parte della dottrina e della giurisprudenza³⁷⁶ che individua nello scopo di autofinanziamento la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso tale operazione negoziale.

La Corte di cassazione³⁷⁷ è intervenuta per la prima volta nel 1995 escludendo che la vendita del bene alla società di *leasing* assolva ad una funzione di garanzia, quale finalità accessoria ad un preesistente o concomitante mutuo; diversamente, la stretta connessione tra le due fattispecie contrattuali realizzate risiede nel fatto che la vendita

Infatti, con l'affermazione della nullità anche delle alienazioni in garanzia immediatamente traslative sottoposte a condizione risolutiva, le posizioni della giurisprudenza sono mutate anche in relazione alla validità del *lease back*.

³⁷³ La causa, quale elemento essenziale del contratto, deve essere intesa, non più con una funzione economico-sociale, ma con *funzione economico-individuale*, come sancito dai giudici di legittimità nella decisione Cass. civ. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5, in *Il civilista*, 2008, 9, p. 71 e Cass. civ. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, dove si legge che la “causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”.

³⁷⁴ C. COSTABILE, *Il divieto di patto commissorio*, in *Imm. & prop.*, 2014, p. 706, ritiene che la causa di autofinanziamento sia un elemento di differenziazione tra il *sale and lease back* e il *leasing* ordinario. Il *leasing* di ritorno, infatti risponde ad un'esigenza diversa: l'imprenditore che ha necessità di procurarsi denaro liquido ma, al contempo, non può privarsi in via definitiva del bene, aliena quest'ultimo ottenendo la liquidità di cui necessita e, contestualmente, ne conserva la disponibilità a titolo di *leasing*; inoltre, mediante di diritto di opzione conserva la possibilità di riacquistare la proprietà del bene oggetto dell'operazione. L'intera vicenda svela, quindi, come il corrispettivo della vendita costituisca una sorta di prestito al *lessee* che necessita di liquidità, il quale restituisce il capitale e gli interessi mediante il pagamento dei canoni periodici di locazione dell'immobile. In particolare, A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 27.4, p. 490, precisa che “la particolarità di questo tipo di *leasing* consiste in ciò, che in esso fa difetto la c.d. trilateralità, in quanto il soggetto che vende (il bene) alla società di *leasing* non è un terzo fornitore ma lo stesso soggetto che ne diventa utilizzatore in forza del contratto di *leasing* che viene stipulato contemporaneamente a quello di vendita”; dello stesso avviso P. CENDON, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Garanzie*, cit., p. 311.

³⁷⁵ R. DE MEO, *Il contratto di lease-back normale e anomalo*, in commento a Cass. civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *I Contratti*, 1996, I, 36.

³⁷⁶ V. ROPPO, *Trattato del contratto, Regolamento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 490, definendo il contratto di *sale and lease back* “un'operazione economica complessa ma al contempo un contratto che deve essere ‘unitariamente considerato’, avente una propria causa che, in tanto consente di scorgere una operazione funzionalmente lecita, in quanto siano presenti una serie di elementi tipizzanti (...)”, sostiene che, ove ricorrano i requisiti del tipo sociale, sia funzionalmente lecito.

G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1250, chiarisce che la questione circa la validità del contratto di *sale and lease back* era controversa, “ma la tendenza odierna dei giudici asseconda l'operazione, che è molto diffusa, perché consente all'imprenditore di finanziarsi senza dover ricorrere ad indebitamenti più onerosi. Contrariamente ai primi arresti della Cassazione, oggi essa ritiene che il *lease back* non sia un negozio atipico con causa illecita, ma piuttosto un contratto provvisto di una sua autonomia strutturale e funzionale, a meno che non abbia lo scopo di dotare il creditore di un finanziamento assistito da garanzia reale”.

³⁷⁷ Cass. civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, cit.

del bene è *condicio sine qua non* per la stipulazione del *leasing* di ritorno tra l'utilizzatore e il concedente, "costituendo il necessario presupposto della locazione finanziaria medesima (...)". In questo senso, la vendita non avrebbe scopo di garanzia, bensì di *leasing*. Non si può, quindi, secondo i giudici di legittimità, condivisi da parte della dottrina³⁷⁸, far conseguire all'inscindibile connessione tra la vendita del bene e la sua concessione in *leasing*, l'assimilazione della fattispecie alle alienazioni in garanzia risolutivamente condizionate. Ciò in quanto, da un lato, nel *lease back* la risoluzione del rapporto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore non influisce sulla vendita del bene, che è certa e reale; dall'altro, il venditore-utilizzatore non viene automaticamente reintegrato nella proprietà del bene per il semplice fatto di aver adempiuto il suo debito, ma ciò avviene a seguito di una scelta, pattizamente riconosciuta all'utilizzatore, in merito, appunto, al riacquisto del bene.

Tuttavia, la Suprema Corte non ha mancato di osservare che tale contratto può in concreto essere impiegato dalle parti per il perseguimento di scopi illeciti e, in particolare, in elusione del divieto del patto commissorio³⁷⁹. Il contratto di *leasing* di ritorno può prestarsi a mascherare un patto commissorio vietato³⁸⁰ quando l'intera operazione negoziale sia diretta a costituire una garanzia reale a favore del finanziatore e, quindi, la somma versata dalla società di *leasing* al momento dell'acquisto costituisca l'erogazione di un mutuo rispetto al quale il trasferimento del bene opera come strumento di soddisfacimento succedaneo del credito, per il caso di inadempimento³⁸¹. La tipicità sociale del *sale and lease back* non può impedirne la censura per violazione dell'art. 2744 cod. civ., quando il contratto in questione nasconda l'intento fraudolento delle parti di realizzare un patto commissorio; ciò è vero quando l'operazione posta in essere dalle parti presenti alcune deviazioni rispetto allo schema socialmente tipico, tali da non consentire la realizzazione del normale assetto di interessi cui è funzionalmente orientato il *leasing* di ritorno³⁸².

³⁷⁸ L. TESTINI, *Lease back e divieto del patto commissorio*, in *Not.*, 1995, p. 589, giustifica l'estraneità del *leasing* di ritorno alle ipotesi di alienazioni a scopo di garanzia, nell'assenza del carattere di "automatismo" del trasferimento della proprietà del bene.

³⁷⁹ A tal proposito V. ROPPO, *Trattato del contratto*, *cit.*, p. 490, richiamando la decisione della Cass. civ. 16 ottobre 1995, n. 10805, *cit.*, sottolinea che "anche il contratto di *lease back*, come qualunque altro contratto, possa essere impiegato per scopi illeciti e, in particolare, per violare il divieto del patto commissorio; violazione che dovrà riscontrarsi in concreto, sulla base di una valutazione della sussistenza e rilevanza di alterazioni dello schema negoziale socialmente tipico". Aggiunge, di seguito che, "in tal caso esso, senza alcuna necessità di ricorrere allo schema della frode alla legge, sarà nullo per illiceità della sua causa concreta".

³⁸⁰ G. RISPOLI, *Lease-back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 576; F. ARCARI, *Indici di anomalia del lease-back*, in *Contr.*, 2008, p. 37.

³⁸¹ L'orientamento più restrittivo (P. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 904) individuava, infatti, in tale operazione negoziale un mutuo assistito da una garanzia reale atipica, e pertanto un procedimento negoziale posto in essere in frode alla legge.

³⁸² Il riferimento è a Cass. civ. 3 febbraio 2012, n. 1675, *cit.*, che si inserisce proprio in tale contesto, con intento chiarificatore. Al proposito, infatti, con tale decisione, i giudici di legittimità hanno voluto individuare alcuni indici rivelatori del possibile utilizzo di tale operazione negoziale in ottica fraudolenta, per aggirare il divieto previsto dall'art. 2744 c.c., in presenza dei quali, quindi, il contratto di *sale and lease back* presenta delle anomalie rispetto al modello considerato lecito dall'ordinamento. Secondo la Cassazione in commento, le circostanze che possono indurre a ritenere che il contratto di *leasing* si presenti quale *anomalo* e, di conseguenza, nullo, sono le seguenti.

Se, da un lato, l'ordinamento sembra porre limiti alquanto rigorosi, tali da conferire al divieto del patto commissorio carica espansiva, dall'altro, sembra emergere in giurisprudenza una tendenza ad escludere l'applicabilità di tale divieto, in ipotesi in cui non si riscontrino alcuni elementi, determinati in modo puntuale, particolarmente indicativi di una sua possibile elusione. Si tratta, quindi, di compiere una valutazione, con riguardo alla specifica fattispecie contrattuale, circa gli elementi sintomatici del perseguimento di uno scopo di garanzia³⁸³. L'indirizzo giurisprudenziale che ha individuato nel *lease back* un contratto nullo, si è, infatti, formato sulla base di controversie riguardanti casi nei quali gli utilizzatori versavano in una manifesta situazione di illiquidità; più precisamente, erano situazioni di fatto in cui facilmente poteva riscontrarsi il loro stato di bisogno ed il conseguente approfittamento del concedente. Tali aspetti snaturano il contratto di *lease back*, il quale cessa di realizzare gli effetti suoi propri, quale contratto di impresa, piegandosi, in tal modo, al perseguimento di uno scopo di garanzia³⁸⁴.

Stante l'atipicità di tale fine, rispetto alla causa propria del contratto, la dottrina unanime ritiene che, in tali casi, il *lease back* sia *anomalo*, differenziandosi, appunto, da quello "normale", estraneo per sua natura alle alienazioni a scopo di garanzia.

Nonostante il possibile perseguimento del risultato che il legislatore ha inteso evitare sancendo il divieto del patto commissorio attraverso l'utilizzo dell'operazione negoziale di *sale and lease back*, la giurisprudenza, valorizzando il correttivo

In primo luogo, l'esistenza di una situazione di debito-credito tra la società concedente e l'impresa utilizzatrice, preesistente o contestuale, che – come analizzato sopra³⁸² – rappresenta una *conditio sine qua non* delle alienazioni a scopo di garanzia. In secondo luogo, rileva la situazione di difficoltà economica dell'impresa venditrice, in quanto essa fonda il sospetto di un ingiusto vantaggio per il creditore. Altro indice di anomalia dal quale presumere l'esistenza di un patto commissorio vietato, è l'eccessiva sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente per la vendita. Tale squilibrio delle prestazioni è indice della possibile sussistenza di un patto commissorio, in quanto potrebbe indurre a ritenere che con quell'operazione contrattuale si persegua l'interesse di una sola delle parti contraenti e non già quello di entrambi. Un ultimo elemento che potrebbe denotare un atteggiamento fraudolento delle parti, elusivo del divieto del patto commissorio, si rinviene nella vendita, all'interno dello schema negoziale del *sale and lease back*, di un bene non strumentale all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore. Tale circostanza, infatti, potrebbe denotare il difetto di interesse del *lesee* al recupero della disponibilità del bene stesso.

³⁸³ A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., p. 498, dove l'A., riportando l'opinione della dottrina prevalente, in merito alla liceità del *leasing* di ritorno, afferma che tale operazione negoziale concreta un contratto di impresa socialmente tipico diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela e, pertanto, non integra una fattispecie negoziale nulla per illiceità della causa concreta in relazione al divieto del patto commissorio. Tuttavia, qualora il *lease back* presenti anomalie rispetto al suo schema tipico, le quali stravolgano uno o più dei caratteri che lo contrassegnano, denunciando, quindi, che l'operazione tende al perseguimento di uno scopo di garanzia con caratteristiche che integrano la realizzazione del risultato proprio del patto commissorio, allora ne conseguirà la nullità sia del contratto di vendita che di quello di *leasing*.

³⁸⁴ È recente la sentenza con la quale la Suprema Corte (Cass. civ. 10 maggio 2017, n. 11449, in *Guida al Diritto*, 2017, 23, p. 39) ha ribadito il principio secondo il quale, "il contratto di *sale and lease back*, pur configurando in sé un'operazione negoziale che non può ritenersi necessariamente preordinata alla fraudolenta elusione del divieto stabilito dall'art. 2744, cod. civ., tuttavia, viola tale divieto qualora, per le circostanze del caso concreto – difficoltà economiche dell'impresa venditrice, che giustificano il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza, sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente – l'operazione riveli una finalità in contrasto con esso".

marciano, ha di recente salvato da nullità tale contratto, “ove le parti, con apposita clausola (c.d. patto marciano), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto – effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo – il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l’importo eccedente l’entità del suo credito, sì da ristabilire l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia”³⁸⁵.

³⁸⁵ Cass. civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fall.*, 2015, p. 791 s., con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*; in *Giur. it.*, 2015, I, p. 2341 s., con nota di V. VITI, *Lease back, patto commissorio e clausola marciana*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 486, con nota di F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, p. 489.

CAPITOLO IV

L'AUTOTUTELA ESECUTIVA IN INGHILTERRA E IN ITALIA

SEZIONE I – LA TUTELA DEL CREDITORE-MORTGAGEE

SOMMARIO: 1. La tutela giurisdizionale del credito: la *foreclosure*. – 1.1. Il *marshalling*: cenni. – 2. Forme di tutela privata del credito: i *powers of enforcement* del *mortgagee*. – 3. Il *power of sale*. – 3.1 Il *Cherry Tree principle*. – 3.2. Il *duty of care* a tutela del debitore. – 3.3. La *rule against self-dealing*. – 4. Il *power to take possession*. – 5. Il *power to appoint a receiver*. – 6. La *consolidation*. – 7. Le finalità della *Mortgage Credit Directive*. – 7.1. L'indirizzo europeo verso l'autotutela esecutiva: l'art 28 della *MCD*. – 7.2. Le linee-guida dell'*EBA*. – 8. La *repossession* dopo la *MCD*. – 9. Considerazioni conclusive in tema di *Brexit*.

1. La tutela giurisdizionale del credito: la *foreclosure*.

Come noto, l'ottica tipica della *common law* antepone all'analisi dei diritti (in questo caso del creditore) l'individuazione dei rimedi che il sistema gli riconosce, per giungere così a delineare la situazione di diritto sostanziale che gli appartiene.

Oltre agli strumenti rimediali (privati) che comunemente il creditore può utilizzare per dare esecuzione alla garanzia e soddisfare così il proprio diritto (tra i quali spiccano il *power to sell*, il *power to take possession*, il *power to appoint a receiver* e la *consolidation*), merita trattenere l'istituto denominato *foreclosure* che, diversamente

dai primi, prevede nella sua fisiologia l'intervento del giudice. Nella fase storica di formazione del *mortgage* era concepita, infatti, come una tutela giurisdizionale assegnata al *mortgagee*-creditore, al fine di ottenere una dichiarazione di estinzione dell'*equitable right to redemption*.

Benché si riscontri un tasso di operatività molto basso³⁸⁶, il procedimento giurisdizionale di *foreclosure*, oggi, non si limita più a prevedere l'eliminazione dell'*equity of redemption* in capo al *mortgagor*, ossia, del diritto equitativo di riscattare il bene dopo la scadenza del termine contrattuale per l'adempimento, ma impone l'emanazione di un provvedimento (*decree of foreclosure*) da parte del tribunale che attribuisca il *fee simple* al creditore³⁸⁷. In altre parole, posto che nel periodo antecedente la riforma del 1925, la costituzione del *mortgage* comportava la perdita della titolarità del bene da parte del debitore³⁸⁸, la corte, estinto semplicemente il *right to redeem*, dichiarava il creditore *owner* del diritto immobiliare non solo *at law*, ma anche in *equity*³⁸⁹. Con il procedimento di *foreclosure*, per il creditore cessava quella situazione di incertezza determinata dalla concessione in capo al *mortgagor* della possibilità di riscattare il bene anche successivamente alla scadenza del debito, con ciò ristabilendo un equilibrio tra gli interessi contrapposti delle parti del rapporto di garanzia³⁹⁰.

Oggi, la *High Court* (tribunale dove si svolgono, di regola, i procedimenti di *foreclosure*) emette un *foreclosure order nisi*, ossia, un decreto che dichiara la *foreclosure*, salvo che il debitore non adempia (*unless he repays the money due within a specified period*). Scaduto il termine giudiziale (di regola, sei mesi) offerto al *mortgagor* per pagare il debito (*to effect the redemption*)³⁹¹, la corte, su richiesta del *mortgagee* e/o di ogni interessato, ma anche autonomamente o, addirittura, contro il loro volere, ha il potere di ordinare al creditore la vendita del diritto oggetto di garanzia. La *ratio* di questa regola trova fondamento nella tutela del *mortgagor*, quando il valore dell'immobile vincolato sia superiore al debito garantito³⁹².

Diversamente, la corte con un *foreclosure order absolute*, estingue (*discharge*) il *mortgage*, il cui effetto è il venir meno dell'*equity of redemption* del *mortgagor*-debitore e il trasferimento del *fee simple* al creditore, il quale sarà l'unico titolare del diritto³⁹³.

³⁸⁶ In *Palk v. Mortgage Services Funding Plc* [1993] Ch. 330, 336, Nicholls V.-C. scrive: "So far as I am aware, foreclosure actions are almost unheard of today and have been so for any years".

³⁸⁷ J.G. RIDDALL, *Introduction to Land Law*, Butterworths, 1993, p. 398.

³⁸⁸ S. GARDNER, *An introduction to Land Law*, cit., p. 245, "to understand the idea of foreclosure remember (that) long ago, a mortgage was effected by a freehold transfer with retransfer on payment of the debt, so that failure to pay precisely as stipulated meant losing the freehold (...)".

³⁸⁹ *Heath v. Pugh* (1881) 6 Q.B.D. 345-360. In dottrina, R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1187, "'foreclosure' was the name given to the process whereby the mortgagor's equitable right to redeem was declared by the court to be extinguished and the mortgagee was left owner of the property, both at law and in equity".

³⁹⁰ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., p. 90.

³⁹¹ *Smithett v. Hesketh* (1890) 44 Ch.D. 161.

³⁹² R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1190, "It is an important safeguard where the property mortgaged is (as is usual) worth substantially more than the mortgage debt".

³⁹³ Law of Property Act 1925, s. 88(2).

La riscontrata preferenza del *mortgagee* per altri rimedi è giustificata dalla carenza di definitività dell'atto di attribuzione al creditore della piena proprietà del bene³⁹⁴, poiché l'*order* non è sempre definitivo, riservandosi la corte la possibilità di “*reopen the foreclosure*” (“riaprire” la *foreclosure*). L'affermazione di Lord Nicholls secondo la quale “*mortgagees prefer to exercise other remedies (rather than foreclosure)*”³⁹⁵, è vera se si considera che la possibilità offerta alla corte di “riaprire” la *foreclosure* si presenta con la stessa frequenza con cui era legittimo l'intervento equitativo del giudice di *equity*.

La giurisprudenza inglese in materia³⁹⁶ mostra come le circostanze che portano la corte a riaprire la *foreclosure* sono varie ed ispirate, per lo più, a fini equitativi, come nel caso in cui l'immobile *to sale* sia un'antica abitazione di famiglia ed abbia, quindi, valore affettivo, oppure, quando vi sia disparità tra il valore del bene e l'ammontare del denaro prestato.

1.1. Il *marshalling*: cenni.

Originato nella giurisdizione di *equity*, il *marshalling* è una prerogativa del creditore titolare di un *mortgage*. Si tratta di uno strumento che innesta un rimedio processuale ottenibile dal *mortgagee* in via giudiziale e “producente l'effetto di modellare – indirettamente – la posizione sostanziale del *mortgage*, pur non valendo a costituire in suo favore alcun «diritto reale»”³⁹⁷.

In particolare, nel caso in cui il *mortgagor* conceda la garanzia (*mortgage*) a due creditori, uno su più beni, l'altro su una sola cosa di proprietà del debitore, le regole dell'*equity* tutelano il secondo *mortgagee* dagli atti pregiudizievoli del primo (*mortgagee*), impedendogli, ad esempio, di realizzare la garanzia che insiste proprio su quella proprietà che è oggetto dell'unica garanzia (del secondo creditore). Nell'ottica tipica della giurisdizione di *equity*, le corti intervengono laddove uno dei due creditori agisca in danno dell'altro, violando così il principio della *par condicio creditorum*.

Si tratta di una sorta di surrogazione del *mortgagee* “soccombente” nella posizione del *mortgagee* che ne ha pregiudicato le ragioni, senza però che quest'ultimo possa essere limitato nella facoltà di scegliere su quale bene, tra i più vincolati, esercitare la garanzia³⁹⁸.

³⁹⁴ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., p. 91.

³⁹⁵ *Palk v. Mortgage Services Funding Plc*, cit.

³⁹⁶ *Campbell v. Holyland* (1877) 7 Ch.D. 166, p. 172-175; *Lancashire & Yorkshire Revesionary Interest Co. Ltd v. Crowe* (1970) 114 S.J. 435.

³⁹⁷ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., p. 99.

³⁹⁸ E.L.G. TYLER, *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, cit., p. 757.

2. Forme di tutela privata del credito: i *powers of enforcement* del mortgagee.

L'esperienza inglese, affianco al procedimento giurisdizionale (*foreclosure*³⁹⁹), conosce una serie di strumenti di tutela esecutiva che descrivono una vicenda privata tra il *mortgagee* (creditore a cui è trasferito il bene) e il *mortgagor* (debitore che concede la garanzia su tale cosa). Le incertezze applicative che caratterizzano la *foreclosure* – che si esplicano principalmente nella carenza di definitività dell'atto di attribuzione al creditore della piena proprietà del bene – che, oggi, ne riducono considerevolmente il tasso di operatività⁴⁰⁰, inducono a preferire l'esercizio di altri diritti che sono di regola “*prescribed in the relevant security document*”⁴⁰¹, favorendo una soluzione interna, ossia, tra le parti, senza l'intermediazione giudiziale.

Mostrando, quindi, una maggiore propensione verso forme di autotutela esecutiva, lo scenario inglese offre la disciplina di *enforcement options* che conducono alla soddisfazione del credito anche senza innescare un procedimento dinanzi alla corte: la tutela accordata dal sistema delle garanzie reali inglese è in molti casi stragiudiziale, posto che “*it is usually cheaper and more efficient if it can be done without the involvement of the court*”⁴⁰².

L'idea della gestione privata dei rapporti tra creditore e debitore emerge, innanzitutto, nella disciplina del *power of sale*, nella variante del *power to appoint a receiver*, e nelle regole sul *taking possession* e sulla *consolidation*, tutte forme di tutela che accordano al creditore la possibilità di procedere alla realizzazione del proprio credito, non adempiuto da controparte, instaurando un rapporto immediato con il bene o, comunque, con la garanzia reale, escludendo il ricorso al giudice. Tali *rights* sono concorrenti e cumulabili, così che “*the exercise of one remedy doesn't bar him from exercising any or all of the remainder*”⁴⁰³, purché il *mortgagee* non ottenga più di quanto gli spetta⁴⁰⁴.

3. Il *power of sale*.

Nell'ambito di un *mortgage*, il bene vincolato (*mortgaged property*) può essere oggetto di un'operazione di vendita, ai fini del soddisfacimento del credito garantito, condotta sia dal creditore medesimo sia con procedura giudiziale⁴⁰⁵; si tratta del *power of sale* che nel primo caso è detto “*out of court*”.

³⁹⁹ Sul punto, si veda, cap. II, par. 6.

⁴⁰⁰ È doveroso ricordare che la Law Commission, *Transfer of Land – Land Mortgages*, Law. Rep. N° 204, 1991, para 7.26-7.27, p. 56, aveva proposto l'abolizione di tale istituto affermando che “*in its present state, it is unacceptably cumbersome and capable of being arbitrary in effect, and that it ought to be abolished or reformed*”.

⁴⁰¹ B. JONES-R. MUNDY, *Enforcement of real estate loans – options and changing approaches*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, September 2017, p. 43.

⁴⁰² Law Commission, *Transfer of Land – Land Mortgages*, cit., para 7.14, p. 52.

⁴⁰³ H.H.V. FORBES, *Real Property Law*, London, The Estate Gazette Limited, 1962, p. 146, letteralmente, “l'esercizio di un rimedio non impedisce l'esercizio di un altro o di tutti i rimanenti (rimedi)”.

⁴⁰⁴ R. MEGARRY-W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1212.

⁴⁰⁵ E.L.G. TYLER, *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, in London, Butterworths, 1969, p. 303.

Benchè in passato il *mortgagee* non avesse alcun potere, sia in *common law* sia in *equity*, “*to sell the mortgaged property free from the equity of redemption*”⁴⁰⁶, per cui il trasferimento del bene era sempre gravato dal diritto di riscatto del *mortgagor*-debitore, potendo, quindi, il creditore solamente cedere o assegnare ad altri il *mortgage*, con il tempo, la giurisprudenza⁴⁰⁷ consacra la prassi, sviluppatasi a partire dalla metà del XIX sec., che scongiura l’alienazione del bene gravato dall’*equity of redemption* inserendo nell’atto costitutivo una previsione espressa che accordi al *mortgagee* il potere di vendere il bene in via stragiudiziale “*free from the equity of redemption*”.

Oggi, nel silenzio del *mortgage deed*, il *Law of Property Act 1925* conferisce al creditore “*a power, when the mortgage money has become due, to sell, or to concur with any other person in selling the mortgaged property, or any part thereof, either subject to prior charges or not, and either together or in lots, by public auction or by private contract (...)*”⁴⁰⁸. Quando il *mortgagee*, allo scadere del termine fissato per l’adempimento, proceda alla vendita privata (appunto, *out of court*) del bene vincolato, la tutela del credito si mostra nelle forme dell’autotutela esecutiva, accordando il diritto inglese un potere *ex lege* di realizzazione del diritto, sul ricavato.

Il diritto di vendere in via stragiudiziale la *mortgaged property* è conferito dalla legge che ne fissa due requisiti di esistenza: uno formale, che impone la costituzione del *mortgage* mediante *deed* (o con l’apposito formulario previsto dal *Land Registration Act 2002*) e uno sostanziale, che richiede la scadenza del termine per il pagamento del debito garantito, quindi, il periodo per l’esercizio del *right to redeem* deve essere spirato. Sorto il *power of sale*, il creditore – salva previsione contraria dell’atto costitutivo di garanzia⁴⁰⁹ – può esercitarlo al verificarsi di alcune condizioni, quali il ritardo di due o più mesi nel pagamento del debito ovvero l’inadempimento protrattosi a seguito di richiesta di adempimento da parte del *mortgagee* o, ancora, la violazione da parte del *mortgagor* di alcune condizioni del *deed* (diverse dal non aver soddisfatto il credito o ripagato il prestito)⁴¹⁰. Diversamente, il creditore potrà limitarsi a trasferire il *mortgage*, ovvero, come precisa la dottrina, “*he can make good title to purchaser free from the equity of redemption even if the power has not become exercisable*”⁴¹¹, trasferendo il *power of sale* libero dall’*equity of redemption*. In ogni caso, l’esercizio del potere di vendita, in violazione delle disposizioni previste dal *LPA 1925*, assoggetta

⁴⁰⁶ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property, cit.*, p. 1191.

⁴⁰⁷ *Stevens v. Theatres Ltd* [1903] 1 Ch. 857, p. 860; *Clarke v. Royal Panopticon* (1857) 4 Drew. 26, 30.

⁴⁰⁸ *Law of Property Act 1925*, s. 101(1).

⁴⁰⁹ *Law of Property Act 1925*, s. 101(4).

⁴¹⁰ *Law of Property Act 1925*, s. 103(iii).

⁴¹¹ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property, cit.*, p. 1192, letteralmente, “può trasferire il diritto (*power of sale*) all’acquirente libero dall’*equity of redemption*, anche se il potere non è ancora azionabile”.

il creditore alla responsabilità nei confronti del *mortgagor* “for having sold before he was properly entitled to do so”⁴¹².

Se si accoglie l’affermazione della *Law Commission* secondo la quale “one of the great attractions of the power of sale in the present law is that the mortgagee is able to procure a sale of the property with overreaching effect without recourse to the court”⁴¹³, non stupisce che l’opinione largamente condivisa consideri il diritto di vendita *ex lege* quale “mortgagee’s most important power and protection”⁴¹⁴.

3.1. Il *Cherry Tree principle*.

Si è detto che il *power to sell* è uno *statutory power* la cui portata, però, può essere estesa, modificando l’atto costitutivo di *mortgage*⁴¹⁵ o, al più, apportando, successivamente, delle variazioni che devono risultare nel *deed*.

In applicazione di tale regola, che prescrive un requisito formale, è stata pronunciata la decisione *Cherry Tree Investments v. Landmain Ltd*⁴¹⁶, in occasione della quale la *Court of Appeal* stabilisce che il creditore-*mortgagee* aveva agito in violazione della *LPA 1925*, per aver modificato ed ampliato il potere di vendita all’interno di un *facility agreement* (reso esecutivo, con un atto, al momento stesso dell’esercizio della garanzia) invece che nello stesso *mortgage deed*. Con la sentenza in commento, i giudici inglesi confermano, infatti, che le “*extensions of a mortgagee’s power of sale (and other statutory power) should be housed in (or at least incorporated by reference into) the mortgage deed itself*”.

La fattispecie portata al vaglio della *Court of Appeal* ha offerto lo spunto per una riflessione sul moderno approccio al tema dell’interpretazione del contratto⁴¹⁷. La soluzione del caso, infatti, segue alla lettura che si vuole offrire ai principi fissati da Lord Hoffmann⁴¹⁸: la tradizione formalista è sovvertita dai moderni principi di

⁴¹² J.G. RIDDALL, *Introduction to Land Law, cit.*, pp. 400-401, solo dopo che una di tali *conditions* sia soddisfatta il *mortgagee* potrà alienare il bene senza il rischio di incorrere in responsabilità nei confronti del *mortgagor*.

⁴¹³ Law Commission, *Transfer of Land – Land Mortgages, cit.*, para 7.14, p. 52, “una degli aspetti più interessanti del potere di vendita nel diritto attuale è il fatto che il creditore possa vendere il bene vincolato e soddisfarsi sul ricavato, senza ricorrere alla corte”.

⁴¹⁴ S. WHITTAKER, *The mortgagee’s power of sale: new cases, old principles, Corporate Rescue and Insolvency Journal*, 2013, vol. 6, 3, p. 114. Condiviso da B. JONES-R. MUNDY, *Enforcement of real estate loans – options and changing approaches, cit.*, p. 493, secondo i quali “*the power of sale can be a very valuable tool*”.

⁴¹⁵ Law of Property Act 1925, s. 101(3).

⁴¹⁶ *Cherry Tree Investments v. Landmain Ltd* [2012] EWCA Civ. 736.

⁴¹⁷ Per un approfondimento sul modello inglese di interpretazione del contratto, si rimanda a F. VIGLIONE, *L’interpretazione del contratto nel common law inglese: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 133 s., evidenzia la divergenza rispetto alle regole tecniche presenti nei sistemi di *civil law* in ciò che concerne la ricerca della effettiva volontà dei contraenti, che nel modello inglese è superata dal privilegio verso la tutela dell’affidamento che le dichiarazioni possono generare su di un ipotetico *reasonable man*.

⁴¹⁸ In *ICS v. West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28, il criterio letterale cede di fronte all’affermazione dei *principles of construction* che impongono all’interprete di tenere in considerazione tutti gli elementi a disposizione delle parti, accogliendosi così un meccanismo che individui la reale portata del contratto in ciò che una persona ragionevole (*reasonable person*) avrebbe inteso avuto

construction, in ossequio ai quali il significato da attribuire al contratto è quello che un *reasonable man* avrebbe attribuito alle espressioni utilizzate in quel contesto ed in quelle circostanze. Pertanto, il modello di interpretazione letterale è limitato ai casi in cui “*something must have gone wrong with the language*”, ossia, alle sole ipotesi in cui il linguaggio utilizzato dai contraenti sveli inestricabili dubbi ed ambiguità.

Il punto è, quindi, il seguente: si ritiene che il *facility agreement* possa essere oggetto di una interpretazione correttiva per ottenere un giudizio di validità?

L’opinione dei giudici si divide e la maggioranza sostiene che la “*«corrective interpretation» cannot be used to include whole clauses that the parties have mistakenly omitted*” e che, pertanto, la modifica e l’estensione del *power to sale* può determinarsi solo rettificando il *mortgage deed* (*id est*, “*by rectification*”) e, quindi, integrandolo con disposizioni sì pattuite ma erroneamente omesse.

Non solo si ritiene che il testo dell’accordo non necessita integrazioni, ma anche che “*a document recorded on a public register should be a complete and accurate reflection of the state of the title of the land at any given time, and not susceptible to speculation as to what the parties may have intended – which intentions were a matter of speculation, incapable of inclusion on public register*”⁴¹⁹.

La questione circa la validità del *power to sale* contenuto nel *mortgage deed* e modificato con un successivo e separato *agreement* ha implicazioni che toccano la validità dell’acquisto dell’avente causa dal *mortgagee* che non è obbligato a verificare che il *power of sale* sia esercitato correttamente⁴²⁰. Posto che il *mortgage deed* è un documento, soggetto a pubblicità costitutiva, che appunto richiede la registrazione all’interno del *Land Registry* per la sua validità, l’estensione dei poteri di vendita che non risulti trascritto nel registro implica l’assenza di opponibilità *erga omnes*.

La decisione della *Court of Appeal*, tuttavia, non si pronuncia sul punto stante l’assenza, nel caso di specie, di terzi che avrebbero potuto essere pregiudicati dall’atto dispositivo del creditore⁴²¹. La *Cherry Tree* è, infatti, una *principled decision* che, in via di principio, si limita a prescrivere la necessaria trascrizione delle modifiche al *power to sell* del creditore-*mortgagee*.

3.2. Il *duty of care* a tutela del debitore.

L’esperienza inglese tramanda la regola equitativa che impone al creditore-*mortgagee* di osservare un comportamento diligente nell’esercizio del *power of sale*⁴²², il quale è

riguardo a tutto il bagaglio di conoscenze a disposizione delle parti (*all the background knowledge of the parties*).

⁴¹⁹ J. VERRILL-P. PAL, *Cherry picking, break dancing and gaming*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, April 2014, p. 227.

⁴²⁰ Law of Property Act, s. 104(2).

⁴²¹ S. WHITTAKER, *The mortgagee’s power of sale: new cases, old principles*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, June 2013, p. 115, ritiene che la decisione possa per questa circostanza sembrare *unfair* per il creditore-*mortgagee* che, nei fatti, non ha pregiudicato alcuno.

⁴²² *Cuckmere Brick Co v. Mutual Finance Ltd* [1971] 1 Ch 949.

concesso al *mortgagee* “for his own benefit, to enable the better to realise his debt, and it must not be used for improper purpose”⁴²³.

Al fine di assicurare il corretto svolgimento della vendita stragiudiziale, la giurisdizione di *equity* elabora tecniche di controllo della condotta del creditore “diverse rispetto a quelle derivanti dal principio di inderogabilità delle procedure giurisdizionali tipico del diritto continentale”⁴²⁴, in quanto basate sull’osservanza del *duty of care* del *mortgagee*, immediatamente scaturente dalla costituzione del rapporto di garanzia⁴²⁵. Trattandosi, quindi, di una disciplina nata nelle *Chancery Courts*, le regole deputate a controllare il rispetto dell’obbligo di condotta diligente non sono quelle che, nell’ambito della *law of tort*, disciplinano il settore della responsabilità civile⁴²⁶, ma quelle di *equity* che, in quanto tali, possono variare a seconda dei casi concreti rispondendo, infatti, ad esigenze non realizzabili *at law*; in altre parole, il “*duty to take reasonable steps to obtain the best price reasonably available is an equitable duty, non a duty in negligence*”⁴²⁷.

Tale *duty of care* consiste nel generale dovere del creditore “di agire in modo giusto (*fair*) nei confronti del debitore, di comportarsi secondo buona fede (*to act in good faith*) nonché di esercitare i propri poteri per scopi adatti (*use its powers for a proper purpose*)...inoltre, il *mortgagee* deve svolgere i propri compiti con abilità e cure ragionevoli (*reasonable skill and care*) e agire con cautela per ottenere ciò che viene definito «il miglior prezzo ragionevolmente ricavabile» (*the best price reasonably obtainable*) o «il valore reale di mercato» (*the true market value*) o «il prezzo giusto» (*the proper price*) per il bene vincolato”⁴²⁸.

Una recente decisione⁴²⁹ mette bene in luce lo scopo cui tende il comportamento diligente del *mortgagee* e il margine di operatività consentito a quest’ultimo: nel caso di specie, il giudice decide che la *mortgaged property* “was sufficiently exposed to the market to enable all potential purchaser for the property to bid for it if they so wishes”, nonostante l’immobile fosse stato messo sul mercato ad un prezzo molto esiguo e non fossero state specificate alcune condizioni che avrebbero potuto attrarre potenziali acquirenti. Il giudizio relativo alla violazione del generale *duty of care* impone, quindi, di contestualizzare i fatti, valutare il metodo di vendita, il tipo e il contenuto dell’annuncio e l’andamento del mercato, gravando l’onere della prova (*burden of proof*) sul *mortgagee*⁴³⁰. Tuttavia, nonostante la valutazione sia accurata e specifica, la

⁴²³ E.L.G. TYLER, *Fisher & Lightwood’s Law of Mortgage*, cit., p. 310.

⁴²⁴ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare inglese*, cit., p. 93.

⁴²⁵ *Yorkshire Bank Ltd* [1999] 1 W.L.R., 1713, p. 1728; *AIB Finance Ltd v. Debtors* (1998) 2 All E.r. 929; *Palk v. Mortgage Services Funding Plc*, cit., p. 338.

⁴²⁶ Sul punto si veda, *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100, noto anche come lo “*snail in the bottle case*”.

⁴²⁷ *Medforth v. Blake* [2000] Ch. 86.

⁴²⁸ R. ASPINWALL, *DIY solutions: mortgagee remedies and the power of sale*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, October 2015, p. 196.

⁴²⁹ *Meah v. GE Money Home Finance* [2013] EWHC 20 (Ch).

⁴³⁰ M. SHAH, *Whose duties are they anyway? Court of Appeal provides welcome clarity on the extent of a mortgagee’s duties*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, June 2016, p. 102, l’onere della prova consiste

giurisprudenza mostra come difficilmente sia dichiarata la violazione del dovere di diligenza, anche quando il prezzo ricavato avrebbe potuto essere maggiore⁴³¹, sempre che non si accerti che il *mortgagee* sia “*plainly on the wrong side of the line*”⁴³².

Destinatari di tale *duty of care* sono il *mortgagor* e tutti coloro che abbiano interesse all’esercizio dell’*equity of redemption* sul bene vincolato dal *mortgage*⁴³³. Ecco perché il *proper remedy* in caso di violazione del dovere di diligenza consiste nell’“*update the mortgage account to correct the shortfall suffered*”⁴³⁴, determinandosi così l’effetto di correggere l’assetto debitorio per chiunque abbia interesse al bene vincolato (*mortgage assets*). L’evidente finalità verso cui si tende è quella di rispettare la *par condicio creditorum* e tutelare la posizione debitoria allo stesso tempo.

In questi casi, infatti, il *mortgagor* aziona il rimedio consistente nell’ordine rivolto al *mortgagee* – o a terzi che abbiano interessi nella *mortgaged property*⁴³⁵ – di accredito di quanto questi abbia effettivamente ricavato e di quanto avrebbe potuto ottenere dalla vendita del bene, anche attraverso il pagamento diretto in denaro e non solo in compensazione dei debiti che il debitore abbia nei confronti del *mortgagee*⁴³⁶.

Nell’esercizio del *right to sell*, benché il creditore sia tenuto ad agire secondo buona fede⁴³⁷ nei confronti del *mortgagor* e dei terzi, esercita i poteri conferitigli al fine di soddisfare al meglio le *proprie* ragioni creditorie e, quindi, agendo nel *proprio interesse*⁴³⁸; ciò significa che il diritto inglese non ricorre, in questa fattispecie, allo schema del *trust* – secondo il quale il creditore sarebbe considerato il *trustee* del debitore – poiché, in tal caso, gli interessi del *mortgagee* non avrebbero prevalenza su quelli del *mortgagor*⁴³⁹.

3.3. La rule against self dealing.

Lo scenario inglese mostra l’interferenza della corte ogniqualvolta l’esercizio del *power of sale* trascenda l’intento soddisfattivo del diritto di credito. Il mero perseguimento di scopi contrari agli interessi e alle intenzioni del *mortgagor*, però, non giustifica l’intervento del giudice⁴⁴⁰, posto che il *mortgagee* non si trova nella

nel dimostrare di aver ricavato il miglior prezzo ragionevolmente ottenibile (*best price reasonably obtainable*) al momento della vendita del bene vincolato.

⁴³¹ In *Michael v. Miller* [2004] EWCA Civ. 282, la Corte decise che il dovere di diligenza era stato osservato perché il prezzo accettato dal *mortgagee* rispecchiava il margine di errore accettabile in relazione al valore di mercato.

⁴³² *Cuckmere Brick Co v. Mutual Finance Ltd, cit.*, letteralmente, “chiaramente dalla parte sbagliata”.

⁴³³ Recentemente ribadito da *PK Airfrance SARL & anor v. Alpstream AG & Ors* [2015] EWCA Civ. 1318.

⁴³⁴ M. SHAH, *Whose duties are they anyway?*, *cit.*, p. 103.

⁴³⁵ *Silven Properties Ltd v. Royal Bank of Scotland* [2003] EWCA Civ. 1409.

⁴³⁶ R. ASPINWALL, *op. cit.*, p. 197.

⁴³⁷ *Kennedy v. de Trafford* [1896] 1 Ch. 762.

⁴³⁸ *Burgess v. Auger* [1998] 2 B.C.L.C. 478, p. 482.

⁴³⁹ R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, *The Law of Real Property, cit.*, p. 1194, “*that power is given to the mortgagee for his own benefit to enable him to realize his security more effectively, and his interest in the property has priority over the mortgagor’s*”.

⁴⁴⁰ E.L.G. TYLER, *Fisher & Lightwood’s Law of Mortgage, cit.*, p. 310.

posizione del *trustee* del *mortgagor*⁴⁴¹, non dovendo la corte valutare i motivi che spingono il creditore ad un certo comportamento⁴⁴², sempre che agisca con diligenza e buona fede⁴⁴³.

In questo contesto, tuttavia, l'esperienza inglese tramanda la regola che vieta al *mortgagee* di vendere il bene a se stesso, o a un *trustee* o a un suo dipendente a proprio vantaggio⁴⁴⁴, in un certo qual modo limitando la libertà di esercizio della vendita privata del bene garantito. Così, la cosiddetta “*rule against self-dealing*”, sancisce il divieto di appropriazione del bene da parte del creditore, di tal che “*sale by mortgagee to itself is improper and void*”⁴⁴⁵ e la *ratio* della regola sarebbe per la giurisprudenza “ovvia, non semplicemente formale, ma sostanziale”⁴⁴⁶, dovendosi applicare a tutte le vendite in cui il *mortgagee* stipuli con se stesso, sulla base del fatto che sarebbe concettualmente impossibile che una persona sia, allo stesso tempo, venditore e acquirente.

Il principio che vieta il *self-dealing* origina da un caso nel quale un *trustee*, nell'ambito di un procedimento per bancarotta, aveva venduto un immobile a se stesso⁴⁴⁷. Tuttavia, si osserva che equiparare la figura del *trustee* a quella del *mortgagee* non rispecchia un'interpretazione sempre condivisa, ma semmai accolta solo nei casi in cui l'atto costitutivo identifichi espressamente nel *mortgagee* un *trustee*⁴⁴⁸. Diversamente, i doveri del creditore nell'esercizio del *power of sale*, non vanno confusi con quelli del *trustee*, il cui rapporto con il disponente ha natura fiduciaria⁴⁴⁹; la gestione del *trust fund* è, infatti, vincolata alle previsioni impartite dal *settlor* nell'atto istitutivo⁴⁵⁰. Benchè nel tempo si sia tentato di attribuire al *mortgagee* i caratteri del *trustee* “*and so to turn the analogy into an identity*”⁴⁵¹, la sovrapposizione delle due figure non mostra un'equivalenza netta.

La riflessione circa l'accostamento tra le due posizioni origina, in realtà, dalle decisioni di Lord Hardwicke che qualificando l'*equity of redemption* come *equitable estate in land*, riconosce al *mortgagor* un *interest* sul fondo, ulteriore rispetto al *right to redeem*

⁴⁴¹ *Davey v. Durrant* (1857), 1 De G. & J. 535; *Warner v. Jacob* (1882), 20 Ch. D. 220, “*the mortgagee is not in the position of a trustee when exercising its power of sale*”.

⁴⁴² Tra le molte, *Jones v. Matthie* (1847), 16 L.J. Ch. 405; *Nash v. Eads* (1880), 25 Sol. J. 95 (C.A.); *Warner v. Jacob*, *cit.*

⁴⁴³ *Hodson v. Deans* [1903] 2 Ch. 647.

⁴⁴⁴ *Farrar v. Farrars, Ltd* (1888), 40 Ch. D. 395, 409.

⁴⁴⁵ P. GIDDINS, *What is a clog in the equity of redemption?* *cit.*, p. 96.

⁴⁴⁶ Lord Chitty in *Farrar v. Farrars Ltd*, *cit.*, 404.

⁴⁴⁷ *Turner v. Trelawney* (1841), 12 Sim. 49.

⁴⁴⁸ *Downes v. Grazebrook* (1817). Nel caso di specie la corte decise che il *mortgagee* agiva in qualità di *trustee* del *mortgagor* e non poteva acquistare per sé, anche con il consenso del *mortgagor* medesimo.

⁴⁴⁹ P. GIDDINS, *What is a clog in the equity of redemption?* *cit.*, p. 97.

⁴⁵⁰ Z. DUCCIO (a cura di), *Il trustee nella gestione del patrimonio*, *cit.*, p. 10, il *trustee* è proprietario dei beni conferiti in *trust* ma non può goderne, essendo tenuto “ad amministrarli e gestirli nell'interesse di altri cui li dovrà trasferire al termine del periodo di durata del *trust*, o anche prima, conformemente alle previsioni dell'atto istitutivo, o anche in attuazione di principi ormai consolidatisi in giurisprudenza”.

⁴⁵¹ R.W. TURNER, *The equity of redemption: its nature, history and connection with equitable estate generally*, Cambridge, 1931, p. 166, “e, quindi, trasformare l'analogia in identità”.

nascente dal mancato pagamento del termine contrattuale⁴⁵², così che – estinto il debito – il creditore-concessionario del bene in garanzia diventerebbe *trustee* del debitore-concedente, beneficiario dell'*interest*. Suffragata da alcune pronunce⁴⁵³ – risalenti principalmente al 1700⁴⁵⁴ – tale lettura prende consistenza limitatamente ai casi di intervenuto adempimento della prestazione garantita, fondandosi l'equivalenza tra *trustee* e *mortgagee* nella gestione successiva della *mortgaged property*. Secondo questa lettura⁴⁵⁵ potrebbe, quindi, essere pertinente la sovrapposizione funzionale tra le due figure, leggendosi nella gestione del bene da parte del *mortgagee*, in favore del *mortgagor-beneficiary*, l'esercizio dell'attività di custodia e amministrazione del *trust fund*⁴⁵⁶ a vantaggio dei beneficiari del *trust*. Tuttavia, tale argomentazione non è da tutti condivisa e, talvolta, utilizzata in modo improprio⁴⁵⁷.

In ogni caso, nell'ambito dell'esercizio del *power of sale*, l'equiparazione dei doveri è negata con forza, limitandosi, quindi, la regola *against self-dealings* ai soli casi in cui “*the mortgagee is expressly constituted as a trustee*”⁴⁵⁸. L'attribuzione dei caratteri del *trustee* al *mortgagee* sarebbe, quindi, ristretta ai casi in cui ciò emerge espressamente nel *mortgage*, poiché “*its primary character is not fiduciary*”⁴⁵⁹ e il *mortgagee* quando prende possesso del bene “*is not acting as a trustee for the mortgagor, but independently and adversely for his own use and benefit*”⁴⁶⁰.

4. Il *power to take possession*.

Riconosciuto anch'esso dallo *statute law*, il diritto di prendere possesso immediato dell'*estate* soggetto a *mortgage* è esercitabile, di regola, quando il debitore sia inadempiente (*in default*), benché in realtà nasca nel momento stesso della creazione della garanzia, poiché il *legal mortgage* conferisce al creditore un *legal estate in*

⁴⁵² M. LUPOI, *Appunti sulla Real Propriety e sul Trust*, cit., p. 109.

⁴⁵³ *Fory v. Cox*, (1697) Prec. Ch. 71; *Amhurst v. Dawling*, (1700) 2 Vern. 401; *Hobart v. Selby*, (1704) Freem. 273.

⁴⁵⁴ *Richards v. Syms*, Barn. 93, 1740, “*where a mortgage is made of an estate, that is only considered as a security for money due, the land is the accident attending upon the other; and when the debt is discharged, the interest in the land is thereby defeated, and in equity a trust arises for the benefit of the mortgagor*”.

⁴⁵⁵ R.W. TURNER, *The equity of redemption: its nature, history and connection with equitable estate generally*, cit., p. 167, “*a mortgagee who had been satisfied by payment of principal, interest, and costs to be a trustee for the mortgagor, and based this upon the ground that the mortgage is but a security*”.

⁴⁵⁶ Z. DUCCIO (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni, Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 8, il *trustee* è “custode, ma al tempo stesso proprietario dei beni, con molti doveri (obblighi) e anche con una serie di poteri, espressi e non, necessari per gestire i beni, di cui è titolare”.

⁴⁵⁷ In *Burgh v. Francis*, (1673) R. t. Finch, 28, Lord Nottingham si riferisce agli eredi del *mortgagor* qualificandoli in termini di *trustee* nei confronti del *mortgagee* fino al momento dell'adempimento (“*in a Nature of a Trustee for the Mortgagee till the Money is paid*”).

⁴⁵⁸ P. GIDDINS, *What is a clog in the equity of redemption?*, cit., p. 97.

⁴⁵⁹ *Marquis of Cholmondeley v. Lord Clinton*, [1821] EngR 422, (1821) 4 Bligh PC 1, (1821) 4 ER 721.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, “non agisce a vantaggio del *mortgagor* come fosse un *trustee*, ma indipendentemente da questi e, in senso contrario, per i propri usi e benefici”.

*possession*⁴⁶¹: gli sarebbe consentito prendere possesso anche prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento⁴⁶².

Il *power to take possession* è finalizzato, essenzialmente, a consentire al creditore la vendita del bene in modo più agevole, oppure, a percepire i frutti prodotti dall'*estate* al fine di ottenere il pagamento degli interessi dovuti dal debitore⁴⁶³.

Il *mortgagee* può eseguire tale diritto sia rivolgendosi un'istanza alla corte sia, in via di autotutela, prendendo fisicamente possesso della *res*, ove questo sia possibile pacificamente⁴⁶⁴. Nel caso in cui il *mortgagee* si rivolga alla corte per chiedere un ordine giudiziale di presa in possesso del bene, i giudici – a tutela del debitore – possono sospendere l'emanazione del provvedimento per consentirgli di adempiere il debito o di soddisfare il credito altrove. È comunque previsto un ampio potere discrezionale, di posporre o sospendere il diritto del *mortgagee* al possesso, che l'organo giudicante potrà esercitare se il debitore paia in condizioni di pagare l'intera somma garantita entro un ragionevole periodo di tempo⁴⁶⁵, nelle ipotesi previste dal *Consumer Credit Act 1974* in quelle in cui il bene oggetto di *mortgage* sia una casa di abitazione.

In ogni caso, però, ai sensi della *section 36* dell'*Administration of Justice Act 1970*, l'intervento della Corte è negato nei casi in cui il *mortgagee* abbia preso possesso del bene stragiudizialmente⁴⁶⁶, come dimostrato dal caso *Ropaigealach v. Barclays Bank Plc*⁴⁶⁷.

Tuttavia, sarebbe contrario ai principi di buona fede e di tutela del debitore, sui quali anche la *doctrine of clogs* pone il proprio fondamento, consentire al creditore di muoversi in assoluta libertà, disponendo del bene senza restrizioni di sorta. Il rischio sarebbe, appunto, quello di incorrere in una violazione della regola *no clog on the equity of redemption* se al *mortgagee in possession* non fosse imposto di agire secondo *due diligence*.

Pertanto, è interessante sottolineare che anche l'ordinamento inglese fa in qualche modo applicazione del principio (che nel nostro sistema ha matrice romanistica) che predica il divieto, per il *lender* che riscuote la garanzia, di appropriarsi di quanto non

⁴⁶¹ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, cit., p. 94.

⁴⁶² In *Four-Maids Ltd v. Dudley Marshall (Properties) Ltd* [1957] Ch. 317, 320, si legge che il creditore “*may go into possession before the ink is dry on the mortgage*”.

⁴⁶³ R. MEGARRY-W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1201, tra gli scopi del *power to take possession* individua quello cautelare, volto a proteggere il valore della garanzia, eseguendo riparazioni o comunque preservando il bene dall'eventualità di danneggiamento o perdita per cattiva manutenzione.

⁴⁶⁴ B. JONES-R. MUNDY, *Enforcement of real estate loans – options and changing approaches*, cit., p. 493, “*a lender become mortgagee in possession either by taking physical possession of the property if it is possible to do so peaceably or by applying to court*”.

⁴⁶⁵ R. MEGARRY-W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1206.

⁴⁶⁶ K. O'HANLON, *Law report: no court order needed to take possession*, 15 January 1999, in <http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/law-report-no-court-order-needed-to-take-possession-1047065.html>, nel commentare il *Ropaigealach case* ribadisce che la “*s. 36 of the Administration of Justice Act 1970 had not removed a mortgagee's common law right to take possession of a dwelling house or to exercise its power of sale without first seeking an order of the court*”.

⁴⁶⁷ *Ropaigealach v. Barclays Bank Plc* (1999) C.L.J. 281.

gli sia strettamente dovuto⁴⁶⁸; in altri termini, chi prende possesso del bene, è soggetto ad una “*strict supervision*”⁴⁶⁹, affinché il *mortgagee* non solo non percepisca più di quanto gli spetti, ma (anche) restituisca l’eventuale *surplus* ricevuto oppure imputarlo all’adempimento del debito principale⁴⁷⁰.

Nella prospettiva inglese, quindi, l’osservanza della cautela marciana è assicurata imponendo al creditore un comportamento secondo buona fede, che è garantito dall’applicazione delle regole dell’*equity*, che – per dirla con le parole di Lord Denning – “*has ample power to restrain any unjust use of the right to possession*”⁴⁷¹.

Nell’ottica rimediale tipica dei paesi di *common law*, infatti, il risultato che in altri ordinamenti è raggiunto a livello negoziale o di regola normativa è qui perseguito attraverso l’intervento equitativo del giudice, volto a riequilibrare le posizioni delle parti del rapporto di garanzia⁴⁷². Posto che l’esperienza inglese tramanda il già noto principio “*once a mortgage always a mortgage*” sarebbe contrario all’ordinamento attribuire all’operazione negoziale una funzione solutoria che non le è propria e così permettere al *mortgagee* di divenire proprietario del bene, senza che restituisca alla controparte quanto gli spetti in virtù del *mortgage deed*: sarebbe, infatti, “*unreasonable and against conscience that the mortgagee should retain as owner for his own benefit what was intended as a mere security*”⁴⁷³.

Nonostante gli sia attribuito un duplice effetto benefico⁴⁷⁴, si riscontra un utilizzo limitato di tale strumento di tutela esecutiva, stante le fondate preoccupazioni dei *lenders*⁴⁷⁵ in relazione all’estensione delle responsabilità in cui incorrono per essere nel possesso dell’immobile: “*being in possession of the property*”, infatti, comporta *responsibilities* e *liabilities* per *repair and outgoings* (in generale, la manutenzione dell’immobile), per non aver locato l’immobile quando possibile⁴⁷⁶, ma anche per *enviromental damages* (danni ambientali)⁴⁷⁷.

⁴⁶⁸ *Albany Home Loans Ltd v. Massey* [1997] 2 All E.R. 609, 612 s.

⁴⁶⁹ E.H. BURN, *Cheshire and Burn’s Mordern Law of Real Property*, London, Buttersworth, 1982, p. 646, specifica che l’applicazione delle regole dell’*equity* tutelano il debitore dall’appropriazione da parte del mortgagee di quanto non gli spetti (“*he must not get advantage out of the mortgage*”).

⁴⁷⁰ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese, cit.*, p. 95.

⁴⁷¹ *Quennell v. Maltby* [1979] 1 W.L.R. 318, 323.

⁴⁷² In *Quennell v. Maltby, cit.*, Lord Denning MR afferma “*it seems to me that this is one of those cases where equity steps in to mitigate the rigour of the law. Long years ago it did the same when it invented the equity of redemption*”.

⁴⁷³ E.H.T. SNELL-P.V. BAKER, P.ST.J. LANGAN, *Snell’s principles of Equity*, London, Sweet & Maxwell, 1982, p. 376, letteralmente, “irragionevole e contrario a (principi di) coscienza che il mortgagee potesse trattenere per sé come proprietario ciò che era nelle intenzioni originarie una mera garanzia”.

⁴⁷⁴ In questo senso, F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese, cit.* p. 95, rileva che, da un lato, la regola spinge il creditore in possesso a concedere il bene in locazione e quindi a destinarlo ad un uso produttivo, dall’altro, impedisce che il creditore in possesso si lanci in pericolose speculazioni nella gestione del bene.

⁴⁷⁵ R. ASPINWALL, *op. cit.*, p. 198, “*mortgagees will want to ensure that they avoid going into possession, particularly for commercial property*”.

⁴⁷⁶ E.H. BURN, *Cheshire and Burn’s Mordern Law of Real Property, cit.*, p. 646, in questo caso il mortgagee che “*allows property to remain vacant which might have been let, he is personally liable to pay an occupation rent*”.

⁴⁷⁷ B. JONES-R. MUNDY, *Enforcement of real estate loans – options and changing approaches, cit.*, p. 493.

Questi rischi possono essere evitati ricorrendo alla disciplina del *power to appoint a receiver*.

5. Il *power to appoint a receiver*.

Un altro strumento di tutela che può prendere le sembianze di una forma di autotutela esecutiva del credito è il *power to appoint a receiver*, che altro non è se non una variante del potere del *mortgagee* di soddisfare il proprio diritto di credito, attraverso la vendita del bene vincolato. Rispetto sia al *taking in possession* e al *power to sell*, tale rimedio tutela il creditore dal rischio in cui incorre qualora eserciti il potere di vendita avendo il possesso della *mortgaged property*.

Il diritto del creditore di nominare un amministratore è disciplinato all'interno del *Law of Property Act 1925*, che prescrive una regola già invalsa nella prassi dei *conveyancer*. Tale *power* nasce quando il *mortgage* sia stato costituito mediante un *deed* e quando il debito sia scaduto, così come previsto per il sorgere del potere di vendita stragiudiziale conferito al creditore ai sensi della *section 101(1)(iii)* del *LPA 1925*.

Il creditore che decida di nominare, nel proprio interesse, un amministratore, instaura un rapporto di *agency* tra sé e il *receiver* medesimo: ciò significa che il *lender* è tutelato “*from liability arising as a result of the receiver’s actions – provided that they do not break that agency by acting as principal to the receiver*”⁴⁷⁸. Nell'individuare il *receiver*, invece, il creditore-*mortgagee* non è tenuto ad un *duty of care* nei confronti del debitore-*mortgagor*, ma solo di scegliere una persona competente⁴⁷⁹.

Per eseguire la garanzia, l'amministratore si avvale di ampi poteri quali la presa in possesso del bene vincolato, il potere di vendita dello stesso, il *power to collect rent* (ossia, di ottenere il pagamento di canoni di locazione o rendite) e, ancora, la facoltà di stipulare contratti che abbiano ad oggetto la *mortgaged property*; nello svolgimento del proprio ruolo, può agire con ogni mezzo (giudiziale e stragiudiziale) e i poteri conferitigli, fissati dal *LPA 1925*, possono essere estesi in accordo tra le parti del rapporto di garanzia nel *security document*.

Nonostante sia soggetto ad un obbligo di buona fede (*duty to act in good faith*) e, nell'esercizio dei propri compiti, abbia il dovere di ottenere il miglior prezzo dalla vendita, il *receiver* può, infatti, posporre gli interessi del *mortgagor* e “*put the interest of the lender first*”.

Il diritto di nominare un amministratore se, da un lato, offre al *mortgagee* un meccanismo rapido e piuttosto sicuro di realizzazione del credito, al di là dei rimedi giurisdizionali che scontano le lungaggini processuali, dall'altro, si presta a ridurre la tutela del debitore nel caso in cui siano pattuiti, tra le parti del rapporto di garanzia, ampi diritti dispositivi e limitati doveri in relazione al bene vincolato, in capo al *receiver*.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, “dalle responsabilità che posso sorgere dall'agire dell'amministratore – sempre che il rapporto di agenzia non venga meno”.

⁴⁷⁹ In questo senso, *Shamji v. Johnson Matthey Bankers Ltd* [1991] B.C.L. 36, 42.

A fronte di potenziali situazioni di squilibrio sinallagmatico, è intervenuta la Corte, che con il caso *Medforth v. Blake*⁴⁸⁰, ha statuito che l'amministratore ha un obbligo specifico di diligenza ragionevole nella gestione del bene, qualunque siano gli accordi presi nel *security document*.

Pertanto, anche con riferimento a questa forma di tutela – o forse sarebbe meglio dire di autotutela – è imposta l'osservanza di regole di comportamento a garanzia del rispetto di principi che nel nostro ordinamento sono assicurati in via preventiva, ossia, impedendo la stipulazione di patti elusivi del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ.

6. La consolidation.

La prospettiva di tutela del debitore che caratterizza la disciplina della *doctrine of clogs* inglese pare ridimensionata da un'ulteriore prerogativa concessa al (*legal ed equitable mortgage*).

Benché anch'essa sia una creatura dell'*equity*, la *consolidation* si pone in direzione opposta rispetto a quella che guida l'*equity of redemption* del debitore, a cagione del ruolo di regola limitatrice della sua operatività che la caratterizza.

La disciplina in esame operando in presenza di più garanzie successive sul medesimo bene, costituite a favore del medesimo creditore, concede, al titolare di due (o più) *mortgage*, il *right to consolidate*, ossia, il diritto di rifiutare il riscatto di una delle garanzie, qualora anche le altre non siano liberate. La dottrina inglese⁴⁸¹ precisa che il debitore che conceda allo stesso creditore due (o più) beni a garanzia del medesimo credito e tra tali *res* una abbia un valore inferiore all'importo da restituire, avrà interesse a riscattare tutte le altre *mortgaged property*, ad eccezione di quest'ultima.

Al debitore che – scaduto il termine per l'adempimento – voglia esercitare l'*equitable right to redeem*, è imposto un comportamento conforme ai principi dell'*equity*: *who seeks equity must do equity*⁴⁸².

Pertanto, la *clogging rule*, ispirata al *favor debitoris* e sorta al fine di vietare la predisposizione di atti dispositivi limitanti il diritto equitativo al riscatto del bene vincolato, mostra la propria cedevolezza dinnanzi a comportamenti del *mortgagor* che minaccino la stabilità delle regole dell'*equity*. Si rafforza, quindi, l'idea che la giurisdizione di *equity*, “pur operando in un contesto in cui le regole di *common law* sulla «proprietà-garanzia» erano particolarmente favorevoli al creditore, non fosse mossa primariamente dall'esigenza, astratta e paternalistica, di tutelare il debitore inteso, a priori, quale parte debole del rapporto, quanto piuttosto dall'esigenza, concreta, di garantire uno svolgimento equilibrato, *fair*, del rapporto di garanzia”⁴⁸³.

⁴⁸⁰ *Medforth v. Blake* [1999] All E.R. 97.

⁴⁸¹ E.H. BURN, *Maudsley & Burn's Land Law, Cases and Material*, Buttersworths, 1986, p. 721, spiega che “*if the same mortgagor has mortgaged more than one property to the same mortgagee, and if one of the properties so mortgaged is worth less than the debt for the repayment of which it has been charged as security, it is in the mortgagor's interest to redeem the other properties but not that one*”.

⁴⁸² *Willic v. Lugg* (1761), 2 Elden 78, 80; *Cummins v. Fletcher* (1880), 14 Ch.D. 699.

⁴⁸³ F. FIORENTINI, *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese, cit.*, p. 97.

Nonostante la scarsa applicazione pratica – tanto che la *Law Commission* ne propose l’abolizione⁴⁸⁴ – la *consolidation* è ancora oggi disciplinata dal *LPA 1925*, secondo il quale il *right to consolidate* deve essere previsto espressamente nei documenti costitutivi della garanzia da cui deve risultare la volontà delle parti di ammettere la *consolidation*⁴⁸⁵. Inoltre, il termine per l’adempimento *at law* previsto per entrambe le parti deve essere scaduto⁴⁸⁶ ed è necessaria l’identità soggettiva del *mortgagor*⁴⁸⁷. La ragione del limitato utilizzo di tale strumento consegue all’opponibilità del *right to consolidate* del creditore verso tutti i cessionari dell’*equity of redemption* dal debitore⁴⁸⁸: il conseguente ostacolo alla mobilità del diritto equitativo di riscatto, libero dal diritto di consolidazione del titolare del *right*, rende problematico l’acquisto della *mortgaged property*.

L’interazione tra le regole della *doctrine of clogs* e quelle della *doctrine of consolidation* è evidente nelle ipotesi in cui il diritto equitativo del debitore ad ottenere il riscatto del bene si scontra con il diritto del creditore, anch’esso di matrice equitativa, di non perdere la garanzia su uno dei beni su cui è concessa (qualora fosse o non fosse sufficiente, da sola, a coprire il debito)⁴⁸⁹.

7. Le finalità della *Mortgage Credit Directive*.

Il contesto europeo presenta uno spazio senza frontiere dove l’obiettivo di integrazione e uniformità dell’attività di erogazione del credito è perseguito, in ossequio al Trattato sul Funzionamento dell’UE⁴⁹⁰, attraverso l’adozione di misure intese a garantire l’efficiente funzionamento di un mercato interno, il cui miglioramento può essere perseguito avvicinando le legislazioni degli Stati europei, imponendo *standard* e buone pratiche comuni. Avvertita come primaria l’opportunità per i consumatori di ricevere informazioni pertinenti, complete e accurate circa la propria situazione finanziaria, allo scopo di prendere decisioni informate e sostenibili⁴⁹¹, una direttiva che guidi gli Stati membri verso la realizzazione di un mercato creditizio più trasparente per i consumatori è apparsa lo strumento politico più adatto⁴⁹². Infatti, nel

⁴⁸⁴ Law Commission, *Transfer of land – Land Mortgages*, cit., par. 6.44, pp. 47 ss.

⁴⁸⁵ *Law of Property Act 1925*, section 93(i).

⁴⁸⁶ *Cummins v. Fletcher* (1880), 14 Ch.D. 699.

⁴⁸⁷ *Sharp v. Rickards* [1990], 1 Ch. 109.

⁴⁸⁸ R. MEGARRY-W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1222.

⁴⁸⁹ E. COUSINS-I. CLARKE-S. HORNETT, *The Law of Mortgage*, London, Sweet & Maxwell, 2010, p. 501.

⁴⁹⁰ Il riferimento è al combinato disposto degli artt. 103 (ex art. 8 del TCE) e 114 (ex art. 95 TCE) del TFUE.

⁴⁹¹ Commissione Europea, *Sintesi della valutazione d’impatto, Documento di accompagnamento della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, 31 marzo, 2011, in <https://ec.europa.eu/>.

⁴⁹² Diversamente, iniziative intraprese dagli Stati membri singolarmente darebbero vita a regolamentazioni diverse e la conseguente assenza di omogeneità ostacolerebbe l’attività transfrontaliera “sia sul lato dell’offerta che su quello della domanda, riducendo così la concorrenza e le possibilità di scelta sul mercato, facendo aumentare il costo dell’erogazione di crediti a carico di prestatori e addirittura impedendo loro di esercitare tale attività” (Direttiva 2014/17/UE, cit., par. 2).

porre un argine al crescente indebitamento delle famiglie in Europa si era registrata una pratica sempre più frequente di accensione non responsabile di mutui, che ha determinato la carenza del livello di fiducia tra le parti coinvolte con conseguente compromissione delle basi del settore finanziario.

La *Mortgage Credit Directive (MCD)*⁴⁹³ si propone, quindi, di ristabilire gli equilibri tra creditore e consumatore ormai scettico nei confronti di un sistema finanziario incapace di far fronte ai bisogni dei mutuatari, le cui condizioni di indebitamento sono, appunto, in considerevole ascesa. Una *consumer protection law* che fissi “*the onus of doing the right thing on the person making the profit and who are usually best placed to absorb that cost*”⁴⁹⁴ è, infatti, uno strumento legislativo sentito come necessario all’interno di uno Stato moderno.

Non stupisce, quindi, leggere tra le premesse della *MCD* che “l’obiettivo della presente direttiva è garantire un *elevato livello di protezione dei consumatori* che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili”, attraverso la promozione di un mercato più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per contratti di credito relativi a beni immobili, promuovendo sostenibilità nell’erogazione ed assunzione dei prestiti e l’inclusione finanziaria⁴⁹⁵.

Se, come evidenziato dalle statistiche europee⁴⁹⁶, la percentuale dei consumatori incapaci di far fronte ai mutui ipotecari accesi è rimasta la medesima tra il 2010 e il 2013⁴⁹⁷, allora un intervento che incida sul rafforzamento della tutela dei soggetti che si trovino in condizioni di difficoltà economica era auspicabile. Nonostante l’ambito

⁴⁹³ Direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, nota come *Mortgage Credit Directive (MCD)* o “Direttiva mutui”. Per una valutazione d’insieme della Direttiva 2014/17/UE, si rimanda a P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto europeo e comparato*, Commentario alla direttiva 2014/17/UE, Milano, Giuffrè, 2015; R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 2015, 6, p. 823 s.; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, p. 70 s.; E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 206 s.; 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; P. DE GIOIA CARABELLESE-C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2016, p. 1422 ss.; V. MAK, *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015, p. 411 s.; J. VANNEROM, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?* in *European journal of consumer law/Revue europeenne de droit de la consommation*, 2015, p. 291 s.

⁴⁹⁴ J. WILLIAMS, *No way out: a consideration of the impact of the Mortgage Credit Directive on s. 271 of the Insolvency Act 1986*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 1 August 2017, 4, p. 131, “l’onere di fare la cosa giusta (quindi, comportarsi secondo diligenza e in modo trasparente) sulla persona che ottiene un guadagno e che può generalmente meglio sopportare i relativi costi”.

⁴⁹⁵ A tali fini, la Direttiva propone, ad esempio, l’attuazione di disposizioni che diano esecuzione alle informazioni precontrattuali attraverso il Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) e il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG).

⁴⁹⁶ Eurostat: *Arrears (mortgage or rent, utility bills or hire purchase) from 2003 onwards. EU-Statistics on Income and Living Conditions*.

⁴⁹⁷ In particolare, nel 2010 il 12% della popolazione era indebitata; nel 2011, l’11,7%; nel 2012, l’11,6% e nel 2013 l’11,8%.

di applicazione sia soggettivamente circoscritto alle persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale e oggettivamente limitato ai contratti di credito che si riferiscano unicamente o principalmente a beni immobili residenziali, la tempestiva ed efficace recezione della presente direttiva migliorerebbe le condizioni di stipulazione dei contratti di credito e i rapporti tra le parti coinvolte, diminuendo il livello di indebitamento.

L'incapacità di soddisfare l'interesse creditorio incrementa le ipotesi di vendita forzata che costituisce la via privilegiata per il creditore. La presente direttiva si propone di limitarne il ricorso per dare spazio a forme di autotutela ritenute più vantaggiose e, prima ancora, per promuovere l'esercizio di un ragionevole grado di tolleranza e il compimento di ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento da parte del creditore, avendo considerato "le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria"⁴⁹⁸.

7.1. L'indirizzo europeo verso l'autotutela esecutiva: l'art. 28 della MCD.

Si è detto che il constatato aumento degli inadempimenti, incrementa le vendite all'asta ritenute causative di una situazione di degrado sociale in generale e, allo stesso tempo, di compromissione della posizione economica delle parti coinvolte: il prezzo di realizzo è inferiore rispetto a quello derivante da una vendita "non forzata" e, come risultato, il valore sul mercato diminuisce, sempre che l'immobile non rimanga libero con conseguente aggravamento delle crisi dei mutui ipotecari⁴⁹⁹. Considerato un elemento di rigidità del sistema delle garanzie e di lentezza del meccanismo di recupero del credito, il legislatore europeo incoraggia l'adozione di forme di autotutela esecutiva a scapito della procedura di escussione giudiziale.

La disposizione contenuta nell'art. 28 della direttiva – rubricato "morosità e pignoramenti" ("*arrears and foreclosure*") – si propone di introdurre alcune modifiche per contrastare l'aumento dell'indebitamento, fornendo soluzioni a sostegno dei mutuatari in condizioni di difficoltà economica, volte a limitarne la soggezione alle vendite forzate. Il contrasto all'utilizzo di tecniche diverse rispetto all'espropriazioni forzata e alla vendita coatta si manifesta, innanzitutto, nella prescrizione, contenuta nel primo comma⁵⁰⁰, dell'adozione di misure che inducano i creditori ad osservare una ragionevole grado di tolleranza prima di avviare una vendita forzata

⁴⁹⁸ Direttiva 2014/17/UE, *cit.*, par. 27, inoltre, "è opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce".

⁴⁹⁹ A. CHMLER, *Household Debt and the European Crisis: Research paper n. 13*, June 2013, presented at the European Credit Research Institute Conference, 16 May 2013.

⁵⁰⁰ Direttiva 2014/17/UE, *cit.*, art. 28, comma 1:

| | |
|---|---|
| Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un <i>ragionevole grado di tolleranza</i> prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia. | <i>Member States shall adopt measures to encourage creditors to exercise reasonable forbearance before foreclosure proceedings are initiated.</i> |
|---|---|

Più in particolare, il contenuto dell'art. 28 tocca, da un lato, l'inadempimento rilevante del consumatore e la determinazione forfettaria del risarcimento del danno e, dall'altro, la facoltà di inserire nel contratto di finanziamento un patto che determini il soddisfacimento del debito residuo per mezzo della restituzione o del trasferimento del bene immobile dato in garanzia oppure alla acquisizione dei proventi della sua vendita (quarto comma⁵⁰¹). La disposizione successiva⁵⁰², poi, specifica una limitazione della responsabilità patrimoniale al valore del bene, prescrivendo che il patto possa, in ogni caso, produrre l'effetto di estinguere l'intero debito⁵⁰³, imponendo, d'altra parte, l'introduzione di "procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia". La spinta verso strumenti di autotutela esecutiva è, quindi, ancora più avvertita nelle previsioni contenute al quarto e quinto comma che accordano la possibilità alle parti di stipulare un accordo avente ad oggetto la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale, a soddisfacimento del credito rimasto inadempito. Si osserva che, in analogia con quanto già previsto in ambito europea dalla direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria, l'art. 28 della MCD prevede la possibilità che le parti si accordino su meccanismi "privatistici" di escussione della garanzia ipotecaria, che consentano di evitare il ricorso alle procedure giudiziarie di esecuzione forzata.

7.2. Le linee-guida dell'EBA.

⁵⁰¹ Direttiva 2014/17/UE, *cit.*, art. 28, comma 4:

| | |
|---|--|
| <p>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.</p> | <p><i>Member States shall not prevent the parties to a credit agreement from expressly agreeing that return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit.</i></p> |
|---|--|

⁵⁰² Direttiva 2014/17/UE, *cit.*, art. 28, comma 5:

| | |
|---|--|
| <p>Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere <i>il miglior prezzo possibile</i> per la vendita del bene immobile in garanzia. Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori.</p> | <p><i>Where the price obtained for the immovable property affects the amount owed by the consumer Member States shall have procedures or measures to enable the best efforts price for the foreclosed immovable property to be obtained.</i> <i>Where after foreclosure proceedings outstanding debt remains, Member States shall ensure that measures to facilitate repayment in order to protect consumers are put in place.</i></p> |
|---|--|

⁵⁰³ G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIARAINO-T. RUMI, *I nuovi marciatori*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 174, *sub* nota 80, "si tratta con tutta evidenza soltanto di uno scenario all'interno dell'alternativa che contempla anche la possibilità che gli Stati membri non colleghino alcun effetto estintivo al trasferimento del bene o all'acquisizione del prezzo, sicché qualora il valore o il prezzo si rivelino inferiori al debito residuo, il professionista-creditore rimane legittimato a esperire l'ordinaria procedura esecutiva immobiliare".

Al fine di contribuire attivamente a creare una cultura comune a livello europeo e prassi uniformi in materia di vigilanza, nonché garantire l'uniformità delle procedure e la coerenza degli approcci tra gli Stati Membri, il Regolamento n. 1093/2010 conferisce all'*European Bank Authority (EBA)*⁵⁰⁴, la competenza a svolgere pareri rivolti alle autorità competenti.

Con le *Guidelines on arrears and foreclosure*⁵⁰⁵, l'*EBA* ha inteso agevolare l'attuazione della Direttiva 2014/17/UE in tema di morosità e pignoramenti: in particolare, “*the EBA wishes to support and assist the competent authorities through the collection and publication in this Opinion of regulatory and market practices, from across the membership of the European Union, in the areas of creditworthiness assessment and arrears and foreclosure*”⁵⁰⁶.

In particolare, l'*EBA* riconosce l'importanza che i “*consumers in payment difficulties are protected through requirements on arrears and foreclosure anche that these consumers are treated consistently across the European Union*”⁵⁰⁷. Da ciò che emerge dalla *Section 4* del *Final Report*, l'interesse dell'*EBA* è, innanzitutto, rivolto a garantire al debitore un rapporto corretto e trasparente con il creditore, al fine di limitare, individuandole per tempo e fornendo utili suggerimenti, le ipotesi di morosità debitoria. A questo proposito, l'*EBA* propone linee guida che mettano in guardia i consumatori dal ritrovarsi in condizioni di difficoltà nell'onorare i pagamenti dovuti, suggerendo ai creditori di stabilire e aggiornare nel tempo “*policies and procedures for the effective handling of and engagements with consumers in payment difficulties*”⁵⁰⁸, attraverso la previsione di adeguate informazioni, per esempio, per mezzo di siti *web* e materiali scritti⁵⁰⁹.

Nell'ottica di maggior tutela del debitore moroso, alla *Guideline 4* del *Report* in commento si legge, poi, che il creditore obbligato ad osservare “*forbearance*” debba tenere in considerazione le circostanze individuali del consumatore, gli interessi e i suoi diritti nonché le sue capacità di ripagare il debito accumulato, prima di determinare quali misure prendere. Tra queste (che l'*EBA*, in sede di *consultation*, specifica non essere elencate in maniera esaustiva) è indicato il totale o parziale “*refinancing of a credit agreement*” ovvero una modifica delle condizioni e termini

⁵⁰⁴ Istituita il primo gennaio 2011, l'*European Banking Authority (EBA)* è l'Autorità europea di vigilanza che lavora per assicurare la stabilità finanziaria in Europa e la salvaguardia dell'integrità, dell'efficienza e del funzionamento ordinario del settore bancario europeo, attraverso la promozione di regole prudenziali per le istituzioni finanziarie europee.

⁵⁰⁵ European Banking Authority, *Final Report, Guidelines on arrears and foreclosure*, 1 June 2015, EBA/GL/2015/12, in www.eba.europa.eu, pubblicate dopo un periodo di *consultation* durato un paio di mesi (dicembre 2014-febbraio 2015).

⁵⁰⁶ European Banking Authority, *Opinion on good practices for mortgage creditworthiness assessments and arrears and foreclosure, including expected mortgage payment difficulties*, 1 June 2015, EBA/Op/2015/09, in www.eba.europa.eu.

⁵⁰⁷ European Banking Authority, *Final Report*, cit., p. 6.

⁵⁰⁸ European Banking Authority, *Final Report*, cit., p. 13, *Guideline 1.2.*: “...norme (politiche) e procedure per l'effettiva gestione e coinvolgimento dei consumatori in difficoltà nei pagamenti”.

⁵⁰⁹ Il suggerimento dell'*EBA* si spinge fino a raccomandare uno scambio di informazioni (nei limiti del rispetto della *privacy*) con il consumatore per determinare le ragioni che lo hanno portato in condizioni di impossibilità di onorare i pagamenti, al fine di contenere gli *arrears* (debiti arretrati).

contrattuali che potrebbe includere tra le altre: l'estensione del termine del *mortgage*, la modifica del tipo di *mortgage* o del tasso di interesse, la dilazione, totale o parziale, del pagamento delle rate di restituzione del debito per un periodo oppure l'offerta di una vacanza nell'adempimento del *mortgage*.

Trattandosi di mere *opinions* (pareri) indirizzati alle competenti autorità nazionali, non sono vincolanti; a tal proposito, infatti, ogni Stato membro ha deciso se conformarsi o meno a tali *guidelines*, e ne ha dato notizia all'EBA, ai sensi dell'art. 16(3) del Regolamento n. 1093/2010.

In particolare, sia il Regno Unito sia l'Italia hanno comunicato l'intenzione di voler aderire alle linee-guida dell'autorità europea di vigilanza⁵¹⁰; tuttavia, mentre il sistema inglese ha adottato un insieme di regole che rifluiscono nel *FCA Handbook – Mortgage (and other forms of Home Finance) Conduct and Business rule (MCOB)* e sono applicabili a partire dal 21 marzo 2016⁵¹¹, il legislatore italiano ha introdotto, con il D.lgs. 21 aprile 2016, n. 72⁵¹², alcuni articoli, tra cui – come si vedrà nel prosieguo – l'art. 120 *quinquiesdecies*, terzo comma, T.U.B. che, però, non sono attualmente in vigore mancando le direttive attuative della Banca d'Italia.

8. La repossession dopo la MCD.

In ossequio al *Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA)*, la *Financial Conduct Authority (FCA)*⁵¹³ – nelle vesti di Autorità di controllo indipendente, cui è demandato il compito di “realizzare, supervisionare e attuare un insieme di regole per garantire una condotta responsabile delle imprese che svolgono *mortgage activities*”⁵¹⁴ – ha dato attuazione alla Direttiva 2014/17/UE con il *Mortgage Credit Directive Order 2015*⁵¹⁵. Nel recepire l'art. 28 *MCD*, tale *Order* adotta soluzioni⁵¹⁶ che tengano conto delle

⁵¹⁰ European Banking Authority, *Guidelines compliance table*, 4 August 2016, EBA/GL/2015/12 Appendix 1, in www.eba.europa.eu.

⁵¹¹ Termine fissato per l'attuazione, nel diritto interno degli Stati Membri, della *Mortgage Credit Directive*.

⁵¹² Decreto legislativo, 21 aprile 2016, n. 72, in G.U. 20 maggio 2016, n. 117, di attuazione della direttiva 2014/17/UE (“*Mortgage Credit Directive*” o direttiva mutui), in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141.

⁵¹³ È l’“*appropriate regulator*” competente per il recepimento della *Mortgage Credit Directive*, mentre, non lo è il *Prudential Regulation Authority (PRA)*, organo sussidiario della *Bank of England*.

⁵¹⁴ Law Society, *Implementation of Mortgage Credit Directive*, 3 marzo 2016, in www.lawsociety.org.uk, “...put in place, supervise and enforce a range of rules to ensure that firms act responsibly in their mortgage activities”.

⁵¹⁵ Financial Service and Markets, 3015, n. 190, *The Mortgage Credit Act Order 2015*, SI 2015/910.

⁵¹⁶ *Mortgage Credit Directive Order*, cit., art. 19 – rubricato “*arrears and possession*” – dispone quanto segue: “(1) *A creditor must exercise reasonable forbearance before initiating possession proceedings.* (2) *Any charges that the creditor imposes on the borrower arising from the borrower’s default must be no greater than is necessary to compensate the creditor for costs incurred by the creditor as a result of the default.* (3) *Where the price obtained for the secured property affects the amount owed by the borrower under the contract, the creditor must take all reasonable steps to obtain the best possible price for the secured property.* (4) *Where, after possession proceedings, outstanding debt remains, the creditor must put in place measures to facilitate repayment by the borrower*”

circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento, al fine di limitare le ipotesi di esecuzione forzata dei beni concessi in garanzia. Fedele alle intenzioni della *MCD* e in linea con la *ratio* di tutela della parte più debole del rapporto obbligatorio, le *rules* elaborate in occasione dell'implementazione dell'art. 28 *MCD* dettano una disciplina caratterizzata dal *favor debitoris*⁵¹⁷ garantendo un elevato livello di protezione dei *customers in payment difficulties*⁵¹⁸: si registrano, infatti, alcune modifiche al *Chapter 13*⁵¹⁹ della *Mortgage (and other forms of Home Finance) Conduct and Business rule (MCOB)*⁵²⁰, volte a regolare le situazioni di indebitamento in cui versano i mutuatari in condizioni di difficoltà nei pagamenti delle rate del *mortgage*.

Che l'esperienza inglese abbia ritenuto l'avvio, da parte del creditore, dell'*action for repossession* ai fini della vendita, una possibilità secondaria alla luce dell'evidente svantaggio imposto al debitore che subisce la perdita materiale del bene concesso in garanzia, si mostra nella qualificazione in termini di *extrema ratio* dell'operazione⁵²¹. La sezione dedicata all'istituto della *repossession*⁵²² raccomanda di individuare un punto di incontro tra l'esigenza di vendita immediata della proprietà, per limitare o estinguere il debito esistente, e l'eventuale sacrificio di altri interessi contrapposti (tra i quali – ad esempio – l'ottenimento di un giusto prezzo in base alle condizioni del mercato immobiliare) che possono suggerire un ritardo nell'inizio della procedura⁵²³. Inoltre, nell'ottemperare all'obbligo di attuazione della previsione di cui all'art. 28, ult. co., *MCD*, ove si legge che “se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure tese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori”, la *FCA* presenta una

⁵¹⁷ Basti pensare che il *Chapter 13 MCOB* detta regole *ad hoc* per la contrattazione con i “*vulnerable customers*”, con tale espressione riferendosi a quei soggetti che hanno problemi di salute mentale o capacità mentali limitate (“*mental health difficulties or mental capacity limitations*”).

⁵¹⁸, s. 13.3, intitolata “*Dealing fairly with customers with a payment shortfall: policy and procedures*”.

⁵¹⁹ Rubricato: “*arrears, payment shortfalls and repossession: regulated mortgage contracts and home purchase plan*”.

⁵²⁰ *MCOB*, in www.handbook.fca.org.uk.

⁵²¹ *MCOB*, cit., par. 13.3.2A “*a firm must, when dealing with any customer in payment difficulties (6) not repossess the property unless all other reasonable attempts to resolve the position have failed*”.

⁵²² La disciplina dell'*order for repossession* prevede che il prestatore, prima di rivolgersi alla corte, svolga taluni adempimenti a tutela della posizione debitoria tra i quali, ad esempio, tenere in considerazione l'offerta che abbia ad oggetto il mutamento delle condizioni di pagamento del *mortgage*, valutare ogni altra proposta di pagamento, offrire al debitore un ragionevole periodo di tempo per considerare eventuali soluzioni alternative proposte dal creditore, notificare in forma scritta l'intenzione di avviare la procedura almeno quindici giorni prima, informare il debitore della data e dell'orario dell'udienza di *repossession*. Inoltre, sempre in ottica di protezione del debitore, al fine di evitare che questi subisca la decisione del giudice e la conseguente vendita del bene, il debitore ha la facoltà di concludere un accordo, nonostante il creditore abbia iniziato l'*action*. Solo in presenza di un ordine di *repossession* (talvolta definito “*order for possession*”) emesso dal giudice (di regola, ventotto giorni dopo l'udienza), il creditore-prestatore otterrà il *legal right to own*, ossia, potrà legalmente possedere l'immobile; se il debitore non lascerà l'abitazione entro la data indicata nel provvedimento, il creditore potrà rivolgersi alla corte per domandare lo sfratto (*Repossession*, in www.gov.uk).

⁵²³ *MCOB*, cit., s. 13.6.1, “*a firm must ensure that (...) steps are taken to (1) market the property for sale as soon as possible; and (2) obtain the best price that might reasonably be paid, taking account of factors such as market conditions as well as the continuing increase in the amount owed by the customer*”.

disciplina precipua⁵²⁴ per i casi in cui il ricavato dalla vendita sia inferiore al debito, assicurando al debitore, innanzitutto, la pronta informazione⁵²⁵ circa il *deficit*. Allo stesso modo, l'ordinamento inglese prescrive espressamente l'adozione di misure ragionevoli per il caso in cui, invece, il ricavato della vendita sia superiore all'importo dovuto, le quali (*reasonable steps*) conducano, in tempi brevi dopo la vendita, al pagamento del *surplus*⁵²⁶.

Le novità in tema di *repossession* mostrano la definizione, in ottemperanza al dettato della direttiva europea, di una procedura di vendita anche privata del bene, già esistente e invalsa nella prassi. La prescrizione contenuta al quarto comma dell'art. 28 *MCD*, imponendo agli Stati membri di “modificare i propri ordinamenti – là dove necessario – per consentire l'introduzione di clausole che prevedono il trasferimento del bene ipotecato in caso di inadempimento (ovvero la limitazione della responsabilità debitoria al valore conseguito attraverso la liquidazione della garanzia)”⁵²⁷ non si rivolge al panorama inglese che, a ben vedere, conosce già un *corpus* di regole che disciplina l'alienazione del bene vincolato al creditore per il caso in cui la controparte non adempia.

9. Considerazioni conclusive in tema di *Brexit*.

Doverose appaiono alcune considerazioni a proposito dei cambiamenti costituzionali e politici che interessano il Regno Unito in questi giorni.

I fautori della *Brexit* invocano la sovranità parlamentare come uno degli obiettivi finali del processo di uscita dall'Unione Europea⁵²⁸, la cui decisione⁵²⁹, presa dal popolo britannico con il *referendum* svoltosi il 23 giugno 2016⁵³⁰, lungi dall'essere

⁵²⁴ *MCOB*, *cit.*, s.13.6.4 e 5.

⁵²⁵ È interessante notare che, stante la necessità, resa nota dalla Direttiva 2014/17/UE, di instaurare un rapporto trasparente e il più possibile informato tra le parti coinvolte, la *FCA* prescrive che le comunicazioni avvengano “*in a durable medium*”, con tale espressione riferendosi ad una serie di strumenti di informazione, anche diversi dai mezzi cartacei, efficaci per gli scopi prefissati. Come reso nota dalla *FCA* in www.fca.org.uk/firms/durable-medium, tali mezzi di comunicazione devono “(1) permettere la ricezione personale delle informazioni, (2) consentire l'archiviazione per il tempo utile all'utilizzo da parte del ricevente, (3) permettere la riproduzione invariata delle informazioni archiviate. Alcuni esempi di *durable medium* sono: le e-mail, le applicazioni sui cellulari e tablet, siti web sicuri e interattivi, CD-ROMs e *floppy disk*”.

⁵²⁶ *MCOB*, *cit.*, s.13.6.6.

⁵²⁷ A. BERTOLINI, *Art. 28 – Morosità e pignoramenti*, in P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, *cit.*, p. 491.

⁵²⁸ *Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union*, *cit.*, p. 7, il Segretario di Stato, David Davis spiega che “*at the heart of that historic decision was sovereignty. A strong, independent country needs control of its own laws. That, more than anything else, was what drove the referendum result: a desire to take back control*”. Sul punto, più approfonditamente, C. GRAZIANI, *La difesa giurisdizionale della prerogativa parlamentare nel quadro del diritto costituzionale britannico (a proposito della Brexit)*, in *Rassegna Parlamentare*, 2017, 1, p. 166 s.

⁵²⁹ *Ibid*, p. 162, afferma che la decisione di uscita va inquadrata nel sistema delle fonti del diritto, considerando, in via preliminare, che la legge istitutiva del *referendum* costituisce il primo passo del processo in esame.

⁵³⁰ Il *referendum* ha avuto luogo in virtù dell'*European Union Referendum Act 2015*, legge ordinaria approvata dal Parlamento britannico il 17 dicembre 2015 ed entrata in vigore il 1° febbraio 2016, che

un'operazione semplice, impegna le alte cariche inglesi nell'elaborazione di soluzioni idonee a far acquistare l'autonomia del Paese senza con ciò creare un eccessivo sconvolgimento degli *standard* di vita dei cittadini; riprendere il controllo delle leggi non significa, infatti, modificare tutto dall'oggi al domani. Con la *Brexit* è concessa all'ordinamento inglese l'opportunità di modificare le leggi e, in generale, il diritto interno, secondo i bisogni reali del popolo britannico, “*to ensure that returning powers sit closer to the people of the United Kingdom than ever before*”, ma ciò non deve compromettere la stabilità e la certezza del diritto acquisita in ragione dell'appartenenza dello Stato all'Unione Europea.

Nell'auspicare un'*exit* graduale⁵³¹ del Regno Unito, il governo britannico afferma che non è nelle intenzioni del Paese essere “*a cliff-edge for business or a threat to stability, as we change from our exiting relationship to a new partnership with the EU*”⁵³², al contrario, tra gli obiettivi primari vi è quello di concludere un accordo per regolare i rapporti futuri, prima che spiri il termine di due anni stabilito dall'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea (TUE). È bene ricordare, infatti, che la *Brexit* è una procedura⁵³³ prima che una negoziazione, ma un'uscita senza un *agreement* suonerebbe come distruttiva certamente⁵³⁴.

Al fine di evitare un insuccesso e assicurare ai cittadini gli stessi strumenti giuridici e le medesime agevolazioni oggi garantiti nei diversi settori del diritto nelle intenzioni del Primo Ministro, Theresa May, è primario l'impegno di agire con chiarezza e trasparenza informativa durante le fasi del procedimento, così come fondamentale è la decisione di “*convert the acquis – the body of European legislation – into UK law at the moment we repeal the European Communities Act*”, ossia, “convertire” in diritto interno (britannico) tutto ciò che è al momento diritto dell'Unione Europea⁵³⁵. Questo approccio assicurerà la massima certezza del diritto nel momento del recesso, in

alla sez. 1 (4), “[s]hould the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?”. L'esito della consultazione referendaria segnala la vittoria del fronte “*leave*” sul fronte “*remain*”, con uno scarto minimo di voti (51,9% contro 48,1%), così come riportato da EU Electoral Commission, *EU referendum result*, in www.electoralcommission.org.uk.

⁵³¹ White Paper, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, 2 February 2017, fissa alcuni principi tra cui, quello finale, impone di impegnarsi a procedere verso una “*smooth, orderly exit from EU*”.

⁵³² White Paper, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, cit.

⁵³³ Preposto alla regolamentazione del procedimento di recesso di uno Stato membro dell'Unione, l'art. 50 del TUE prevede un accordo meccanismo di recesso volontario e unilaterale di un paese dall'Unione europea. Il paese dell'UE che decide di recedere, deve notificare tale intenzione al Consiglio europeo, il quale presenta i suoi orientamenti per la conclusione di un accordo volto a definire le modalità del recesso di tale Paese.

⁵³⁴ A. HENDERSON, *An orderly Brexit? The trouble with talking about transitionals*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, April 2017, 4, p. 199 ss., nell'analizzare il *White Paper* sottolinea il passaggio in cui si chiarisce come le intese debbano essere reciproche (“*arrangements should be mutual*”) e che le differenti questioni richiedono differenti periodi (per raggiungere l'accordo) – “*one size may not fit all*”.

⁵³⁵ Per un aggiornamento sull'andamento di tale iniziativa, si veda il report “*Brexit: EU Withdrawal Bill fundamentally flawed, say peers*”, 29 gennaio 2018, in <http://www.bbc.com/news/uk-politics-42853031>, dove si legge una critica sul versante costituzionalistico del Bill, sostenuta dal *Lords Constitutional Committee* (“*The bill is therefore fundamentally flawed from a constitutional perspective in multiple ways*”).

quanto “*the same rule and laws will apply on the day after as on the day before. It will then be for democratically elected representatives in the UK to decide on any changes to that law, after full scrutiny and proper debate*”⁵³⁶.

Il *Great Repeal Bill*⁵³⁷ è lo strumento preposto alla “conversione” del diritto di matrice euro-unitaria, come applicato nel Regno Unito, in diritto nazionale britannico, dal giorno in cui l’uscita avrà effetto, così che le stesse leggi e regole, note ai cittadini, saranno applicabili prima e immediatamente dopo l’*exit* dello Stato membro⁵³⁸. Presentato al Parlamento britannico il 10 ottobre 2016, il *Repeal Bill*, nell’assicurare un cammino verso l’uscita dall’Europa caratterizzato da “*certainty, continuity and control*”, disporrà, innanzitutto, l’abrogazione dell’*European Communities Act*, con conseguente ritorno delle prerogative e delle competenze da esso trasferiti alle Istituzioni europee nelle mani di quelle nazionali; in secondo luogo, il mantenimento dell’*acquis* comunitario nel diritto interno e, in ultimo, la concessione di deleghe alla legislazione secondaria per emendare atti normativi strettamente legati all’appartenenza al diritto europeo⁵³⁹.

A questo punto – anche ai fin del presente lavoro – è doverosa una precisazione volta a mettere in luce le criticità e le difficoltà applicative della procedura di recesso dall’Unione così come pianificate nel *Repeal Bill*. L’*acquis* comunitario che il *Bill* “convertirà” in diritto nazionale britannico è composto sia dal diritto europeo che ha carattere di “diretta applicabilità” (in specie, i regolamenti o gli altri atti ad efficacia diretta), sia da quelle norme che il Regno Unito “*have made to implement EU directives*”. Ora, è agevole intuire che – nonostante le finalità del *Bill* rispondano al tentativo di garantire la massima chiarezza circa il diritto applicabile nel Regno Unito – le implicazioni⁵⁴⁰ derivanti dall’abrogazione dell’*European Communities Act*, che

⁵³⁶ *Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union, cit.*, p. 5, “le medesime regole e leggi saranno applicabili dal giorno successivo così come il giorno precedente. Sarà poi compito dei rappresentanti eletti democraticamente nel Regno Unito modificare questo diritto, a seguito di un ampio scrutinio e di un appropriato dibattito”.

⁵³⁷ Regulatory Policy Committee, *DExEU – The Repeal Bill*, 14 July 2017, in <https://www.gov.uk/government/publications/the-repeal-bill>, formalmente definito *European Union (Withdrawal) Bill*, il progetto di legge per il recesso dall’Unione Europea, è “*an essential part of the Government’s plan for leaving the EU, as it will give effect, in domestic law, to the UK’s withdrawal*”,

⁵³⁸ In *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, par. 80, i giudici della *Supreme Court* definiscono gli effetti del recesso dall’Unione Europea, in questi termini: “*EU law will cease to be a source of domestic law, even if the Great Repeal Bill provides that some legal rules derived from it should remain in force or continue to apply to accrued rights and liabilities ... even those legal rules derived from EU law and transposed into UK law by domestic legislation will have different status*”.

⁵³⁹ Il progetto di legge, secondo il Segretario di Stato, non è un mezzo per autorizzare cambiamenti politici, ma semmai consentirà al Governo, dopo un attento scrutinio del Parlamento, di correggere e rimuovere quelle regole che non saranno più efficaci una volta usciti dall’Europa. Concorde è il Primo Ministro che sottolinea l’importanza pratica del *Bill*, che nel “tramutare” il diritto europeo in diritto inglese (*covert EU law into UK law*), permetterà di posticipare alcuni necessari mutamenti nell’interesse della Nazione al momento opportuno (*so that we can make the right decision in the national interest at the time that we choose*): la speditezza nel completamento della procedura di uscita non può, infatti, sacrificare il controllo parlamentare.

⁵⁴⁰ C. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 184 s., evidenzia che “uno dei rischi più rilevanti del funzionamento del *Great Repeal Bill* è che il Governo si trovi in una situazione di amplissima discrezionalità quanto alla

stabilisce la base giuridica dell'uno e dell'altro diritto (*Section 2(1) e 2(2)*), determinano un duplice ordine di problemi: da un lato, le fonti direttamente applicabili saranno rimosse dall'ordinamento interno, dall'altro, la normativa interna che recepisce il diritto UE non direttamente applicabile risulterà invalidata, per carenza di fondamento giuridico. È stato, infatti, chiarito che “(r)epealing the ECA will have the effect of rendering the law as if the repealed Act had never existed, which would mean that secondary legislation made under the ECA (but not under other enabling Acts) would no longer be legally valid on Brexit day”⁵⁴¹. La valutazione in ordine all'intervento legislativo – in ragione dei poteri che saranno conferiti democraticamente ai legislatori⁵⁴² – ovvero al mantenimento della struttura comune europea nei diversi settori del diritto determinerà la sorte anche della *Mortgage Credit Directive*.

scelta di mantenere o abrogare la disciplina UE “traducendola” in diritto nazionale; mentre, S. PEERS, *Brexit: the Prime Minister sets the wrong course*, EU Law Analysis, 17-01-2017, non condivide la dichiarazione della May, secondo la quale il recesso dall'Unione permetterebbe non solo un ritorno all'autonomia legislativa del Parlamento britannico, ma anche la possibilità che le norme siano interpretate solo ed unicamente dalle corti britanniche, senza più interferenze della Corte di Giustizia.

⁵⁴¹ V. MILLER, *Legislating for Brexit: Statutory Instruments implementing EU law*, House of Common Library, Briefing Paper n. 7867, 16 January 2017, p. 4.

⁵⁴² *Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union*, cit., p. 8, “as we bring power back from Brussels, we will put them into the hands of democratically elected representative in the United Kingdom”.

SEZIONE II – LA CRISI DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO E I NUOVI MARCIANI

SOMMARIO: 1. Il divieto del patto commissorio come ostacolo alla semplificazione del sistema delle garanzie reali. – 2. Flessibilità del diritto delle garanzie reali: autonomia privata e autotutela esecutiva. – 2.1. Una finestra sulla Francia: l'*Ordonnance* del 2006 e il modello dell'*hypothèque rechargeable*. – 2.2. Il ridimensionamento dei principi di accessorietà e specialità nella proposta di ipoteca ricaricabile. – 3. Il prestito vitalizio ipotecario: una prima forma di autotutela esecutiva. – 3.1. L'ambiguo ruolo dell'ipoteca. – 4. La deroga all'art. 2744 cod. civ. nei contratti di garanzia finanziaria. – 5. Il patto marciano: *ratio* e struttura. – 6. L'affermarsi della cautela marciana nel sistema delle garanzie reali. – 7. Il patto marciano nella riforma della legislazione bancaria. – 8. Il nuovo finanziamento alle imprese ex art. 48 *bis* T.U.B. – 8.1. Il correttivo marciano. – 8.2. Alcune criticità dell'istituto. – 9. Il contratto di credito immobiliare ai consumatori: uno sguardo d'insieme. – 9.1. L'inadempimento del consumatore e il patto marciano nell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. – 9.2. Brevi notazioni in prospettiva comparatistica.

1. Il divieto del patto commissorio come ostacolo alla semplificazione delle garanzie reali.

A partire dalla crisi finanziaria americana, diramatasi poi nel resto del mondo, l'ordinamento italiano avverte l'esigenza di rendere maggiormente efficiente il sistema delle garanzie reali per agevolare l'offerta del credito riducendone il costo ed incentivando così il finanziamento di attività più aleatorie, che rimarrebbero escluse dall'accesso al capitale da parte delle banche o di finanziatori avversi al rischio. Lo sviluppo della società moderna e dei traffici commerciali ha poi imposto una maggiore

speditezza delle procedure di recupero del credito, al fine di favorire il finanziamento del piccolo imprenditore, incoraggiandone l'ingresso nel mercato.

In questo contesto, l'opportunità di una revisione dell'apparato delle garanzie reali è da individuarsi nell'impianto delle stesse risalente al periodo ottocentesco⁵⁴³ e contraddistinto da una implicita lungaggine procedimentale; le peculiarità del modello italiano sono rimaste pressoché invariate rispetto alla disciplina offerta dalla codificazione unitaria: si pensi al carattere eccezionale attribuito alle garanzie specifiche, alla rigida applicazione del principio di accessorietà⁵⁴⁴ e specialità, alla mancanza di innovazioni sostanziali alla regolamentazione del pegno e dell'ipoteca, ancora, all'ostacolo all'accoglimento delle garanzie occulte e, in ultimo, alla tipicità delle cause di prelazione come principio di ordine pubblico⁵⁴⁵.

Se è vero che l'efficienza giuridica del diritto delle garanzie reali è un requisito importante per lo sviluppo economico di un Paese, non stupisce che la dottrina abbia sentito l'esigenza di renderne il funzionamento più flessibile, suggerendo alla componente legislativa un ammodernamento su più fronti⁵⁴⁶, tra i quali si annovera il parziale superamento del divieto del patto commissorio.

La debolezza dell'assetto delle garanzie reali è, infatti, evidente nella frequente comminatoria di nullità di un patto che preveda l'alienazione in garanzia di un bene ad eventuale e diretto soddisfacimento del creditore che, però, non sia ricondotta nei limiti dettati da una stima del valore del bene garantito successiva all'inadempimento. Il ricorso alla nozione ampia di patto commissorio – ormai consolidata in dottrina e accolta in giurisprudenza⁵⁴⁷ – unita all'enfaticizzazione della tipicità dei diritti reali⁵⁴⁸ e alla rigida osservanza del requisito dell'accessorietà e della specialità creano un sistema delle garanzie poco elastico: una delle inefficienze dell'apparato è, infatti, rappresentata dall'assenza di un meccanismo che consenta alle parti di ottenere soddisfazione in maniera più spedita, quindi, senza intraprendere il percorso giudiziale, in modo da ridurre i tempi di recupero del credito.

⁵⁴³ A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 310, "le figure chiave del sistema sono rimaste il pegno con spossessamento, garanzia tipicamente mobiliare, e l'ipoteca, garanzia senza spossessamento, ma incardinata sul meccanismo della pubblicità che si applica dunque ai soli beni immobili ed ai mobili registrati".

⁵⁴⁴ Per un'illustrazione approfondita del principio, si veda, A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 665 s.

⁵⁴⁵ M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 163.

⁵⁴⁶ Sul punto, A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, ESI, 1999, p. 293, ha evidenziato come la figura del patto marciano avrebbe trovato ampio spazio nell'odierna realtà economico-commerciale, "consentendo il ricorso alle forme di garanzia tradizionali che risultano ormai inadeguate per la dilatazione dei tempi di realizzo e i costi sempre maggiori. Dello stesso avviso, E. MARROCO, *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 980 s.

⁵⁴⁷ Cass. civ. 20 febbraio 2013, n. 4262, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 3-4, I, p. 567, nonché, Cass. civ. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giust. civ.*, 2012, 3, p. 625, in *Foro it.*, 2012, 5, I, c. 1462; in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1185 e in *Contr.*, 2012, 12, p. 1083 con nota di G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazione in garanzia e autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*.

⁵⁴⁸ Sul tema, offre un'interessante prospettiva comparatistica, A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439 s.

La lettura estensiva della norma codicistica⁵⁴⁹ si pone quale ostacolo alla mobilità del credito: rompendo la rigidità della formulazione codicistica, assicura l'applicazione del divieto tutte le volte in cui al creditore sia attribuita la proprietà di un bene del debitore o anche di un terzo, a soddisfacimento del credito, senza che questo sia conteggiato secondo il suo attuale valore. Come evidenziato, infatti, il divieto del patto commissorio si estende a “qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto – vietato dall'ordinamento – dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito”⁵⁵⁰.

La tutela del credito sembrerebbe, pertanto, ristretta nelle rigide maglie dell'escussione giudiziale⁵⁵¹ così che, quando l'inadempimento del debitore impone di monetizzare la garanzia, un'elevata durata della procedura di realizzo posticipa il momento di soddisfazione del creditore, riducendo la percentuale di recupero del credito medesimo.

2. Flessibilità del diritto delle garanzie reali: autonomia privata e autotutela esecutiva.

Alla mancata spontanea esecuzione della prestazione da parte del debitore, l'ordinamento giuridico pone rimedio con la forza, riservata allo Stato e al suo apparato giudiziario. La tutela coattiva del credito, infatti, costituisce la risposta offerta dal moderno sistema giuridico alle situazioni di insoddisfazione dell'interesse creditorio. L'auspicio di una maggiore flessibilità nel sistema delle garanzie reali e, più in particolare, nel diritto ipotecario, è condivisa dagli operatori del diritto e suggerita dal legislatore europeo: la soluzione della vendita forzata quale risposta al fenomeno (crescente) di indebitamento della popolazione è considerata svantaggiosa per le parti, in considerazione della conseguente diminuzione del valore del bene concesso in garanzia (e, quindi, anche del declino del mercato immobiliare), così come dell'inevitabile dilatazione dei tempi di realizzo del credito.

⁵⁴⁹ Cass. civ. 3 febbraio 2012, n. 1675, *cit.*, “l'art. 2744 cod. civ. costituisce una norma materiale, che esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della *par condicio creditorum*. Il divieto del patto commissorio si estende a qualunque negozio, quale che sia il contenuto, che sia impiegato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento. (...)”.

⁵⁵⁰ Cass. civ. 27 maggio 2003, n. 8411, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5, nonché Cass. civ. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, p. 39.

⁵⁵¹ Tra i numerosi autori che si sono occupati del tema, merita segnalare, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935; F. MAZZARELLA, v. *Esecuzione forzata c) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 451. Spiega il concetto di esecuzione forzata, che necessita di un potere di coercizione che si imponga in virtù di una forza “superiore” rispetto alla volontà del soggetto obbligato, E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 11 s.

Il ruolo dell'autonomia privata rispetto all'inattuazione del rapporto obbligatorio⁵⁵², che nel diritto italiano trova una limitazione nel rispetto del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, sta guadagnando consistenza negli ultimi anni, sol che si considerino i recenti interventi legislativi che hanno dato spazio all'esercizio di poteri negoziali, di tal che debitore e creditore possono accordarsi per limitare o escludere l'operatività delle norme di esecuzione coattiva, regolando con modalità alternative la fase di realizzazione del credito.

L'estensione degli spazi guadagnati dall'autonomia privata⁵⁵³ nel diritto delle garanzie trova conferma, dapprima, nel giudizio (giurisprudenziale) di liceità di quel patto che, a fronte del riaccredito del *surplus*, accorda il trasferimento del bene vincolato al creditore insoddisfatto e, poi, nell'approdo alla tipizzazione delle intese marciane.

Il riconoscimento dell'autonomia contrattuale nel contesto delle garanzie reali si traduce nell'affermazione del paradigma dell'autotutela esecutiva che limita l'*agere* pubblico e, quindi, il potere dell'apparato giudiziario, a vantaggio della gestione privatistica della fase patologica del rapporto obbligatorio. La "degiurisdizionalizzazione" dell'escussione del credito – cui si assiste – ha imposto modifiche volte ad accelerare i tempi della giustizia, ma anche ad aumentare il ricavato, o comunque evitare il deprezzamento, tipico delle vendite di immobili in asta giudiziaria⁵⁵⁴.

L'esigenza di promozione di forme di autotutela esecutiva è dunque accolta dal legislatore che ha ammesso la regolamentazione di ipotesi di realizzazione stragiudiziale del credito, specialmente in ambito bancario, con l'auspicio di offrire un meccanismo più spedito di assegnazione del bene al creditore, a soddisfacimento del proprio diritto. Nell'ottica del legislatore, infatti, l'agevolazione della dimensione privatistica è frutto della tendenza alla valorizzazione di tecniche di realizzo del credito che esulino dal ricorso ai meccanismi giudiziari, che oggi trova parziale riscontro in alcune disposizioni normative e più puntuale riconoscimento nelle novelle al Testo unico bancario⁵⁵⁵. Che questa, poi, sia la soluzione preferibile, è tutt'altro che scontato.

2.1. Una finestra sulla Francia: l'*Ordonnance* del 2006 e il modello di *hypothèque rechargeable*.

Se l'idea di efficacia della garanzia si traduce nella capacità di assicurare al meglio la soddisfazione della pretesa creditoria, così che è tanto più efficiente quanto più è idonea a realizzare compiutamente il pagamento del creditore, la Francia sembra aver ben compreso questo concetto.

⁵⁵² Sul rapporto tra autonomia privata ed esecuzione forzata si interroga L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵⁵³ È doveroso il riferimento all'opera di S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, Giuffè, 1957.

⁵⁵⁴ T6 (2017), *Patto Marciano o "Marziano"?* – *alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), n. 4-17, 9 marzo 2017, p. 9.

⁵⁵⁵ Sul punto vedi, *infra*, par. 7 e ss.

Prima dell'*Ordonnance* del 2006⁵⁵⁶, si constatava un atteggiamento critico verso un sistema delle garanzie reali costretto nel rigido formalismo ed ispirato ad un principio di specialità dalla duplice portata, con riguardo ai crediti garantiti e ai beni su cui grava: benché nel tempo la prassi e la giurisprudenza francese abbiano mitigato quell'atteggiamento ostile a valorizzare l'autonomia privata in materia di garanzie, all'inizio degli anni Sessanta, quest'ultima era regolata dall'inderogabilità, essendo preclusa ai privati la creazione di una "nuova" garanzia così come una disciplina diversa da quella statuita per legge⁵⁵⁷. Si auspicava, pertanto, una codificazione che, da un lato, riordinasse la disciplina unificando le fonti normative esistenti in materia con benefici sostanziali in termini di armonizzazione delle modalità di costituzione e di esecuzione delle "vecchie" garanzie e, dall'altro, adottasse principi chiari per la disciplina di tale settore del diritto.

Sulla scia dell'esperienza tedesca⁵⁵⁸, il legislatore francese ha sentito il bisogno di riordinare il diritto delle garanzie reali, mirando, innanzitutto, ad armonizzare una disciplina che risiedeva nell'apparato codicistico risalente al *Code civil* del 1804 e in una serie di riforme frammentarie introdotte da leggi speciali nel corso del Novecento; infatti, ben prima della citata *Ordonnance*, la Francia aveva riconosciuto validità alle garanzie mobiliari non possessorie, come conseguenza della constatata inadeguatezza del quadro normativo per le moderne esigenze dell'impresa⁵⁵⁹.

Il terreno sul quale la riforma francese è intervenuta si caratterizza per un alto tasso di diversità degli istituti rilevanti e per la presenza di numerose regole di riferimento: tra gli obiettivi del legislatore vi è quello di "massimizzare l'efficacia delle tecniche di tutela del credito, senza per questo abbandonare il tradizionale approccio francese e, più in generale, latino, volto a promuovere la tutela del debitore"⁵⁶⁰, unito alla finalità di temperare la rigida applicazione del principio di tipicità concedendo maggior spazio di manovra all'autonomia privata delle parti⁵⁶¹.

Alla luce di ciò, il legislatore francese ha dimostrato di aver compreso le esigenze sottese al divieto del patto commissorio. Nel rivederne la disciplina ha ammesso la convenzione commissoria a condizione che il trasferimento non ecceda il valore di mercato della *res* dovendo, in ogni caso, il *surplus* essere restituito al concedente, così evitando l'arricchimento ingiustificato del creditore (ossia, un vantaggio ulteriore

⁵⁵⁶ *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 20 Journal Officiel du 24 mars 2006*, pubblicata in traduzione italiana in *Europa e dir. priv.*, 2006, 3, p. 1123 s.

⁵⁵⁷ M. GRIMALDI, *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 391 s.

⁵⁵⁸ Nel 2001, la Germania ha attuato una riforma del diritto delle obbligazioni del BGB (*Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001) con l'intento, *in primis*, di integrare organicamente nel codice civile alcune direttive europee in materia di diritto dei contratti, *in secundis*, di codificare istituti elaborati dalla giurisprudenza tedesca e, in ultimo, di rendere più attuali e conformi al diritto europeo talune figure che necessitavano di un ammodernamento.

⁵⁵⁹ Per una dettagliata disamina delle leggi speciali introdotte per creare nuove ipotesi di garanzie mobiliari non possessorie, F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 3, p. 1163 s. Anche F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Not.*, 2006, p. 493.

⁵⁶⁰ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, *cit.*, p. 1167.

⁵⁶¹ A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*, *cit.*, p. 1805 s.

rispetto a quello che deriverebbe dall'adempimento spontaneo dell'obbligazione). Con l'obiettivo di agevolare la concessione del credito senza sacrificare l'interesse debitorio, la riforma delle *sûretés* ha, quindi – innanzitutto – consentito espressamente la stipulazione del patto marciano, seppure con qualche correttivo che limita l'apertura al patto commissorio⁵⁶².

Accogliendo un'impostazione più logica ed organica, l'*Ordonnance* istituisce un nuovo *Livre IV*, dedicato interamente alle garanzie che, rompendo con l'assetto tradizionale del *code Napoléon*, utilizza un ordine tassonomico per le garanzie reali che oppone quelle caratterizzate dallo spossessamento a quelle che invece non lo presentano.

Il superamento del requisito dello spossessamento rappresenta forse l'innovazione più rilevante della riforma *de qua*, che ha ammesso il pegno non possessorio, innovando la disciplina all'*article 2333*; qualificato in termini di contratto consensuale, per la validità del pegno è oggi richiesta la redazione di “*uno scritto contenente l'indicazione dell'obbligazione garantita, la quantità dei beni dati in pegno come pure la loro specie o natura*” (nuovo *article 2336*). Ciò risponde all'esigenza di flessibilità del diritto delle garanzie reali che si traduce nell'affievolimento della rigida applicazione dei principi di accessorietà e di specialità⁵⁶³.

In linea con l'obiettivo di allentare il legame tra il bene e il credito garantito, la riforma delle *sûretés* ha arricchito il quadro legislativo d'oltralpe della moderna figura dell'*hypothèque rechargeable*⁵⁶⁴, al fine di rendere la disciplina dell'ipoteca più competitiva rispetto ad altre forme di garanzia del credito. Regolata dall'*article 2422* del codice civile francese e caratterizzata da un esordio controverso⁵⁶⁵, questa tipologia

⁵⁶² F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1199, chiarisce che l'attribuzione giudiziaria del bene o l'esecuzione del patto commissorio non possono applicarsi alla residenza principale del costituente (fatta salva l'eccezione stabilita per il prestito vitalizio ipotecario); inoltre, l'apertura a favore del patto commissorio non comporta l'abrogazione del divieto del *voie parée* che assicura al controllo giurisdizionale statale l'esecuzione immobiliare e, in ultimo, l'articolo 53 dell'*ordonnance* stabilisce che i patti commissori conclusi nei contratti di credito mobiliare al consumo si hanno per non iscritti, restringendone così il campo di applicazione.

⁵⁶³ A. FUSARO, *Variazione in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* cit., p. 665 s.; B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, ESI, 2016, p. 172, considera l'emersione della circostanza che l'accessorietà non è una caratteristica necessaria della garanzia, bensì un carattere di diritto positivo dell'ipoteca.

⁵⁶⁴ Per un'analisi approfondita dell'istituto francese, si rimanda a F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., p. 497; B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 257; L. COLOMBO, *L'ipoteca ricaricabile*, in *Riv. dir. bancario*, 7, 2016, p. 1 s. I riferimenti alla dottrina francese, sono tra i molti A. GOURIO, *L'hypothèque rechargeable*, in *RD bancaire et fin.*, 2006, 5, p. 39 s.; M. DAGOT, *L'hypothèque rechargeable*, coll. *Carré droit*, Litec, Paris, 2006; D. HOUTCIEFF, *L'hypothèque rechargeable*, in *Fasc. J.-Cl. Civil Code*, LexisNexis, Parigi, 2007; PH. THÉRY, *L'hypothèque rechargeable*, in *Dr. et Patrimoine*, 2007, 159, p. 42 s.; J.D. PELLIER, *Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable*, in *Petites affiches*, 2008, 13, p. 3 s.; A. PROVANSAL, *L'hypothèque rechargeable ou le style baroque*, in *Gazette du Palais*, 2007, 62, p. 8 s.

⁵⁶⁵ Sul punto, C. MARSEGLIA, *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca borsa, tit. di credito*, 5, 2017, p. 671, chiarisce che la norma recante la disciplina di tale garanzia, dopo una prima applicazione è stata inizialmente abrogata dalla *Loi n° 2014-344* del 17 marzo 2014, per poi essere nuovamente ripristinata a distanza di pochi mesi dalla *Loi n° 2014-1545* del 20 dicembre 2014, riguardante la semplificazione della vita delle imprese.

di ipoteca convenzionale⁵⁶⁶, prevede in capo al costituente la possibilità di utilizzare più volte l'ipoteca a garanzia di diversi crediti nel corso della sua esistenza, in favore dello stesso creditore iniziale oppure per garantire successivi creditori differenti dal primo e a prescindere dal fatto che i crediti originari siano stati pagati o meno.

La deroga al principio della specialità, inteso come determinatezza dell'obbligazione assistita dal diritto ipotecario, è individuata quale elemento di novità dell'*hypothèque rechargeable*, potendo, infatti, essere assegnata a crediti ulteriori rispetto a quelli menzionati nell'atto costitutivo⁵⁶⁷. Con l'attribuzione all'ipoteca ricaricabile di una sorta di effetto prenotativo, la disciplina francese beneficia il creditore garantito del "grado ipotecario originario, potendo così prevalere su tutti i creditori che avessero iscritto garanzia sul medesimo bene dopo la costituzione dell'ipoteca ricaricabile, ma prima della ricarica ovvero del suo riutilizzo"⁵⁶⁸.

L'operatività della garanzia consegue all'inserimento nell'atto costitutivo di un accordo o clausola di ricarica espressa che, per ragioni di certezza giuridica, deve assumere la forma notarile, a pena di nullità assoluta ed è soggetta al regime di pubblicità. In Francia, quindi, l'autonomia privata si fa spazio nel terreno delle garanzie reali offrendo alle parti forme di tutela del credito più flessibili.

2.2. Il ridimensionamento dei principi di accessorietà e specialità nella proposta di ipoteca ricaricabile.

I principi di accessorietà e di specialità dell'ipoteca – "pietre miliari" dei sistemi romanistici – sono stati messi in crisi dalla modernizzazione del mercato e dalla conseguente necessità di una più celere allocazione del credito.

Avvantaggiandosi del difetto di accessorietà o comunque del suo ridimensionamento, alcuni ordinamenti europei⁵⁶⁹ hanno varato interventi di riordino del sistema delle garanzie che hanno portato all'introduzione di una tipologia di ipoteca convenzionale, con la quale si consente il riutilizzo di una medesima ipoteca a garanzia di crediti ulteriori rispetto a quelli individuati nell'atto costitutivo.

Simile esigenza di revisione del diritto delle garanzie reali si registra anche in Italia dove la rigida osservanza del principio dell'accessorietà⁵⁷⁰, in forza del quale è esclusa

⁵⁶⁶ L'ipoteca ricaricabile si differenzia dall'ipoteca a favore di crediti futuri: l'art. 2421 del *Code Civil*, infatti, prevede che l'ipoteca possa essere concessa in garanzia di crediti futuri, ma solo se determinabili, e ne impone l'indicazione della causa nell'atto costitutivo.

⁵⁶⁷ In questi termini si esprime, L. COLOMBO, *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, in *Banca borsa tit. credito*, 3, 2017, p. 368 ss.

⁵⁶⁸ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, cit., p. 500.

⁵⁶⁹ Oltre all'esperienza francese, la stessa tendenza alla riorganizzazione sistematica delle garanzie reali, che lasci maggiore spazio all'autonomia privata, si è registrata anche in Spagna dove il legislatore, prima con la *Ley n° 41/2007* del 7 dicembre 2007 e, più recentemente, con la *Ley n° 1/2013* del 14 maggio 2013, ha adottato alcune novità, incidendo anche sulle modalità di realizzo della garanzia ipotecaria. Per un esame approfondito, si rimanda, per tutti, a P. LUCÁN, M. ÁNGELES, *Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, in www.codigo-civil.net.

⁵⁷⁰ A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1, 2009, p. 553 ss.

la cessione dell'ipoteca separatamente dal credito garantito, allontana ogni prospettiva di riforma. La proposta di inserimento dell'ipoteca ricaricabile suggerirebbe quindi un affievolimento dell'accessorietà che, però, affiancando la determinatezza del debito garantito e la sussidiarietà, è ritenuta intrinseca alla stessa funzione di garanzia; l'allentamento di tale assioma, insieme all'attenuazione della specialità in riferimento al credito, è da tempo denunciato⁵⁷¹. Ne è testimonianza il diverso impatto del dogma nel contesto delle garanzie personali dove non si pone quale ostacolo allo sviluppo di garanzie autonome, mentre con riferimento a quelle reali è avvertito come un limite difficilmente superabile⁵⁷².

Il ridimensionamento del principio di accessorietà, cui consegue la circolazione dell'ipoteca, consentendo al creditore una più rapida e agevole ricollocazione sul mercato, pone le basi per una rivisitazione della funzione tipica della garanzia ipotecaria⁵⁷³, che lasci spazio alla libertà negoziale delle parti in ordine alla cedibilità del diritto ipotecario in autonomia rispetto al credito cui afferisce: ci si chiede, insomma, se sia possibile per il creditore ipotecario stipulare un accordo di cessione della garanzia, senza trasferirvi insieme l'obbligazione per cui è stata concessa. La risposta negativa al quesito si fonda sull'art. 1263 cod. civ. – “per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori” – e sulla sua inderogabilità da parte dell'autonomia privata; ma non sul principio di accessorietà, il cui ridimensionamento in termini di funzione della garanzia rispetto all'obbligazione legittimerebbe il riutilizzo dell'ipoteca, che pur dovendo sempre necessariamente accedere ad un credito, questo (credito) potrebbe anche cambiare⁵⁷⁴.

L'ostacolo “vero” all'accoglimento del modello francese dell'*hypothèque rechargeable* in via interpretativa consiste nel radicato principio di specialità, inteso come determinatezza del credito⁵⁷⁵, la cui applicazione rigorosa da parte di dottrina e giurisprudenza ne accentua la portata. Il dogma esprime l'esigenza della precisa indicazione, nel titolo esecutivo, degli elementi essenziali del credito che sarà assistito da prelazione, da un lato, e della impossibilità della cessione autonoma della garanzia ipotecaria, dall'altro: insomma, determinatezza della somma e necessaria identificazione di una specifica obbligazione a favore della quale l'ipoteca è costituita definiscono il principio di specialità. La lettura sistematica delle norme del codice

⁵⁷¹ A. FUSARO, *Variazione in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* cit., p. 665.

⁵⁷² B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, ESI, 2016, p. 66 s.

⁵⁷³ Massima espressione dell'assenza del legame tra bene vincolato e garanzia si rinviene nel sistema tedesco, attraverso la figura del *grundschild* che non è contraddistinto dal carattere dell'accessorietà tra garanzia e credito.

⁵⁷⁴ L. COLOMBO, *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, cit., p. 368 s.

⁵⁷⁵ In questo senso, *ibidem*.

civile⁵⁷⁶, confermata dall'interpretazione della giurisprudenza di legittimità⁵⁷⁷, preclude la creazione di ipoteche per crediti indeterminati, anche a tutela dei terzi e nel rispetto della *par condicio creditorum*. La possibilità di prevedere, all'interno dell'atto costitutivo di ipoteca, una "clausola di ricaricabilità" sul modello del *code civil* risulta dunque preclusa nel nostro ordinamento, stante il rigoroso rispetto del principio di determinatezza del credito garantito, quale corollario della specialità⁵⁷⁸.

Conferma di tale assunto si trova nella riflessione della giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁷⁹ che si esprime in senso contrario alla cessione dell'ipoteca e, quindi, alla sua riutilizzazione.

Se l'ostacolo all'adesione al carattere "ricaricabile" tipico della novella figura francese non è posto tanto dal principio di accessorietà, quanto dal principio della determinatezza del credito, interpretato quale requisito per la creazione stessa della garanzia, e radicato nelle norme del codice civile, non resta che attribuire all'autonomia privata l'attitudine a creare uno strumento più flessibile, riconoscendosi nell'art. 2878, n. 3, cod. civ. – che fa discendere l'estinzione dell'ipoteca da quella dell'obbligazione – un meccanismo non ineluttabile, stante le ipotesi (eccezionali) di sostituzione dell'obbligazione originaria con un'altra⁵⁸⁰.

Complessivamente considerando la finalità di flessibilità e di semplificazione del diritto delle garanzie reali – cui mira la proposta di ipoteca ricaricabile – l'introduzione da parte del legislatore italiano di nuove forme di tutela del credito, che contribuiscono ad allentare lo stretto legame tra diritto garantito e bene vincolato, acquistano, sotto questo angolo visuale, una funzione suppletiva.

3. Il prestito vitalizio ipotecario: una prima forma di autotutela esecutiva.

Si è visto che l'idea dell'autotutela esecutiva consensuale si è imposta nell'ordinamento mitigando quella rigidità che caratterizza da lungo tempo il sistema italiano delle garanzie reali, dettata principalmente dall'interpretazione estensiva e, conseguentemente, dalla frequente applicazione da parte della giurisprudenza del divieto del patto commissorio.

⁵⁷⁶ A. FUSARO, *Variazione in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* cit., p. 669, spiega che "l'art. 2808, 1° co., c.c., nel dettare la nozione di ipoteca, la riferisce ad un «creditore» e ad un «credito». L'art. 2809 traduce la «specialità» dell'ipoteca nell'indicazione dei beni su cui ricade e nella determinazione in denaro della somma per cui è concessa: quindi, testualmente la specialità appare predicata per i beni, mentre della somma si richiede soltanto la determinatezza"

⁵⁷⁷ Cass. civ. 3 aprile 2000, n. 3997, in *Giust. civ. Mass.* 2000, p. 706; Cass. civ. 6 ottobre 1995, n. 10521, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 67.

⁵⁷⁸ L. COLOMBO, *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, cit., p. 370.

⁵⁷⁹ Cass. civ. 6 novembre 2006, n. 23669, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 11, ribadisce il principio dell'inammissibile estensione ad altri crediti vantati dal medesimo soggetto, espresso già da Cass. civ. n. 2194/1966.

⁵⁸⁰ In questo senso, A. FUSARO, *Variazione in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* cit., p. 670, che menziona il caso della novazione (art. 1232 c.c.) e della surrogazione per volontà del debitore (1203 c.c.), dove il benessere del garante gioca un ruolo determinante.

Con l'attribuzione all'autonomia contrattuale di un ruolo dirimente ai fini della realizzazione del credito, il legislatore ha previsto la disciplina di un nuovo tipo di garanzia reale, che incarna le forme di una "autotutela esecutiva unilaterale al di fuori di ogni controllo giurisdizionale"⁵⁸¹. Ci si riferisce al prestito vitalizio ipotecario, concepito nella direzione di creare nuovi strumenti flessibili di accesso al credito con effetto deflattivo dell'attività giudiziaria.

Finalizzata a smobilitare la ricchezza immobiliare e a favorire l'accesso al credito per i soggetti sessantenni, tale figura contrattuale è frutto di un *legal transplant* dell'istituto nato nel secolo scorso in Inghilterra con il nome di *lifetime mortgage* ("mutuo vitalizio") e diffusosi, poi, negli Stati Uniti dove è noto come "*reverse mortgage*"⁵⁸². Mutuata, quindi, dal diritto inglese, la disciplina del prestito vitalizio ipotecario è stata introdotta nell'ordinamento italiano con il d.l. 30 settembre 2005, n. 203⁵⁸³, il cui articolo 11 *quaterdecies*, comma 12, si limitava a presentare una mera descrizione dell'istituto, priva di alcuna disposizione operativa⁵⁸⁴. Così, una decina di anni dopo, il legislatore interviene aggiungendo alcuni commi (12 *bis*-12 *sexies*), che specificano ulteriormente la normativa⁵⁸⁵: il testo originario è stato oggetto di modifiche da parte della legge 2 aprile 2015, n. 44⁵⁸⁶ e del decreto ministeriale 22 dicembre 2015, n. 226⁵⁸⁷ che ne ha completato la regolamentazione.

Si è parlato, per alcuni⁵⁸⁸, di un istituto nato due volte, la cui vera "data di nascita" può considerarsi quella dell'introduzione della sua disciplina, quindi, il 2 aprile 2015 (se non quella della sua entrata in vigore, il 6 maggio 2015).

Benché l'applicazione concreta dello strumento sia risultata inizialmente quasi nulla⁵⁸⁹, disattendendo le pur fondate aspettative che avevano spinto all'introduzione della normativa, la disciplina del prestito vitalizio ipotecario è, a seguito del Regolamento del Ministero dello sviluppo economico, definitivamente operativa

⁵⁸¹ G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 175, dove si legge che il legislatore ha in sostanza introdotto nel nostro ordinamento uno strumento che consente al creditore di "procedere alla vendita dell'immobile senza dover preliminarmente procurarsi un titolo esecutivo e senza dover procedere al pignoramento dell'immobile (che, come noto, costituisce l'inizio della procedura esecutiva individuale)".

⁵⁸² Per una compita disamina sulle radici "aliene" del prestito vitalizio ipotecario, la cui disciplina "riproduce – pur con i dovuti adattamenti – la struttura ed i principi che caratterizzano il c.d. mutuo al contrario nei Paesi di *Common Law*", G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, *cit.*, p. 15 s.

⁵⁸³ Decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla Legge 2 dicembre 2005, n. 248 – c.d. legge finanziaria 2006, in G.U. 3 marzo 2005, n. 230.

⁵⁸⁴ M. MAZZEO, *Il prestito vitalizio ipotecario nella Finanziaria 2006*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 367 ss; ID., *Prestito vitalizio ipotecario: prospettive e rischi*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 286 s.

⁵⁸⁵ C. LOMONACO-A. MUSTO, *Con l'entrata in vigore del regolamento attuativo diventa definitivamente operativa a partire dal 2 marzo 2016 la disciplina in materia di prestito vitalizio ipotecario*, in *CNN Notizie* del 17 febbraio 2016.

⁵⁸⁶ Legge 2 aprile 2015, n. 44, in G.U. 21 aprile 2015, n. 92.

⁵⁸⁷ Decreto ministeriale 22 dicembre 2015, n. 226, in G.U. 16 febbraio 2016, n. 38.

⁵⁸⁸ A. BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in www.ilcaso.it, 22 aprile 2015.

⁵⁸⁹ A. FUSARO, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Not.*, 2017, 2, p. 114 s., imputa la scarsa applicazione dell'istituto alla normativa succinta e alla crisi economica degli ultimi anni; D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. economia assicur.*, fasc. 2, 2006, p. 503.

offrendo, potenzialmente, un valido strumento per determinati soggetti che potrebbero, mantenendo la titolarità dell'immobile residenziale, ottenere la liquidità necessaria per accedere al mercato, ovvero, ipotizzando una realtà meno rosea, per sopperire a necessità gravi della vita quotidiana, quali assistenza domiciliare o spese mediche.

In un contesto storico-sociale caratterizzato da rilevanti cambiamenti – primo tra tutti il mutevole concetto di famiglia, seguito dal progresso della scienza e della medicina che ha portato ad un graduale innalzamento dell'aspettativa di vita – il prestito vitalizio ipotecario si afferma quale figura contrattuale idonea a fornire risorse finanziarie aggiuntive sia per gli anziani rispetto alla pensione, sia per quanti difettino di un reddito regolare⁵⁹⁰. Sorto con finalità assistenziali per trasformare una parte del patrimonio in liquidità disponibile, “il prestito vitalizio ipotecario consentirebbe, infatti, ai c.d. «*house rich, cash poor*» di rendere ‘liquida’ una parte della ricchezza immobiliare accumulata”⁵⁹¹.

Si tratta di un contratto mediante il quale banche e intermediari finanziari (iscritti all'elenco speciale di cui all'articolo 106 del d.lgs. n. 385/1993 – TUIF) concedono “finanziamenti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessant'anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile”⁵⁹².

A fronte del frequente e ormai “risalente impiego della proprietà immobiliare per sopperire ai bisogni delle persone anziane e incrementare le loro risorse”⁵⁹³, tale strumento giuridico si pone quale alternativa di accesso al credito indirizzata ad una determinata categoria di soggetti, i quali per risolvere il problema di liquidità possono scongiurare la vendita della nuda proprietà dell'immobile con riserva di usufrutto o abitazione⁵⁹⁴.

Il legislatore ha previsto uno strumento originale che, pur non prevedendo espressamente il patto marciano, ne sottintende l'operatività nel mandato a vendere l'immobile ipotecato, da eseguirsi *post mortem*, conferito per legge al finanziatore, che

⁵⁹⁰ A. FUSARO, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 114.

⁵⁹¹ D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, cit., p. 505.

⁵⁹² M. MAZZEO, *Prestito vitalizio ipotecario: prospettive e rischi*, cit., p. 286, rileva che nella norma non vi è traccia di un atto traslativo, dal finanziato al finanziatore, della proprietà del bene in garanzia, ponendosi come necessario l'interrogativo circa il titolo in virtù del quale possa procedersi al trasferimento dello stesso. F. AMICI, *Nuovi profili di estinzione del debito mediante trasferimenti solutori*, in www.giutiziacivile.com, 2017, 7, p. 8 ss., offre una sintesi delle principali teorie ipotizzate in merito al fondamento del diritto di alienare l'immobile offerto in garanzia, finalizzato all'utilizzo delle somme ricavate per estinguere il credito vantato in ragione del finanziamento.

⁵⁹³ A. FUSARO, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 115.

⁵⁹⁴ Per un'analisi più approfondita delle opzioni astrattamente esercitabili in età senile, si rimanda a A. ADDANTE, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 4, p. 497 s.

deve restituire l'eccedenza agli eredi del debitore⁵⁹⁵. Attenta dottrina⁵⁹⁶ ha osservato che, dovendo la banca medesima restituire l'eventuale *surplus* agli aventi diritto, si ha l'idea che si sia in presenza non solo di uno strumento di autotutela e di esecuzione semplificata della garanzia, ma anche di un meccanismo di esecuzione privata, facendosi idealmente uscire la fase dell'esecuzione dalla realtà giudiziaria a quella, appunto, privata.

La legittimazione *ex lege* a disporre del bene ipotecato al fine di consentire al creditore di soddisfarsi sul ricavato, ricalca il modello del *power to sell* che spetta al *mortgagee*, nell'ambito del rapporto di garanzia con il concedente-*mortgagor*.

La nuova formulazione del comma 12 dell'articolo 11 *quaterdecies* riguarda, innanzitutto, i requisiti soggettivi delle parti contraenti⁵⁹⁷: da un lato, le banche (prima della riforma si faceva riferimento ad aziende ed istituti di credito) e gli intermediari finanziari iscritti all'elenco speciale di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 385/1993 – TUIF e, dall'altro, le persone fisiche che abbiano superato i sessant'anni di vita. Secondo alcuni⁵⁹⁸, nella prima versione del prestito vitalizio ipotecario, la restrizione dell'ambito di applicazione della disciplina, limitata allora a soggetti di età non inferiore ad anni sessantacinque, era da imputarsi al pesante rischio economico a carico degli eredi e agli inefficaci strumenti di soddisfazione coattiva del credito. Ed è proprio l'età avanzata che oggi costituisce “un incentivo per il finanziatore, in quanto prefigura una più breve durata del prestito, con riduzione dei rischi sia di un incremento dei tassi di interesse che di un decremento del valore dell'immobile offerto in garanzia”⁵⁹⁹.

L'operazione descrive la concessione da parte degli istituti di credito di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, ad un soggetto, necessariamente ultrasessantenne, che offre in garanzia un bene immobile residenziale assistita da ipoteca di primo grado. L'età del finanziato, insieme al valore di mercato della *res* data in garanzia, costituiscono gli indici in base ai quali sarà calcolato l'importo complessivo del prestito⁶⁰⁰, che ha durata indeterminata ma

⁵⁹⁵ A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, 4, p. 753.

⁵⁹⁶ Si riporta l'osservazione di R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Le nuove garanzie bancarie: profili di interesse notarile* – Convegno organizzato dalla Fondazione Nazionale del Notariato, 30 novembre 2017.

⁵⁹⁷ Quanto al soggetto finanziato, necessariamente persona fisica, i recenti interventi normativi hanno ridotto da sessantacinque a sessant'anni il limite d'età per poter accedere all'istituto in commento.

⁵⁹⁸ F. CHESSA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Immobili & Proprietà*, 2006, 5, p. 305 s.

⁵⁹⁹ R. LENZI-M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 1-2017/C, in <http://www.notariato.it/it/content/studio-n-1-2017c-recenti-riforme-tema-di-garanzie-del-credito-bancario>, riporta anche l'osservazione di A. AGABITINI, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2010, p. 169, ove evidenzia che, di regola, tradizionalmente questo dato soggettivo è di ostacolo alla concessione del credito, discriminandosi la posizione delle persone anziane, mediante la previsione di limiti massimi di età.

⁶⁰⁰ M.T. MONTEMITRO, *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, in www.rivistadidirittotributario.it, aggiunge che “il *loan to value* ovvero il rapporto tra importo del finanziamento e valore del bene posto in garanzia dipenderà dal mercato immobiliare, dalla situazione patrimoniale e reddituale del soggetto finanziato nonché dall'aspettativa di vita di quest'ultimo”.

determinabile, in quanto coincidente con la morte del debitore, a meno che non intervengano cause di decadenza del termine.

La particolarità di tale strumento, infatti, sta nel fatto che la restituzione del prestito, avviene integralmente e in un'unica soluzione, da parte degli eredi del finanziato⁶⁰¹, sempre che non vi provveda direttamente e volontariamente il soggetto finanziato. A favore dei successori di quest'ultimo è prevista una serie di cautele per evitare che, al momento del decesso del *de cuius*, si trovino nell'impossibilità di provvedere al rimborso⁶⁰²; insomma, "si tratta di una trasmissione del debito agli eredi, limitato però al valore dell'immobile"⁶⁰³. Più precisamente, se prima della Riforma, al momento della morte del beneficiario, ai suoi successori era offerta l'alternativa tra l'estinzione del debito per conservare il bene e la vendita dell'immobile per permettere al creditore di soddisfarsi sul ricavato, oggi, il potere di autosoddisfacimento della banca creditrice, costituito dalla possibilità di vendere il bene, trova un limite nell'attribuzione al debitore e, quindi, ai suoi eredi dell'eventuale *surplus* derivante dalla vendita⁶⁰⁴. L'effetto esdebitatorio è, quindi, caratteristica nuova dell'istituto in commento, che consente al debitore (e agli eredi) di liberarsi automaticamente al momento della vendita del bene oggetto di garanzia, infatti, la disposizione prevede che "l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute".

La vera novità di tale meccanismo di garanzia è rappresentata dall'introduzione di un credito ipotecario non finalizzato a cui gli operatori italiani e, in generale, continentali, non sono abituati: infatti, divergenti sono sul punto le opinioni dei primi commentatori⁶⁰⁵ della materia, divisi tra chi ha accolto con entusiasmo e favore la disciplina e chi, invece, più cauto, mette in luce le criticità di un istituto volto ad estendere l'utilizzo del credito ipotecario, insistendo su un bene (l'immobile di residenza) su cui si concentra la massima ricchezza dei privati.

La prospettiva comparatistica ci mostra, poi, come alcuni ordinamenti europei abbiano provveduto a disciplinare congegni simili al prestito vitalizio ipotecario – ad esempio,

⁶⁰¹ Secondo F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, 5, p. 1007 ss., "la regola insegna che sono leciti rapporti contrattuali dove l'obbligazione principale gravante su una parte può divenire esigibile nel momento della morte di quella stessa parte, segnando, quindi, il prestito vitalizio ipotecario l'ultimo confine del divieto dei patti successori".

⁶⁰² R. LUNGARELLA, *Nuova legge sugli immobili: con il prestito ipotecario la casa fa da bancomat*, in *Quotidiano del Diritto*, 27 aprile 2015, in www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com, gli eredi "non devono preoccuparsi se il prezzo non copre totalmente il debito, perché la legge ha introdotto a loro favore una clausola di salvaguardia: la banca deve accontentarsi della somma che si ricava dalla vendita dell'immobile"; G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, *cit.*, p. 139 s.

⁶⁰³ A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Not.*, 2016, 4, p. 358.

⁶⁰⁴ G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, *cit.*, p. 25.

⁶⁰⁵ I titoli apparsi sui giornali, all'indomani dell'entrata in vigore del prestito vitalizio ipotecario, sono eloquenti: "Prestito vitalizio ipotecario, attenti alle truffe", in www.spi-cgil.it, 2006; "Finanziaria, in arrivo i mutui per i nonni", in www.miaeconomia.it, 25 novembre 2005; "Prestito vitalizio ipotecario: ecco come 'sfilare' la casa ad 8 mln di anziani", in *Terza@tà*, 9 marzo 2006; "Il prestito vitalizio è legge: la casa diventa un bancomat", in www.repubblica.it, 5 maggio 2015; "Prestito vitalizio ipotecario, con la nuova normativa più tutele e maggiore accessibilità", in www.ilsole24ore.com, 25 marzo 2015.

Ungheria, Spagna e Portogallo e la Francia che ha introdotto, nell'ambito della riforma⁶⁰⁶ dedicata alle garanzie reali, il *pret viager hypothécaire*, con funzione e disciplina analoghi all'istituto italiano⁶⁰⁷ – mentre, altri (Danimarca, Finlandia e Olanda), abbiano provato a colmare le lacune legislative con istituti di credito.

3.1. L'ambiguo ruolo dell'ipoteca.

La concessione del mutuo deve essere garantita da ipoteca di primo grado⁶⁰⁸ su un immobile residenziale, la quale, a parere dei primi commentatori della disciplina riformata, “non svolge l'usuale funzione di garanzia, ma serve a rendere opponibile ai terzi il mandato a vendere stragiudizialmente l'immobile, attribuito *ex lege* al finanziatore stesso, in base ad uno schema tipico di patto marciano”⁶⁰⁹.

La deviazione rispetto alla funzione tipica dell'ipoteca sarebbe determinata dalla legittimazione a disporre di fonte legale, concessa al finanziatore, che il creditore non perderebbe nemmeno nel caso in cui il bene venga trasferito terzi dal debitore. Di tal che, “la funzione di garanzia, per la quale si può pervenire al soddisfacimento del credito, verrebbe assolta in via esclusiva dalla legittimazione *ex lege* ad alienare, che, per effetto dell'iscrizione ipotecaria, potrebbe essere fatta valere anche nei confronti dei terzi, attribuendo, quindi, al potere di alienare del finanziatore una sorta di diritto di seguito tale che l'eventuale trasferimento a terzi del bene, da parte del debitore titolare, non farebbe venir meno la legittimazione del creditore a vendere il bene e a venderlo libero da vincoli e pesi che possono averlo nel frattempo gravato”⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Sulla riforma francese delle garanzie reali, si veda il successivo paragrafo (Cap. III, Par. 1.2.).

⁶⁰⁷ La prospettiva comparatistica è ampiamente descritta da A. FUSARO, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 114 s., dove si dà conto di un altro strumento funzionalmente equiparabile al *pret viager hypothécaire* francese, ossia, “la *vente en viager*, che consiste nel trasferimento della proprietà della casa a fronte dell'impegno del cessionario di versare una rendita vitalizia al cedente, cui è consentito continuare ad abitarvi: essa è priva di disciplina apposita e perciò è ricondotta allo schema generale della compravendita immobiliare”.

⁶⁰⁸ Ciò significa che il prestito vitalizio ipotecario non può essere concesso qualora l'immobile sia già gravato da precedenti ipoteche (volontarie, giudiziali o legali). Come evidenziato da G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 119, la priorità del grado ipotecario non è requisito disponibile per le parti che, quindi, non passibile di eccezioni.

⁶⁰⁹ A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel “prestito vecchietti”*, cit., p. 358, “il legislatore italiano doveva trovare uno strumento idoneo a rendere opponibile agli aventi causa del soggetto finanziato l'esercizio del potere di vendita da parte del finanziatore. Ed ha usato l'ipoteca (...)”; anche per R. LENZI-M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit., “con la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, potere di alienare beni altrui ed ipoteca assumono una originale configurazione, piegandosi a riprodurre meccanismi operativi elaborati in altri contesti giuridici”.

⁶¹⁰ Riporta le tesi ricostruttive del ruolo ambiguo dell'ipoteca, R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1737, ove, in senso critico, rileva che, “con maggiore chiarezza ed organicità il legislatore, anziché piegare l'ipoteca a mezzo di opponibilità della legittimazione a disporre, avrebbe potuto introdurre nuovi strumenti a ciò funzionali, modificando le norme in tema di pubblicità e introducendo nuove tipologie di atti soggetti a trascrizione, secondo quella tendenza che si è inaugurata con la previsione della trascrizione del contratto preliminare e che, anche recentemente, ha prodotto la disciplina sulla trascrivibilità del *rent to buy* e dei vincoli di destinazione”.

L'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre troverebbe fondamento proprio nel testo normativo⁶¹¹, dove, al comma 12 *quater*, è previsto che il finanziatore potrà vendere l'immobile in caso di mancato rimborso del finanziamento entro 12 mesi "dal verificarsi degli *eventi* di cui al citato comma 12"⁶¹², senza specificazione ulteriore circa la natura di tali eventi e comprendendovi, quindi, anche i trasferimenti *inter vivos* a terzi effettuati dal finanziato. L'indifferenza degli atti dispositivi del titolare rispetto al potere del creditore-finanziatore di alienare l'immobile è, quindi, assicurata dall'iscrizione ipotecaria, che estendendo la propria operatività funge da garanzia del potere dispositivo, per il quale non è, infatti, prevista autonoma trascrizione.

Tale tesi che stravolge la funzione tipica dell'ipoteca, si contrappone all'interpretazione più conservativa, secondo la quale "l'effettività di questa particolare forma di garanzia costituita dal potere di disporre sarebbe (così) assicurata non attraverso la sua opponibilità bensì attraverso l'affiancamento al tradizionale strumento dell'ipoteca"⁶¹³. Secondo questa lettura, l'ipoteca non perderebbe il ruolo di "perno centrale di tutta l'impalcatura del prestito vitalizio ipotecario"⁶¹⁴ e, anzi, l'ipoteca continuerebbe a svolgere la funzione sua propria, ponendosi quale alternativa rispetto all'esercizio del potere di disporre del bene⁶¹⁵; potere che, quindi, non sarebbe opponibile ai terzi.

4. La deroga all'art. 2744 cod. civ. nei contratti di garanzia finanziaria.

La graduale e significativa apertura verso nuove ed alternative forme di autotutela del credito, che si sono affiancate al progressivo sviluppo dei casi di vendita degli immobili dei debitori da parte degli stessi finanziatori, è iniziata con la deroga al divieto del patto commissorio prevista per i contratti di garanzia finanziaria⁶¹⁶.

⁶¹¹ In questo senso, A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 728 s.

⁶¹² Il comma 12 della nuova disposizione stabilisce che il rimborso può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato o anche anticipatamente "qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile".

⁶¹³ R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario, cit.*, p. 1739, specifica che i fautori di tale tesi (tradizionale) "pongono in luce come non si tratti certamente dell'esito normativo più efficace per una piena operatività di meccanismo autosatisfattivo ed è certo che l'opponibilità a terzi della legittimazione ad alienare del creditore sarebbe soluzione più efficiente, ma, (a loro avviso), non sembra che il testo normativo offra spunti per una tale interpretazione funzionalista".

⁶¹⁴ G.O. MANNELLA-G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario, cit.*, p. 118, "nel contratto in questione l'ipoteca rappresenta non solo una tipica forma di garanzia ma costituisce un requisito essenziale, strutturale che lo qualifica e concorre a definirne la causa".

⁶¹⁵ In termini di conferimento al creditore della facoltà di adottare l'una o l'altra forma di tutela esecutiva si esprime G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, Primo semestre 2015*, p. 63 s.

⁶¹⁶ A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 249, evidenzia come il quadro normativo in materia di garanzie finanziarie metta in discussione l'intera disciplina della responsabilità patrimoniale.

Si è visto che, a fronte dell'interpretazione estensiva del divieto in esame sono vietate tutte le fattispecie negoziali che, benché non accedenti a una garanzia tipica, siano idonee a perseguire il risultato sanzionato dall'art. 2744 cod. civ. Tale lettura della norma, unita al limitato operare dell'autonomia privata nel settore delle garanzie reali, all'antico radicamento del principio del numero chiuso dei diritti reali così come all'impatto del principio di accessorietà, ha indotto, già da tempo, il legislatore a circoscrivere l'ambito applicativo del divieto del patto commissorio.

In particolare, è attraverso il d.lgs. n. 170 del 2004⁶¹⁷, attuativo della direttiva n. 2002/47/Ce in materia di contratti di garanzia finanziaria⁶¹⁸, che il legislatore ha realizzato l'esigenza maggiormente avvertita nei mercati finanziari di uniformazione della disciplina delle garanzie reali al modello comunitario⁶¹⁹, espressamente escludendo, all'art. 6, comma 2, del citato decreto, l'applicabilità dell'art. 2744 cod. civ. ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrano nelle categorie tassativamente elencate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione)⁶²⁰.

L'ambito oggettivo di tale normativa è circoscritto alle ipotesi di "contratti di garanzia finanziaria" (*financial collateral agreement*), di tal che non rientrano nel campo di applicazione del d.lgs. n. 170/2004 le garanzie istituite in base ad un titolo diverso. La fattispecie delineata è particolarmente ampia⁶²¹, ricomprendendo sia le figure negoziali con costituzione di garanzia reale (il pegno), sia quelle che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia. Come è stato osservato⁶²², la definizione normativa contenuta nel decreto ha natura residuale "giacché stabilisce che la disciplina di riferimento si applica a qualsiasi altro contratto di garanzia finanziaria".

⁶¹⁷ Decreto Legislativo 21 maggio, 2004, n. 170, in G.U. n. 164 del 15/07/2004.

⁶¹⁸ Direttiva 6 giugno 2002, n. 47 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai contratti di garanzia finanziaria, in g.u.c.e. L. 168 del 27 giugno 2002, attuata con d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, con commento di F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, p. 78.

⁶¹⁹ A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euro ipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., p. 553 s.

⁶²⁰ Per una valutazione approfondita della normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria, si veda E. MASTROPOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/Ce del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 519 s.; A. GARDELLA, *La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della direttiva 2002/47/CE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, p. 583; R. TAROLLI, *Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 872 s.; R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1177 ss.

⁶²¹ L'art. 1, lett. d) del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 recita "il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie (...)".

⁶²² F. SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto bancario*, in <http://www.dirittobancario.it/rivista>.

La chiusura degli interpreti verso le alienazioni in garanzia non ha, quindi, precluso al formante legislativo di considerare come ammissibili nel nostro ordinamento tali figure negoziali, con ciò salvando una tipologia contrattuale dalla sanzione della nullità prevista dall'art. 2744 cod. civ.: disponendo che la disciplina si applica a "qualsiasi altro contratto di garanzia finanziaria", il decreto ha aperto il nostro ordinamento alla previsione di contratti di garanzia finanziaria atipici e suscettibile di attrarre le diverse tipologie contrattuali che progressivamente si delineeranno nella prassi finanziaria, forzando così le maglie del principio di tipicità dei contratti di garanzia reale⁶²³. Il sistema italiano delle garanzie reali è, da tempo, in crisi e alla ricerca di *escamotage* giuridici che rompano la rigidità del complesso normativo ormai risalente, con lo scopo di attenuare il principio del *numerus clausus* dei diritti reali al fine di agevolare all'operatore la collateralizzazione di un'operazione (ossia, garantire le obbligazioni assunte nell'operazione servendosi di contratti atipici) che, nella prassi societaria estera, si affermavano con funzione di garanzia.

In questo quadro, se, da un lato, le alienazioni a scopo di garanzia rappresentano un velato ed indiretto limite alla convenzione commissoria vietata dall'articolo 2744 cod. civ. ampliando il novero degli strumenti di garanzia atipici, dall'altro, la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria è espressione di una vera e propria deroga al divieto. La normativa di recepimento della Direttiva 2002/47/CE è, dunque, intervenuta introducendo alcune novità proprio su quei profili che già determinavano l'inflessibilità del sistema italiano delle garanzie reali, cercando di smussarne alcuni aspetti. Come è stato efficacemente osservato⁶²⁴, l'auspicio di un possibile effetto pervasivo del provvedimento attuativo sul baricentro del sistema non era unanimemente condiviso, prevalendo l'opinione tesa a giustificare la specialità della nuova disciplina in ragione della peculiarità del contesto del mercato finanziario.

5. Il patto marciano: *ratio* e struttura.

L'interpretazione giurisprudenziale dell'enunciato normativo di cui all'art. 2744 cod. civ. non conduce a ritenere vietato qualunque tipo di alienazione in garanzia, non estendendosi il divieto alle ipotesi in cui il trasferimento del diritto di proprietà non avvenga in quei modi e con quelle forme che costituiscono la ragione della illiceità del patto commissorio.

⁶²³ Sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali, si rimanda al prezioso contributo di A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, cit., p. 439 s.

⁶²⁴ N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715.

Sebbene manchi nel codice civile italiano una norma generale che ne sancisca l'ammissibilità⁶²⁵, la giurisprudenza di legittimità⁶²⁶ e la dottrina maggioritaria⁶²⁷ non dubitano della validità del patto marciano, con il quale il creditore insoddisfatto diviene titolare del bene oggetto della garanzia versando la differenza tra l'importo del credito e il valore della *res* garantita, previamente stimata da un terzo. Partendo dalla tradizionale premessa secondo cui la *ratio* del divieto del patto commissorio è rinvenuta nella necessità di apprestare un'adeguata tutela al debitore esposto alle sopraffazioni del creditore, la dottrina prevalente sostiene, infatti, che il patto marciano sia uno strumento idoneo ad evitare tali abusi e, quindi, atto ad arginare il divieto sancito all'art. 2744 del codice civile.

Isolandone l'aspetto squisitamente patrimoniale, altro orientamento⁶²⁸ individua la liceità del patto marciano nella sua idoneità a ristabilire l'equilibrio economico tra debitore e creditore che, infatti, in caso di inadempimento, diventa proprietario della *res*, a patto che restituisca al debitore l'eccedenza di valore del bene garantito rispetto all'importo del proprio credito.

Pertanto, se a ciò si aggiunge che la pattuizione commissoria mostra la propria illiceità nell'esercizio unilaterale del diritto potestativo di appropriarsi del bene vincolato, mentre, la convenzione marciana si distingue sotto questo profilo realizzando l'acquisto in proprietà solo in virtù dell'incontro di volontà tra le parti⁶²⁹, si legittima, a maggior ragione, l'inquadramento del patto marciano nelle forme di autotutela convenzionale del credito⁶³⁰.

⁶²⁵ In Francia, invece, è stato di recente codificato – con ord. n. 2006-346 del 23 marzo 2006 – il tradizionale riconoscimento della validità del patto marciano. Secondo la nuova disciplina, infatti, può convenirsi che il creditore pignoratizio diventi proprietario del pegno in caso di inadempimento, ma il credito deve essere soddisfatto conteggiando il valore del bene accertato al momento del trasferimento al creditore.

⁶²⁶ Cass. civ. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719, ove, in tema di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, si afferma che ove manchi la sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia, l'illiceità della causa è esclusa; Cass. civ. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *Giust. civ.* 2005, 6, I, p. 1528, secondo la quale “*non sussiste un patto commissorio vietato ex art. 1963 e 2744 c.c. qualora il trasferimento, o la promessa di vendita della cosa che ha formato oggetto di ipoteca, di pegno o di anticresi, venga pattuito allo scopo non già di garantire l'adempimento di un'altra obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto e di liberare, quindi, il debitore dalle conseguenze connesse alla sua pregressa inadempienza*”.

⁶²⁷ Riserve sulla validità del patto marciano vengono sollevate da G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 57 s. e V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., c. 1437, ritengono che l'intesa marciana sia comunque passibile di nullità stante il vizio genetico che inficia la causa del contratto, non essendo sufficiente che il creditore ristabilisca l'equilibrio economico per scongiurare l'elusione del divieto del patto commissorio; mentre L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, in *Cod. Civ. Comm. P. Schlesinger*, Artt. 2740-2744, Milano, Giuffrè, 2010, p. 318, eleva la portata della *par condicio creditorum*, evidenziando come la convenzione marciana pregiudichi gli interessi degli altri creditori.

⁶²⁸ C. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 242; N. CIPRIANI, *Patto marciano e patto commissorio*, cit., p. 297.

⁶²⁹ C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968, p. 79 s.

⁶³⁰ Si trova conferma di ciò nelle parole di C.M. BIANCA, *Autotutela* (dir. priv.), *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000, p. 130 s., che nel descrivere il concetto di autotutela riconosce la legittimità del patto marciano, affermando che “la riconosciuta liceità del patto marciano attesta che il creditore può essere

La Corte di cassazione ha di recente ribadito che “il patto marciano – clausola contrattuale con la quale si mira ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all’ammontare del suo credito, pattuendosi che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell’importo eccedente l’entità del credito (*iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam, secondo la tradizione giustiniana*) – esclude l’illiceità della causa del negozio, la quale non sussiste «pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongano un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino integrate entro schemi negoziali che tale abuso escludono in radice, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e del c.d. patto marciano - in virtù del quale, come è noto, al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell’importo eccedente l’entità del credito» (così Cass. civ. 21 gennaio 2005, n. 1273)”⁶³¹.

Onde evitare facili elusioni del patto commissorio, si richiede che la stima del bene sia effettuata da un terzo designato di comune accordo tra le parti o, comunque, secondo criteri concordati al momento della stipulazione della garanzia.

In quest’ottica, non si ritiene sufficiente, ad evitare la nullità, una stima preventiva al futuro eventuale inadempimento, tale da precludere la prova di una successiva intervenuta sproporzione tra valore del bene e ammontare del debito garantito. Allo stesso modo, non sarà adeguata una causale equivalenza tra valore del bene e debito garantito, non derivando da ciò un diritto del debitore a un controllo dei poteri autosatisfattivi del creditore.

Tuttavia, per autorevole dottrina⁶³² il rilievo che il patto marciano non sia svantaggioso per il debitore non sarebbe decisivo per affermarne l’ammissibilità: il patto commissorio, infatti, sarebbe colpito da nullità in quanto socialmente dannoso, anche qualora la singola concreta stipulazione commissoria non sia svantaggiosa per il debitore. La validità del patto marciano, secondo questa diversa costruzione, troverebbe fondamento nel fatto che, mentre nel patto commissorio la vantaggiosità dell’accordo è del tutto casuale, nel patto marciano, invece, essa è assunta a contenuto stesso del programma negoziale.

In ogni caso, a sostegno dell’ammissibilità del patto marciano militerebbe anche l’espressa previsione normativa del pegno irregolare (*ex art. 1851 cod. civ.*), nell’ambito dell’anticipazione bancaria, che consente al creditore pignoratizio di fare proprie le cose fungibili ricevute in pegno, dietro la restituzione della relativa eccedenza di valore. Anche in questa ipotesi, infatti, la determinazione del valore dei beni non è lasciata all’arbitrio del creditore, bensì riposa sulla valutazione oggettiva

validamente autorizzato ad appropriarsi dei beni del debitore a tacitazione dei suoi crediti e, a maggior ragione, a procedere alla loro liquidazione purchè sia previsto l’obbligo di rendiconto e di restituzione dell’eccedenza”.

⁶³¹ Cass. civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, *cit.*, richiama Cass. civ. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.* 2006, I, I, p. 177.

⁶³² C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 288.

del valore di mercato al tempo della scadenza del credito. Infatti, “proprio in quanto il creditore deve conteggiare i beni secondo il loro valore attuale, il pegno irregolare non rientra nella fattispecie del patto commissorio, che si riproporrebbe qualora fosse convenuto di conteggiare i beni secondo un valore predeterminato della costituzione della garanzia o di conteggiarli secondo un valore inferiore a quello reale”⁶³³.

6. L’affermarsi della cautela marciana nel sistema delle garanzie reali.

Il constatato indebolimento della portata del divieto del patto commissorio che sta guidando il legislatore verso l’introduzione di “nuove” forme di realizzazione coattiva dei diritti del creditore in via di autotutela, è conseguenza del favore riservato allo schema del marciano a livello giurisprudenziale. Se la ragione giustificativa che accomuna e fonda il divieto *ex art. 2744 cod. civ.* e il correttivo marciano sta nell’esigenza di scongiurare l’appropriazione del *surplus* determinato dalla differenza di valore tra la *res* trasferita e il credito garantito, l’accoglimento di forme di garanzia diverse da quelle tipiche sarà consentito laddove sia comunque tutelato, da un lato, l’interesse del debitore contro gli indebiti approfittamenti del creditore garantito e, dall’altro, quello degli altri creditori che su quel bene intendano rivalersi.

La parabola giurisprudenziale⁶³⁴ testimonia la progressiva apertura verso il correttivo marciano, condivisa anche dalla dottrina che ne riconosce l’idoneità, da un lato, “a neutralizzare i possibili inconvenienti che sono alla base del divieto delle alienazioni commissorie (a scopo di garanzia)”⁶³⁵ e, quindi, a ristabilire l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e, dall’altro, “a scongiurare che l’attuazione coattiva del credito avvenga senza controllo alcuno dei valori patrimoniali in gioco”⁶³⁶. La convenzione marciana nello scongiurare il pericolo di abuso sinallagmatico cui consegue la sproporzione tra le prestazioni contrattuali, non restituisce al debitore il potere di riappropriarsi della *res traslata* (pagando al creditore gli interessi e il danno da ritardo dell’inadempimento). Tuttavia, la lettura che scorge nell’art. 2744 cod. civ. una presunzione assoluta di coercizione del debitore alienante per via commissoria tradisce il reale interesse sociale, implicito nel dettato normativo, ad evitare il diffusivo confezionarsi di garanzie reali atipiche⁶³⁷.

La riflessione che porta a ritenere “inefficiente rispetto all’illibertà di una vicenda traslativa irreversibile, rilevante funzionalmente *ex art. 1344 c.c.*”, non è, invece, condivisa da chi predica che l’interesse protetto dall’art. 2744 cod. civ. sia non tanto

⁶³³ C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, La prescrizione, cit.*, p. 169.

⁶³⁴ Da ultimo, Cass. civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, *cit.*, conferma che è possibile superare i dubbi di liceità connessi al contratto di *sale and lease back* senza frustrare o, in qualche modo, aggirare il divieto posto dall’art. 2744 cod. civ., qualora “le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell’operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell’inadempimento, perché il *surplus* gli sarà senz’altro restituito”.

⁶³⁵ G. D’AMICO, *La resistibile ascesa del patto Marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, I, p. 1.

⁶³⁶ A. CHIANALE, *L’ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, Torino, Utet, 2017, p. 37.

⁶³⁷ S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, I, p. 181 s.

“la libertà assoluta e incondizionata di disporre dei propri beni quanto, piuttosto, quella di non doverne disporre a condizioni inique (ciò che la clausola marciana, per l'appunto, garantisce)”⁶³⁸.

L'ascesa del patto marciano nell'ordinamento italiano non è inoltre frenata, né direttamente né indirettamente, dai precetti di rango costituzionale che rimandano al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 o al limite dell'iniziativa economica di cui all'art. 41, i quali consentono di tutelare la libertà negoziale delle parti che intendano stipulare un patto avente ad oggetto il trasferimento di un bene al creditore per il caso di inadempimento del debitore, purché sia rispettata la proporzione tra l'entità del credito garantito e il valore del bene medesimo, scongiurando l'abusiva appropriazione del *surplus* da parte del prestatore garantito.

Neppure nelle norme ordinarie può trovarsi un ostacolo all'affermazione del patto marciano quale strumento per facilitare l'accesso al credito da parte del debitore “bisogno”, scorgendosi, anzi, un panorama normativo che da tempo conosce il principio che ispira la cautela marciana. Tra le disposizioni normative contenute nel codice civile, si rinvengono ipotesi di realizzazione coattiva dei diritti del creditore, subordinata alla corresponsione a quest'ultimo di quanto gli spetti, trovandosi così conferma della presenza – già nell'ordinamento codicistico – del principio che informa la clausola marciana, non manifestandosi il problema del patto commissorio per le garanzie mobiliari⁶³⁹. Il riferimento è, innanzitutto, al meccanismo dettato dall'art. 1851 cod. civ.: sotto la rubrica “pegno irregolare” il giurista italiano, da lungo tempo, conosce l'alienazione in garanzia di un bene fungibile, condizionata alla restituzione al debitore dell'eccedenza tra il debito garantito e il prezzo ricavato dal creditore. Inoltre, si richiama l'assegnazione della cosa oppignorata di cui all'art. 2798 cod. civ. e la disciplina di cui all'art. 2804 cod. civ., che consentono al creditore di ottenere l'assegnazione in pagamento della cosa o del credito oggetto di pegno, fino a concorrenza del debito.

7. Il patto marciano nella riforma della legislazione bancaria.

A fronte di una delle inefficienze più rilevanti del sistema italiano delle garanzie, individuata nel lento recupero del credito cui contribuisce la rigida interpretazione del divieto del patto commissorio, le recenti riforme legislative hanno inciso in particolare nel settore bancario, introducendo modalità stragiudiziali di escussione dei beni, con l'intento di consentire all'autonomia privata di trovare soluzioni rapide ed efficienti per il realizzo della garanzia, attuando un meccanismo di “autosoddisfazione” del credito che, superando il limite imposto dall'art. 2744 cod. civ., accelera e incentiva il finanziamento di attività d'impresa più aleatorie⁶⁴⁰.

⁶³⁸ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto Marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 25 agosto 2016, p. 5.

⁶³⁹ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 36.

⁶⁴⁰ R. BOCCIARELLI, *Decreto banche, Confindustria chiede più equilibrio banche-impese*, in *Quotidiano del Diritto*, 18 maggio 2016, in www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com, a fronte delle

Secondo l'interpretazione offerta dai primi commentatori della normativa, l'obiettivo di rendere più agevole e rapido il soddisfacimento delle ragioni del creditore, in caso di difficoltà del debitore nel far regolarmente fronte ai propri impegni, sarebbero state "tipizzate nuove forme di garanzia, già conosciute e controverse nella loro configurazione atipica, che consentono di evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione, accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all'affidamento dell'autorità giudiziaria e ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione"⁶⁴¹. Non sorprende, quindi, riscontrare tra le innovazioni più rilevanti la previsione di ipotesi normative che incarnano il principio della cautela marciana⁶⁴², che permette al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia, purché stimata al giusto prezzo, introducendo, quindi, uno strumento di protezione del credito più flessibile. Prima sconosciuto alla legge italiana, ma tradizionalmente ritenuto lecito⁶⁴³, il patto marciano è ora al centro di due provvedimenti (anzi, tre, se si considera la disciplina del prestito vitalizio ipotecario che non si colloca, però, nel settore bancario) che ne riproducono lo schema.

Tuttavia, come si vedrà, non ad ogni pattuizione di stampo marciano di nuova introduzione sono state attribuite le medesime caratteristiche; le innovazioni sul piano normativo si inseriscono all'interno di un "trend che anche a livello giurisprudenziale è impegnato a individuare la *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. non tanto nella tutela della libertà morale del debitore quanto nel rischio di una sproporzione tra il valore del bene e l'importo del credito"⁶⁴⁴. Ciascuna ha proprie peculiarità rispetto al tradizionale patto marciano, "a conferma che il legislatore ha inteso creare clausole capaci di soddisfare nuove esigenze e di adattarsi a contesti diversi"⁶⁴⁵.

Nel settore immobiliare, in particolare, l'utilizzazione del patto marciano ha consentito che il creditore possa ritenere definitivo l'acquisto dell'immobile, al momento della comunicazione ad esso del valore di stima dell'immobile (art. 48 *bis*, ottavo comma, T.U.B. introdotto con il c.d. decreto "salva-Banche"⁶⁴⁶), mentre, nel credito immobiliare al consumatore, si considera estinto il debito del consumatore con il trasferimento del bene immobile, oggetto di garanzia reale, al finanziatore ("anche se

condivisibili finalità del decreto, gli imprenditori, sollevano dubbi circa l'apparente carenza di equilibrio tra gli interessi in gioco tra banca e imprese, per "salvaguardare i principi di buona fede e correttezza contrattuale, anche al fine di assicurare la piena tenuta giuridica delle nuove disposizioni".

⁶⁴¹ R. LENZI-M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, cit.

⁶⁴² E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Settembre 2016, n. 356, p.35.

⁶⁴³ A. BUSANI, *Il patto marciano garantisce i mutui*, in *Quotidiano del Diritto*, 30 giugno 2016, su www.ilquotidianodeldiritto.ilsole24ore.com, "fino a poche settimane fa il 'patto marciano' era una costruzione sostanzialmente confinata nel diritto teorico"...era un contratto assai poco praticato (probabilmente perché non regolamentato) ma sicuramente lecito, in quanto non lesivo del divieto di patto commissorio...".

⁶⁴⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 569-570.

⁶⁴⁵ F. AMICI, *Nuovi profili di estinzione del debito mediante trasferimenti solutori*, in www.giustiziacivile.com, 2017, 7, p. 8.

⁶⁴⁶ Decreto legge, 3 maggio 2016, n. 59 recante "disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione" convertito in Legge 30 giugno 2016, n. 119, pubblicato in G.U. 2 luglio 2016, n. 153.

l'immobile restituito o trasferito è inferiore al debito residuo", ex art. 120 *quinquiesdecies*, terzo comma, t.u.b., introdotto con il D.lgs. 21 aprile 2016, n. 72⁶⁴⁷. Le pattuizioni di stampo marciano recepite nella novella al Testo unico bancario – tra le quali figura anche la previsione, in campo mobiliare, del cosiddetto pegno non possessorio⁶⁴⁸ che supplisce all'inefficacia della tutela del credito determinata dalla sottrazione, all'impresa che ricorre al credito, di cespiti economici necessaria all'attività aziendale, superando il requisito dello spossessamento – hanno suggerito ad autorevoli studiosi della materia la riflessione secondo la quale “gli istituti classici di garanzia del credito affidati alle forme della ipoteca e del pegno risultano sostanzialmente «rivoluzionati» dalle modificazioni intervenute, anche in attuazione di direttive comunitarie, delle garanzie del credito”⁶⁴⁹.

8. Il nuovo finanziamento alle imprese ex art. 48 bis T.U.B.

Nell'ambito di un più ampio progetto, volto a semplificare e rendere più flessibile il sistema delle garanzie reali, “con l'obiettivo di allineare il diritto italiano ai più recenti sviluppi registrati in ambito europeo e internazionale (specie in ambito Uncitral⁶⁵⁰), sia introducendo strutture negoziali completamente nuove⁶⁵¹ sia mediante la legittimazione di istituti giuridici precedentemente elaborati dalla giurisprudenza”⁶⁵², l'art. 2 della legge 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto l'istituto del “*finanziamento*

⁶⁴⁷ Decreto legislativo, 21 aprile 2016, n. 72, in G.U. 20 maggio 2016, n. 117, di attuazione della direttiva 2014/17/UE (“*Mortgage Credit Directive*” o direttiva mutui), in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141. Per la dottrina (A. BUSANI, *Costi addebitabili non oltre gli oneri sostenuti dalla banca*, in *Quotidiano del Diritto*, 28 giugno 2016, in www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com), il principale obiettivo del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 è quello di creare “una metodologia più soddisfacente per far fronte ai crediti delle banche in caso di inadempimento dei consumatori finanziati”.

⁶⁴⁸ Introdotto con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, 1° co., l. 30 giugno 2016, n. 119), con tal strumento il creditore, al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, ha facoltà di procedere alla vendita dei beni oggetto di garanzia, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito e con l'obbligo di restituzione dell'eccedenza rispetto alla somma garantita.

⁶⁴⁹ Si riporta il pensiero di A. DI MAJO, *Le garanzie del credito, non più tali ma aventi sostanzialmente causa solutoria*, in *Le nuove forme di garanzia del credito*, Convegno tenutosi presso la Camera di Commercio della Maremma e del Tirreno, Livorno, 10 novembre 2017.

⁶⁵⁰ Si tratta della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL, o *United Nations Commission on International Trade Law*) che è stata creata nel dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, al fine di promuovere la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto commerciale internazionale.

⁶⁵¹ Il riferimento è al pegno non possessorio, per cui si rimanda, tra i molti, a E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale non possessoria*, cit., p. 1715 s.

⁶⁵² D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. not.*, 2016, 6, p. 1111; G. NEGRI-G. TROVATI, *Indennizzi e recupero crediti, via libera al Dl banche*, in *Quotidiano del Diritto*, 30 giugno 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com, “nel testo approvato definitivamente ieri trova posto anche un pacchetto di misure per ampliare le garanzie sui crediti e favorirne l'escussione a vantaggio soprattutto dei creditori finanziatori. Tre i cardini: l'introduzione del patto marciano, il debutto del pegno non possessorio, un mix di misure acceleratorie per le procedure esecutive”.

alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato” di cui all’art. 48 *bis* del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario – T.U.B.)⁶⁵³.

La nuova norma, al comma 3, prevede che un imprenditore e una banca, o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, possano inserire, all’interno del contratto di finanziamento, una pattuizione che, a garanzia dell’adempimento, contempra il trasferimento – in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari – della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell’imprenditore o di un terzo (salvo che non si tratti di immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado), sospensivamente condizionato all’inadempimento del debitore.

In sostanza, “se l’impresa finanziata è inadempiente, l’immobile è trasferito alla banca la quale (salvo tenerlo, ciò che è, però, improbabile) lo può direttamente vendere al fine di compensare con il ricavato dalla vendita il proprio credito”⁶⁵⁴.

Da un punto di vista soggettivo, le parti dell’operazione coinvolte sono, *ex latere creditoris*, la banca o un altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell’art. 106 T.U.B. (come specificato dalla legge di conversione del decreto in commento); mentre, con riferimento al debitore, la nuova disposizione contempla solo gli imprenditori e non anche i consumatori, per i quali, è stata introdotta un’apposita disciplina dal d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (e di cui si dirà tra breve).

Si osserva che se le parti del contratto di finanziamento sono specificamente indicate, non è richiesto che vi sia coincidenza con quelle del patto marciano, potendo essere stipulato anche da un terzo datore di garanzia, quale, ad esempio, una società controllata/controllante del, o collegata al, debitore⁶⁵⁵.

Quanto ai requisiti oggettivi, in base al dettato del primo comma del nuovo art. 48 *bis* T.U.B., è chiaro che il patto possa garantire solo le obbligazioni del debitore derivanti da un contratto di finanziamento, con ciò escludendo tutte le diverse fattispecie di concessione del credito, quali, ad esempio, l’emissione di titoli obbligazionari⁶⁵⁶.

È espressa l’esclusione, tra i beni oggetto della garanzia, degli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge e dei suoi parenti entro il terzo grado (terzo comma); sotto questo profilo, la disposizione è volta a rafforzare la tutela del debitore quando vengano in rilievo interessi abitativi, benché, il divieto di ricorrere

⁶⁵³ Tra i molti commenti alla novella al Testo Unico Bancario, si veda, anche G. D’AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D’AMICO *et al.*, *I nuovi marcciani*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 9 s., S. PAGLIANTINI, *Sull’art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marcciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, *ivi*, p. 42 s.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, 2016, 12, pp. 1451-1466.

⁶⁵⁴ A. BUSANI, *Il patto marcciano garantisce i mutui*, *cit.*

⁶⁵⁵ D. MARI, *Il patto marcciano: un’analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, *cit.*, p. 1113.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

all'alienazione della casa familiare non “«salva» l'interesse abitativo⁶⁵⁷ del proprietario o sei suoi congiunti, ma si limita a far sì che, in caso di inadempimento, la gestione della fase patologica transiti per il processo esecutivo”⁶⁵⁸. L'intenzione è, dunque, quella di riportare la gestione di un momento patologico del rapporto tra le parti della garanzia, sotto la “supervisione” del giudice, quando vengano in rilievo interessi meritevoli di tutela.

Il trasferimento immobiliare è, ai sensi del primo comma, subordinato alla condizione sospensiva di inadempimento i cui presupposti (il perdurare di un determinato lasso di tempo) sono definiti al quinto comma⁶⁵⁹ del medesimo articolo. Poiché l'alienazione sospensivamente condizionata, da un lato, non è traslativa del diritto e, dall'altro, determina gli effetti del patto retroattivamente (quarto comma), l'acquisto del prestatore garantito prevarrà sugli atti di disposizione compiuti dall'alienante in pendenza della condizione, sempre che siano state espletate le necessarie formalità di trascrizione. Inoltre, si osserva che, come per l'ipoteca, “fin quando la garanzia non viene escussa, il godimento del bene immobile (...) resta al soggetto garante titolare del diritto reale”⁶⁶⁰.

Al verificarsi dell'inadempimento⁶⁶¹, il creditore è tenuto a notificare al debitore (e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare) una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, precisando l'ammontare del credito per cui procede; poi, decorsi sessanta giorni dalla notificazione, dovrà chiedere al presidente del tribunale del luogo in cui si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima della *res* (sesto comma). L'attività di valutazione dell'immobile oggetto di garanzia si pone quale elemento centrale dell'art. 48 *bis* T.U.B.: il consulente, che agisce in conformità alle regole in tema di determinazione dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1349, I c., cod. civ., al termine della propria prestazione (e comunque entro sessanta giorni dalla nomina), comunica la relazione giurata di stima al debitore, e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile.

Comunicato al creditore il valore di stima ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al secondo comma, “qualora il

⁶⁵⁷ La tutela di tali interessi emerge anche dalla disciplina della *homestead exemption*, di cui offre ampia trattazione A. FUSARO, *Homestead exemption*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, 1, pp. 1-13.

⁶⁵⁸ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 5, p. 995.

⁶⁵⁹ Il quinto comma prevede che si determini l'inadempimento del debitore “quando il mancato pagamento si protrae per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre sei mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento”.

⁶⁶⁰ G. VISCONTI, *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, in *Immobili & Proprietà*, 2017, 10, p. 586.

⁶⁶¹ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto Marciano*, *cit.*, p. 10, si interroga sulla soluzione da adottare nell'eventualità in cui l'inadempimento sia contestato: dal silenzio della legge sul punto “parrebbe doversene evincere che il debitore può agire in sede ordinaria per vedere accettato l'adempimento (o l'inadempimento “sotto soglia”)”.

valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento" la condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata (ottavo comma).

Quanto alla forma, il nuovo contratto (o patto) di garanzia reale immobiliare di cui all'art. 48 *bis* T.U.B., deve essere stipulato per iscritto e redatto da un notaio, al momento della conclusione del contratto di concessione del finanziamento; si tratta, quindi, di un negozio accessorio e collegato a quello principale⁶⁶².

8.1. Il correttivo marciano.

Il sistema bancario si dota di un meccanismo di accesso al credito apparentemente più agevole anche per i medio-piccoli imprenditori, il cui finanziamento era notoriamente più rischioso, soddisfacendo l'esigenza di rafforzamento del ruolo degli istituti di credito a sostegno dell'economia⁶⁶³. Grazie all'art. 48 *bis* T.U.B., il prestatore garantito potrà realizzare il proprio diritto senza dover avviare un percorso giudiziario, le cui inefficienze del meccanismo, connesse alle lungaggini procedurali, concorrono ad alimentare l'insoddisfazione del finanziatore e l'inattività di alcuni istituti di credito italiani.

Al fine di scongiurare l'elusione del divieto posto dall'art. 2744 cod. civ., il secondo comma della norma in esame specifica i confini di liceità dell'istituto, ammettendo che il trasferimento sia valido "purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento".

La riforma introduce nel nostro ordinamento la figura negoziale riconducibile al patto marciano⁶⁶⁴, mirando ad impedire che il creditore (in questo caso, la banca) si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito, prevedendo il riaccredito al debitore dell'eventuale eccedenza tra il valore del bene e l'importo garantito⁶⁶⁵.

Con tale disposizione normativa ha fatto ingresso nel nostro ordinamento una "fattispecie di finanziamento *all'impresa* 'garantito' in via autonoma (ossia a prescindere dalla costituzione di un'ipoteca) dalla previsione convenzionale del trasferimento al creditore della proprietà o di altro diritto su un bene immobile (...) al verificarsi dell'inadempimento del debitore"⁶⁶⁶, mirando a rendere più snelle ed efficaci le tecniche di realizzo dei diritti del finanziatore, pur con l'imprescindibile

⁶⁶² Più approfonditamente, G. VISCONTI, *La nuova garanzia, cit.*, p. 587.

⁶⁶³ A. BUSANI, *Patto marciano, spinta al credito*, in *Quotidiano del Diritto*, 28 giugno 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.

⁶⁶⁴ A. BUSANI-E. LUCCHINI GUASTALLA, *Così la banca può vendere l'immobile del debitore*, in *Quotidiano del Diritto*, 18 maggio 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com, "il Dl. n. 59/2016 codifica dunque un particolare patto marciano: quello tra banca finanziatrice e impresa finanziata...".

⁶⁶⁵ A questo proposito, il contratto di finanziamento deve contenere l'espressa previsione di un conto corrente bancario, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito (ottavo comma).

⁶⁶⁶ G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano, cit.*, p. 1.

adozione di misure specificamente dirette a tutelare gli interessi del finanziato, titolare di un diritto reale immobiliare.

La valorizzazione dell'intesa negoziale in una fase che, di regola, è rimessa al controllo del giudice, si apprezza nel potere di acquisizione e di disposizione (con la variante dello *ius venedendi*), ma potenzialmente anche di gestione, del bene vincolato⁶⁶⁷.

Il legislatore ha previsto un'operazione negoziale che, in ipotesi di patologia del rapporto obbligatorio, consente il trasferimento dell'immobile del debitore mutuatario (o del terzo); il fatto che ciò avvenga senza che sia previsto alcunché per il caso in cui il bene risulti di valore inferiore al credito, valorizza la funzione di garanzia assegnata a tale espediente giuridico, che al comma 13 *bis* è, appunto, definito «*patto a scopo di garanzia*», “in tal modo negando l'effetto estintivo dell'obbligazione, come accade, tipicamente in tutte le situazioni caratterizzate da garanzie incapienti”⁶⁶⁸.

La nuova disciplina ha voluto chiarire, *apertis verbis*, la funzione di garanzia del correttivo marciano inserito dall'art. 48 *bis* T.U.B., contrastando quell'orientamento che attribuisce al patto marciano una funzione diversa, attenendo piuttosto alla fase solutoria⁶⁶⁹. In particolare, sul punto, è stato precisato che se “gli effetti traslativo-solutori (attribuzione definitiva correlata alla estinzione di una obbligazione) si producono nella patologia del rapporto, mentre quelli essenziali della garanzia (attribuzione di diritto di seguito e di preferenza) si producono anche in ipotesi di svolgimento fisiologico del rapporto obbligatorio e, dunque, anche in caso di normale adempimento”⁶⁷⁰, allora il patto marciano incarnerebbe piuttosto un meccanismo solutorio.

Quale che sia la funzione e benché l'alienazione condizionata, corredata dalla clausola marciana, comportante stima del bene e restituzione del *surplus*, dovesse considerarsi tecnicamente possibile anche prima dell'introduzione di tale disciplina, il risultato di questi interventi è quello di aver fornito uno strumento tipico, alternativo all'esecuzione forzata.

8.2. Alcune criticità dell'istituto.

Nel leggere la normativa ci si imbatte in un “ginepraio”⁶⁷¹ le cui lacune e perplessità stimolano il dibattito attuale. Il giudizio che parte della dottrina riserva all'ipotesi disciplinata dall'art. 48 *bis* T.U.B. è, infatti, tutt'altro che benevolo, ritenendo che la

⁶⁶⁷ N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1731.

⁶⁶⁸ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L.N. 119/2016: il c.d. patto marciano*, cit., p. 12.

⁶⁶⁹ F. ANELLI, *Le alienazioni in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 303 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., p. 109 s.

⁶⁷⁰ N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1730.

⁶⁷¹ L'espressione è di S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?* in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1719.

disposizione in esame sia stata “confezionata secondo una foggia che la fa scopertamente somigliare (se non ad un mostriattolo) al vestito di Arlecchino”⁶⁷².

Se nelle intenzioni del legislatore vi era l’auspicio per un rinnovato sistema delle garanzie reali che garantisse maggiore flessibilità nelle operazioni di finanziamento (anche) del piccolo medio imprenditore, spesso escluso dall’accesso al credito, il risultato che potrebbe derivare dall’applicazione di tale regola va in direzione opposta. I privilegi di cui la banca gode emergono con evidenza dall’assetto della disciplina in esame, che sembra finalizzata ad assicurare una più efficace tutela dei soggetti che concedono i finanziamenti alle imprese a scapito del debitore. Sovvertendo l’originario impianto del divieto del patto commissorio, che individua nella tutela della posizione debitoria la principale *ratio* della regola, l’istituto mostra, infatti, un evidente *favor* per i creditori bancari⁶⁷³, la cui protezione risulta rafforzata: mirando a rendere più semplici ed efficaci le tecniche di realizzo dei diritti del soggetto finanziatore, la norma prevede la pattuizione del trasferimento a questi della proprietà di un bene immobile, o di altro diritto reale immobiliare, dell’imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all’inadempimento del debitore.

Che dire del meccanismo con il quale avviene il trasferimento della proprietà?

La limitazione delle garanzie del debitore emerge, innanzitutto, dall’assenza di una fase di verifica dell’inadempimento, che si determina semplicemente quando il mancato pagamento si protragga per un determinato periodo di tempo, riproducendo la disciplina della risoluzione per inadempimento del contratto di credito fondiario⁶⁷⁴. La medesima carenza di accertamento giurisdizionale, poi, si constata nella successiva fase di contestazione del valore di stima da parte del debitore (settimo comma), che, non interrompendo il procedimento di acquisizione definitiva del bene, rimette ad un momento successivo l’eventualità di ricevere dalla banca la differenza reclamata. Il tempestivo intervento del giudice determinerebbe il risultato di evitare l’indebito vantaggio del creditore a scapito del debitore, scongiurando nuovi ritardi giudiziali.

Quale effetto della disciplina di cui all’art. 48 *bis* T.U.B., quindi, il debitore “si troverà spogliato di un suo bene all’esito di un procedimento nel quale il giudice non ha il potere né di verificare l’esistenza e la legittimità del credito del finanziatore, né quello di controllare l’operato del perito chiamato a quotare il bene offerto in garanzia”⁶⁷⁵.

Di conseguenza, anche sul fronte del rispetto della *par condicio creditorum*, la regola si mostra fallace: se il valore del bene supera l’ammontare del debito, i creditori avranno interesse ad aggredire l’eventuale residuo che chi beneficia del marciano deve

⁶⁷² *Ibid.*, p. 1719., prosegue l’A. affermando che l’art. 48 *bis* si presenti, nell’ordine, a guisa di: a) una norma farraginoso; b) una norma largamente incompleta e, soprattutto, c) una norma ingessante, visto che non la asseconda affatto, l’autonomia privata”.

⁶⁷³ S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L.N. 119/2016: il c.d. patto marciano*, *cit.*, p.1.

⁶⁷⁴ G. LIACE, *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, in *Banca impr. soc.*, 2017, II, pp. 244-245, specifica che il legislatore avrebbe mutuato dalla disciplina dell’inadempimento del contratto di credito fondiario il meccanismo della individuazione del lasso temporale minimo e del numero delle rate minimo al fine di ritenere sussistente l’inadempimento.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 248.

versare al debitore, ma, al di fuori del contesto giurisdizionale, la distribuzione di tali somme potrebbe certamente essere pregiudicata⁶⁷⁶.

9. Il contratto di credito immobiliare ai consumatori: uno sguardo d'insieme.

Come noto, la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali è affrontata dalla *Mortgage Credit Directive (MCD)*, che il recente d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (c.d. decreto mutui) recepisce.

Nelle pagine che precedono, si è detto che la citata direttiva si occupa di rendere più agevole l'accesso al credito per i consumatori, promuovendo la loro educazione finanziaria e migliorando il rapporto fiduciario con i finanziatori⁶⁷⁷: regole relative alla vigilanza sugli intermediari abilitati all'erogazione dei finanziamenti, imperniate sull'onesta, sull'equità, sulla trasparenza e sulla corretta informazione, si combinano a quelle inerenti alla disciplina del contratto di finanziamento⁶⁷⁸.

Il decreto mutui importa rilevanti novità in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori⁶⁷⁹, nonché con riferimento alla disciplina degli intermediari del credito. Di conseguenza, il Testo Unico Bancario risulta integrato mediante l'introduzione di un nuovo Capo I *bis* (art. 120 *quinquies*-120 *noviesdecies*) nel Titolo VI, rubricato "*credito immobiliare ai consumatori*".

Le nuove regole si applicano, dal punto di vista soggettivo, ai rapporti con i consumatori⁶⁸⁰, ossia con persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, mentre, sotto il profilo oggettivo, operano rispetto ai contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca su un immobile residenziale, finalizzati all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato. L'ambito di applicazione della disciplina è notevolmente ampio ricomprendendo contratti di concessione di un credito in qualsiasi forma, ma soprattutto sotto forma di un prestito di una somma di denaro, cioè

⁶⁷⁶ N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., p. 1731.

⁶⁷⁷ G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marcciani*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 151, "l'esigenza è chiaramente quella di personalizzare il rapporto tra consumatore e creditore così da bilanciare la spersonalizzazione della fase informativa, sempre più anonima a causa del ricorso a moduli prestampati uniformi, secondo una tecnica ben nota adottata anche dalla dir. 2014/17/UE".

⁶⁷⁸ Sul punto, P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016, p. 3.

⁶⁷⁹ Per una lettura più approfondita in materia di contratto di credito immobiliare ai consumatori, si rinvia, per tutti, a S. CHERTI-L. FOLLIERI-C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino, S. Cherti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 197 s.

⁶⁸⁰ Ai sensi dell'art. 120 *quinquies* T.U.B., comma 1, lett. b) per "*consumatore*" si intende "*una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*". Utile appare richiamare quanto previsto dal Considerando 12 della Direttiva 2014/17/UE, secondo cui "*la definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale. Tuttavia, nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nell'ambito delle attività commerciali o professionali della persona e parzialmente ne restino al di fuori e lo scopo commerciale o professionale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore*".

di un mutuo, da parte di un finanziatore ad un consumatore, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale su un bene immobile residenziale⁶⁸¹ (cioè con destinazione d'uso di civile abitazione).

Il decreto legislativo in commento introduce previsioni in materia di obblighi pre-contrattuali, specificando la disciplina degli annunci pubblicitari e imponendo regole di condotta informativa ai finanziatori, agli intermediari e ai loro rappresentanti che conducano il consumatore verso una “scelta negoziale consapevole (...) anche alla luce delle capacità cognitive, del livello di istruzione e del bagaglio di esperienza della controparte consumatrice”⁶⁸². Inoltre, prima della conclusione del contratto il finanziatore non solo ha il diritto, ma proprio l'obbligo di svolgere una “*valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito*”⁶⁸³. L'esigenza soddisfatta con tale previsione è duplice: evitare al consumatore di incorrere in una crisi da sovraindebitamento che, inevitabilmente, si tradurrebbe in un pregiudizio degli istituti di credito, prima e, poi, dello stesso mercato creditizio⁶⁸⁴.

Significativa è poi la regolamentazione della fase patologica del contratto di finanziamento determinata dalla mancata restituzione del capitale e comportante il pagamento degli interessi corrispettivi da parte del debitore, che sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguono.

9.1. L'inadempimento del consumatore e il patto marciano nell'art. 120 *quinquedecies* T.U.B.

Nell'ambito della disciplina della violazione del contratto, si è dato conto della disposizione di cui all'art. 28 della *Mortgage Credit Directive*, il cui contenuto abbraccia la fissazione della soglia di rilevanza dell'inadempimento del consumatore, la determinazione forfettaria del risarcimento del danno con particolare riferimento alla disciplina degli interessi moratori e, in ultimo, la possibilità di introdurre nel contratto una pattuizione che ricalca lo schema del patto marciano. Il recepimento delle

⁶⁸¹ L'art. 120 *quinquies* T.U.B., comma 1, lett. c) prevede che l'ambito di applicazione della disciplina sia circoscritta ai contratti di credito “*con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*”.

⁶⁸² F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in G. D'AMICO *et al.*, *I Nuovi marciali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 152.

⁶⁸³ G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Immobili & Proprietà*, 2016, pp. 489 ss.

⁶⁸⁴ M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. e dir. priv.*, 3, 2017, p. 733 s.

relative prescrizioni (ossia dell'art. 28 *MCD*) ha trovato attuazione nell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., il cui secondo comma si è limitato a riprodurre la norma europea, “giusto modificando la forma verbale da ipotetica in prescrittiva”⁶⁸⁵, vietando, quindi, al finanziatore di imporre al consumatore “oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso”.

Tuttavia, la previsione di maggior impatto è quella contenuta nel terzo e quarto comma dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., che è stata considerata sin dai primi commenti⁶⁸⁶ una positivizzazione del patto marciano.

Più in particolare, secondo quanto è stato efficacemente osservato⁶⁸⁷, l'ipotesi dell'inadempimento del cliente è stata costruita ricalcando un modello bifasico, definito “stop e go”; in particolare, la prima fase (“stop”) descrive l'adozione da parte dell'intermediario di procedure per gestire “in modo proattivo”⁶⁸⁸ i rapporti con i consumatori in difficoltà con i pagamenti. Sotto questo profilo, il Provvedimento della Banca d'Italia in materia di trasparenza ha recepito gli orientamenti adottati dall'*EBA* in tema di “*arrears and foreclosure*”, mostrando “il favor dell'autorità di vigilanza di settore, in linea con il legislatore comunitario, verso forme di conservazione del rapporto, anche su nuove basi, tra il finanziatore e il debitore in difficoltà”. Qualora, però, lo stato di difficoltà di rimborso non venga comunque superato attraverso la gestione proattiva, il legislatore ha introdotto strumenti che accelerino l'escussione delle garanzie immobiliari, aprendo così la fase “go”⁶⁸⁹.

Si inserisce in questo contesto l'implementazione dello schema del patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori, che, a riprova della sostanziale inefficienza delle procedure esecutive immobiliari, risponde all'esigenza di garantire la più celere soddisfazione degli interessi dei creditori e degli stessi debitori esecutati, in posizione di crescente difficoltà nel rimborso del prestito. In conformità al dettato del paragrafo quarto dell'art. 28 *MCD*, che dispone che “*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*”, il comma terzo dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. prevede la facoltà di introdurre nel contratto di credito un patto che consenta di estinguere integralmente il debito residuo nei confronti del finanziatore attraverso il trasferimento della titolarità del bene immobile vincolato oppure mediante

⁶⁸⁵ F. PIRAINO, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 7, 2017, p. 1747.

⁶⁸⁶ Tra i molti, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa*, cit., p. 29 s.; G. D'AMICO et al, *I nuovi marciari*, cit., pp. 51 s. e 149 s.; S. CHERTI-L. FOLLIERI-C. VERDE, *La nuova disciplina*, cit., p. 219; R. LENZI, M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 29 s.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 22 s.

⁶⁸⁷ F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in www.dirittobancario.it, novembre 2016, p. 24.

⁶⁸⁸ Direttiva 2014/17/UE, cit., considerando 27.

⁶⁸⁹ Si riporta la ricostruzione di F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 24.

acquisizione dei proventi della sua vendita, che sia effettuata ottenendo il miglior prezzo possibile⁶⁹⁰.

Il correttivo marciano si mostra nell'esercizio di una puntuale stima del valore del bene, effettuata da un soggetto indipendente, che assista il trasferimento del bene vincolato o dei proventi della vendita del medesimo, e dal conseguente riaccredito dell'eccedenza qualora il ricavato dalla vendita fosse superiore al debito residuo.

La legittimità di tale pattuizione trova, quindi, conferma nella previsione che assicura l'assenza di squilibrio tra l'ammontare del debito e il valore del credito (sanzionato dal patto commissorio), garantita dall'esecuzione di una valutazione di stima del bene che sia il più possibile imparziale, le cui modalità di esecuzione siano predeterminate mediante la fissazione di criteri di stima oggettivi preventivamente convenuti oppure tramite l'affidamento dell'incarico ad un terzo soggetto imparziale⁶⁹¹. A soddisfazione di tali condizioni si colloca il comma successivo del medesimo art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. (c. 4, lett. d) prevedendo che *“il valore del bene immobile oggetto di 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 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento”*.

L'inadempimento che legittima il ricorso alla clausola marciana è solo quello consistente nel *“mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili”* (c. 4, lett. c), mentre non costituiscono inadempimenti i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto di credito ai sensi dell'art. 40, secondo comma, del T.U.B. Improntato ad un evidente *favor* per il consumatore è la previsione che gli impone l'assistenza, a titolo gratuito, di un consulente al fine di valutare la convenienza dell'inserimento della clausola marciana (c. 4, lett. b).

Il legislatore, anche in questa sede, ha dunque voluto tipizzare il patto marciano, la cui portata però differisce sia dalla previsione di cui all'art. 48 *bis* T.U.B., sia dalla disciplina del prestito vitalizio ipotecario. A riprova di ciò, l'attribuzione all'ipotesi del finanziamento all'impresa garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato dell'etichetta di *“prima disciplina dettagliata di un tipo di patto marciano”*⁶⁹², a cui si aggiunga la mancata coincidenza formale nella struttura del prestito vitalizio ipotecario di un'intesa marciana induce l'interprete a collocare il terzo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. in una posizione mediana rispetto ai citati

⁶⁹⁰ Letteralmente, il terzo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. recita *“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 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”*.

⁶⁹¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 570.

⁶⁹² A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, cit., p. 754.

“nuovi” negozi, presentando, infatti, un correttivo marciano che, da un lato, è più “celato” rispetto alla disciplina del nuovo finanziamento alle imprese di cui all’art. 48 *bis* T.U.B e, dall’altro, è più “evidente” rispetto alla soluzione del mandato a vendere *post mortem exequendum* prescritta nella legge n. 44 del 2015.

Discostandosi dall’art. 48 *bis* T.U.B., la regola dettata dall’art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3, T.U.B. pone *ex lege* l’effetto esdebitatorio dell’intera posizione debitoria.

Nel prevedere, infatti, la possibilità che le parti convengano di estinguere l’intero debito del consumatore per effetto del trasferimento della proprietà del bene alla banca, senza che l’eventuale sproporzione, tra il valore del bene e il credito garantito, infici la pattuizione (e, quindi, anche quando il valore dell’immobile o il ricavato della vendita sia inferiore al debito residuo), l’espedito giuridico introdotto dal decreto mutui offre una soluzione di natura privatistica che si discosta dalle peculiarità tipiche degli strumenti di garanzia. Non a caso, dell’effettiva natura di alienazione in garanzia di tale operazione negoziale dubita parte della dottrina⁶⁹³ che individua nell’effetto di esdebitazione totale una caratteristica dei trasferimenti solutori.

9.2. Brevi notazioni in prospettiva comparatistica.

Gli interventi normativi di derivazione europea, tra i quali spicca la *Mortgage Credit Directive*, hanno suggerito un ripensamento dell’assetto delle garanzie reali nel sistema italiano che guadagna spazi negli interstizi dell’autotutela esecutiva.

Come noto, la crisi dei mercati creditizi unita alla supposta inefficienza dei meccanismi del processo esecutivo hanno determinato una difficoltà di recupero dei crediti da parte degli istituti finanziari e, più in generale, dei creditori, che ha costituito terreno fertile per il recepimento delle prescrizioni europee, ispirate alla promozione dell’autonomia privata. In ambito europeo, infatti, il principio della libera circolazione degli strumenti giuridici si applica anche alle “situazioni reali, sino a forzare le strettoie dei registri e il numero chiuso dei diritti reali”⁶⁹⁴.

In un sistema rigido delle garanzie reali, che fa dei principi della *par condicio creditorum* e del *numerus clausus* il suo baluardo, “il ricorso a strumenti convenzionali si è reso necessario per i privati e, soprattutto, per gli istituti di credito, per introdurre forme di soddisfacimento del credito, dotate di maggior snellezza e celerità”⁶⁹⁵. Non può, quindi, non rilevarsi come già da tempo l’elaborazione di alienazioni in garanzia dotate del correttivo marciano fossero accolte nella giurisprudenza di legittimità⁶⁹⁶, ammettendo pertanto la stipulazione di convenzioni private che assumono le sembianze di forme di autotutela del credito.

⁶⁹³ A. DOLMETTA, *La ricerca del “marciano utile”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4, p. 817.

⁶⁹⁴ Si riporta il pensiero di A. FUSARO, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità prospettive*, in P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari*, cit., p. 17 s.

⁶⁹⁵ M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, cit., 734.

⁶⁹⁶ Cass. civ. 9 maggio 2013, n. 10986, cit.; Cass. civ., 6 ottobre 2004, n. 19950, cit.; Cass. civ. 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

Tuttavia, la spinta del legislatore europeo non pare trascurabile, avendo di fatto consentito la tipizzazione del patto marciano e avvicinato il sistema italiano delle garanzie reali a quello di altri ordinamenti⁶⁹⁷. Lo scenario inglese offre una prospettiva di indubbio interesse per l'interprete italiano, mostrando una disciplina della vendita del bene concesso in garanzia (*power to sell out of court*) che integra lo schema del patto marciano positivizzato nell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.

Con riguardo alla corretta applicazione della clausola marciana (di cui ai commi 3 e 4 del citato articolo), il Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero di giustizia, sentita la Banca d'Italia, è chiamato ad emanare le disposizioni di attuazione, che ad oggi risultano ancora attese. Posto che nell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. non è presente una regolamentazione della vendita "privata" dell'immobile vincolato⁶⁹⁸, è stato auspicato che la normativa secondaria dovrebbe opportunamente disciplinarla "indicando le modalità e le tempistiche di realizzo e, se del caso, l'intervento «celere» del giudice per risolvere possibili contrasti tra finanziatore e debitore. In merito, si potrebbe attingere, con la dovuta ponderazione data dalla specificità dell'ordinamento nazionale, anche alle esperienze dei paesi esteri in cui risulta prevista e disciplinata la c.d. «*non judicial foreclosure*» ed il «*repossession*»⁶⁹⁹.

In particolare, si tratterebbe di valutare l'opportunità di disciplinare tale vendita "privata" ricalcando lo schema del mandato a vendere irrevocabile, specificando opportunamente gli obblighi di comportamento della banca. Prendendo spunto dalla disciplina inglese, si tratterebbe di applicare quel dovere di diligenza e buona fede (*duty of care*) imposto al *mortgagee* nella fase di vendita della *mortgaged property* agli istituti di credito; con il che, però, si necessiterebbe comunque dell'intervento del giudice, spostando ad un controllo *ex post*, sulla corretta condotta del venditore-creditore, ciò che prima della novella era imposto *ex ante*, nell'ambito della procedura giudiziale esecutiva, facendo così rientrare dalla finestra ciò che si è fatto uscire dalla porta.

⁶⁹⁷ F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 24, nota che l'Italia "differentemente da quanto previsto in Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti, di fatto non disciplinava forme di escussione giudiziale delle garanzie immobiliari".

⁶⁹⁸ L'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 3, T.U.B. prescrive in modo molto generale che "in ogni caso, il finanziatore si adopera per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo".

⁶⁹⁹ F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, cit., p. 26.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La riflessione comparatistica, svolta con l'ausilio di una generosa casistica giurisprudenziale e di una cospicua indagine dottrinale ha condotto ad alcune considerazioni conclusive.

Lo scenario italiano si caratterizza per la variegata attività normativa, interessata a colmare determinate lacune in materia di garanzie reali: l'impronta conservatrice tipica del nostro ordinamento frena i tentativi – che conoscono la resistenza anche della giurisprudenza – di utilizzo dell'autonomia privata per realizzare convenzionalmente il diritto di credito. Benché qualche spazio di liceità sia stato nel tempo recuperato nelle ipotesi di alienazione a scopo di garanzia con previsione di recupero del *surplus*, la struttura del divieto del patto commissorio osta all'accoglimento di ipotesi di proprietà-garanzia. L'interpretazione giurisprudenziale della norma di cui all'art. 2744 cod. civ., originariamente riferita alle ipotesi di garanzie reali (“*cosa ipotecata o data in pegno*”), supera l'esegesi letterale con la sentenza della Corte di cassazione del 1989, che inaugura un'applicazione molto ampia della disposizione definita, per l'appunto, “norma di risultato”. La considerevole letteratura documenta il contributo fornito dalla dottrina che si è ampiamente pronunciata sull'individuazione delle *rationes* a fondamento del divieto di stipulare convenzioni commissorie, da un lato, e del patto marciano, dall'altro.

Il mutamento delle esigenze economiche e finanziarie della società moderna avvia il più frequente ricorso al trasferimento di beni in garanzia nelle forme del *sale and lease back*, della vendita con patto di riscatto o anche della cessione del credito, inducendo

la giurisprudenza a sostenere la configurabilità di tali alienazioni del diritto di proprietà quando la constatata finalità di rimborso del credito non sia incompatibile con la previsione dell'art. 2744 cod. civ. La validità del trasferimento della cosa, cui è di regola collegato funzionalmente un accordo che ne limita la titolarità al momento dell'adempimento dell'obbligazione da parte dell'alienante deve essere, infatti, subordinata all'attuazione della cautela marciiana, funzionale alla reintegrazione dell'equilibrio sinallagmatico tra le parti. Non di meno, la nutrita giurisprudenza impegnata nella definizione di questioni implicanti vicende traslative irreversibili, nei confronti delle quali il pagamento dell'eventuale eccedenza tra il valore del bene e quello del credito garantito è inefficace rispetto all'effettivo soffocamento della libertà negoziale del debitore⁷⁰⁰, tramanda alcune decisioni che diventano terreno fertile per il recepimento di nuovi istituti.

A livello legislativo, nei mesi scorsi, hanno guadagnato consistenza le riforme in tema di garanzia del credito che, anche in attuazione delle direttive comunitarie in materia, hanno introdotto espedienti giuridici prima sconosciuti alla normativa italiana. Nel vestire i panni delle convenzioni marciane, le innovazioni incidono sulla fase negoziale del rapporto tra debitore e creditore, da un lato, trascurando il momento (patologico) dell'inadempimento cui soccorrono originariamente le regole in tema di responsabilità patrimoniale e, dall'altro, sovrapponendo inevitabilmente la causa solutoria alla funzione di garanzia, così recuperando “una *gestione negoziale* della crisi del rapporto di debito-credito, nella direzione, in entrambi i casi, tanto della garanzia quanto del pagamento”⁷⁰¹. L'estensione degli spazi concessi all'autonomia negoziale delle parti del rapporto di garanzia è testimoniata dalla previsione di forme di autotutela esecutiva – o secondo alcuni, meglio sarebbe dire di tutela degiurisdizionalizzata⁷⁰².

Nel constatare il carattere variopinto dell'intervento normativo, che presenta disposizioni dalle caratteristiche eterogenee, è lecito interrogarsi sull'alternativa circa l'ammissibilità di uno strumento di utilizzazione generalizzata oppure soggettivamente qualificata (con ciò intendendosi il sistema bancario e altri soggetti specializzati), non potendosi constatare un'apertura da parte del legislatore italiano al patto marciiano di diritto comune⁷⁰³. Tuttavia, gli interventi legislativi non hanno (ancora) ottenuto il successo sperato, colpevole la mancanza di omogeneità che disegna la settorialità della disciplina e complice la devoluzione alla Banca d'Italia della redazione di protocolli attuativi.

⁷⁰⁰ S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE*, cit., p. 181, evidenzia che “la convenzione marciiana (...) è indice qualificato di una *debitoris suffocatio* per l'elementare ragione che l'espropriazione negoziale cancella il potere del debitore di riacquistare la *res* traslata pagando al creditore un corrispettivo includente gli interessi ed i danni da ritardo”.

⁷⁰¹ Raccolgo qui una riflessione di A. DI MAJO, *Le garanzie del credito, non più tali ma aventi sostanzialmente causa solutoria*, in *Le nuove forme di garanzia del credito*, cit.

⁷⁰² L'espressione è di D. POLETTI, *Godimento finalizzato all'acquisto e garanzia del credito*, in *Le nuove forme di garanzia del credito*, cit.

⁷⁰³ R. LENZI, *Il patto marciiano tra diritto comune e diritto speciale*, cit., valuta il possibile contributo che gli interventi normativi oggetto di analisi possono aver dato rispetto allo spazio di applicazione del patto marciiano di diritto comune.

La previsione di una riforma in Italia che, nell'ambito di un più ampio progetto di semplificazione degli strumenti di garanzia, persegue la finalità di attenuare il rigore del divieto del patto commissorio, non trova eguale favore in Inghilterra, dove gli interpreti inglesi, pur temendo i rischi derivanti da un'applicazione estensiva della *clogging rule*⁷⁰⁴, la considerano ancora “*good law*”; ad oggi, non si riscontra nelle intenzioni del legislatore inglese la volontà né di abrogare⁷⁰⁵ né di superare parzialmente quella regola che, da lungo tempo, limita l'autonomia contrattuale impedendo alle parti di disporre (anche eliminandolo) il diritto equitativo di riscatto del bene vincolato. A fronte dell'apparente maggior elasticità delle soluzioni offerte in un sistema giuridico guidato dal diritto giurisprudenziale, l'ordinamento inglese tradisce un profondo radicamento del divieto di *clogs on the equity of redemption* e tale atteggiamento conservativo non mostra – come, invece, esibisce l'ordinamento italiano mettendo in crisi il divieto del patto commissorio – le inefficienze della *doctrine of clogs* quali limiti insormontabili nell'assetto generale delle garanzie reali. Il risultato che il legislatore nostrano intende perseguire tipizzando ipotesi che presentano la struttura del patto marciano, sembra già raggiunto nell'esperienza inglese attraverso l'utilizzo di strumenti quali, in particolare, il *power of sale out of court*. Assegnare al creditore la possibilità di vendere il bene vincolato significa, infatti, dotare il sistema delle garanzie reali di un efficace strumento di tutela del credito, alternativo alla procedura giurisdizionale; la soddisfazione dell'interesse creditorio è frutto di una vicenda privata condotta dal *mortgagee* nel proprio interesse. L'idea di adottare meccanismi di autotutela del credito che sottraggano le parti alle lungaggini del procedimento esecutivo dinnanzi alla corte e al rischio di una vendita del bene ad un prezzo di molto inferiore al suo valore di mercato è, poi, incoraggiata dalla Direttiva 2014/17/UE (*Mortgage Credit Directive – MCD*) in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali.

Se la disposizione – indirizzata agli Stati membri – che facoltizza il trasferimento della cosa concessa in garanzia, per il caso di inadempimento del debitore (art. 28, comma 4, *MCD*), è stata recepita nell'ordinamento italiano nelle forme di un nuovo “tipo marciano” (art. 120 *quinquiesdecies*, comma 4, T.U.B.), nel contesto inglese non ha avuto, invece, la medesima portata innovativa. La disciplina mostra, nelle forme del *power of sale*, la realizzazione dell'obiettivo europeo di semplificazione della modalità di escussione della garanzia, prevedendo una forma di tutela privata del credito applicabile anche all'ambito interessato dalla direttiva. L'intervento sulle regole già esistenti tocca (anche) la modifica della *repossession*, incidendo sulla procedura di attuazione del potere di vendita stragiudiziale, conferito *ex lege*, che consente al creditore di disporre del bene vincolato a soddisfacimento del proprio diritto di credito.

⁷⁰⁴ J.L. LICHT, *The Clog on the Equity of Redemption and its Effects on Modern Real Estate Finance*, cit., p. 497, nel chiedersi se il cane sciolto sia diventato un dinosauro, afferma che “*the rule against clogging the equity of redemption has become a danger to the ordinary transaction of ordinary business deals. When unruly dogs become dangerous, we euphemistically speak of «putting them to sleep»*”.

⁷⁰⁵ Così come era stato suggerito, agli inizi degli anni Novanta, dalla *Law Commission, Transfer of land-Land Mortgages*, cit., p. 8.

L'approdo del tutto italiano alla tipizzazione di nuove forme di garanzia reale non trova, quindi, riscontro nel panorama inglese, il cui assetto attuale, tuttavia, sconta l'incertezza in cui versa l'intero sistema britannico che, nell'ambito delle operazioni di *Brexit*, è in attesa di definizione legislativa nei vari settori del diritto, non escluso quello della tutela del credito, con riferimento al quale si auspica una maggiore coesione tra i Paesi europei.

BIBLIOGRAFIA

- ADDANTE A., *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 4, 2017.
- ADILARDI G., *Brevi osservazioni in tema di divieto del patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. Civ.*, I, 2011.
- AJANI G., *Sistemi giuridici comparati, Lezioni e materiali*, Torino, Giappichelli, 2013.
- AJANI G.-PASA B., *Diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2013.
- ALBANESE M., *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, I, 5, p. 68.
- ALPA G., *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli, 1996.
- ALPA G., *Manuale di diritto privato*, VI ed., Padova, Cedam, 2009.
- ALPA G.-BESSONE M.-FUSARO A., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001.
- ALPA G., FUSARO A. (a cura di), *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, in *I confini del diritto privato*, Antezza, 2011.
- AMBROSINI S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto Marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 25 agosto 2016.
- AMICI F., *Nuovi profili di estinzione del debito mediante trasferimenti solutori*, in www.giutiziacivile.com, 7, 2017.

- ANDRIOLI V., *Tutela dei diritti, Artt. 2740-2899 in Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1958.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996.
- ARCARI F., *Indici di anomalia del lease-back*, in *Contr.*, 2008.
- ASPINWALL R., *DIY solutions: mortgagee remedies and the power of sale*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, October 2015.
- ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. e dir. priv.*, 3, 2017.
- AVANCINI M., *Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene*, in *I Contratti*, 1998, I, p. 93.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1991.
- BELL C.D. (a cura di), *Land: The Law of Real Property*, London, 2000.
- BELT G.R.-YORKS B.E., *English Conveyancing*, 19 *Law Libr. J.* 113, 121 (1926).
- BETTI E., *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699.
- BIANCA C. M., *Autotutela (dir. priv.)*, *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *Diritto Civile, Le garanzie reali, La prescrizione*, vol. VII, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1987.
- BIANCA C.M., v. *Patto commissorio*, in *Nov. Dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- BIRKS P., *Introduction to the Law of Restitution* (rev ed., 1989).
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, II, Oxford, 1765-69.
- BOCCIARELLI R., *Decreto banche, Confindustria chiede più equilibrio banche-imprese*, in *Quotidiano del Diritto*, 18 maggio 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.
- BONILINI G.-CARNEVALI U., *Successione IX) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. it.*, Roma, vol. XXX, 1993.
- BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.
- BONINI R., *La proprietà, il "terribile diritto"*, Padova, Cedam, 1994.
- BONTEMPI P., *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995.
- BORRILLO B., *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, ESI, 2016.
- BOTTA C., *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Not.*, 1, 2010.
- BOULANGER F., *Droit international des successions*, Parigi, 2004.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991.
- 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*, Settembre 2016, n. 356.

- BROWN D., *Life in the old clog yet*, in *Journal Banking and Financial Law*, January 2018.
- BULGARELLI A., *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in www.ilcaso.it, 22 aprile 2015.
- BURANDDT W.-DUTTA A. (a cura di), *International Law of Succession*, London, 2014.
- BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.
- BURN E.H., *Cheshire and Burn's Mordern Law of Real Property*, London, Buttersworth, 1982.
- BUSANI A.- LUCCHINI GUASTALLA E., *Così la banca può vendere l'immobile del debitore*, in *Quotidiano del Diritto*, 18 maggio 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.
- BUSANI A., *Il patto marciano garantisce i mutui*, in *Quotidiano del Diritto*, 30 giugno 2016, su www.ilquotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.
- BUSANI, A. *Patto marciano, spinta al credito*, in *Quotidiano del Diritto*, 28 giugno 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.
- BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 2007.
- BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, *Studio di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
- BUSSANI M.-MATTEI U. (a cura di), *The Cambridge companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012.
- CALVETTI S., *Vendita con scopo di garanzia? Il contratto è nullo per "causa illecita"*, in *Dir. & Giust.*, 41, 2015.
- CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. Giur.*, 6, 2015.
- CANDIAN A., *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio*, in *Foro italiano*, 1999.
- CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale. Alle origini dell'art. 2740 codice civile*, in *Scintillae iuris: studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994.
- CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CANDIAN A.-GAMBARO A.-POZZO B., *Property – Propriété – Eigentum*, in *Quaderni diritto comparato*, raccolti da G. Alpa e M. Bessone, Padova, Cedam, 1992.
- CARNEVALI U., v. *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- CENDON P., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Garanzie*, vol. XIX, Torino, Utet, 2004.
- CENDON P. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2014.
- CERINI D., *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. economia ass.*, 2006, 2, p. 503.

- CHERTI S.-FOLLIERI L.-VERDE C., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino-S. Cherti, Torino, Giappichelli, 2016.
- CHESSA F., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. & Prop.*, 5, 2006.
- CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Not.*, 4, 2016.
- CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, Torino, Utet, 2017.
- CHIANALE A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 4, 2016.
- CHMLER A., *Household Debt and the European Crisis: Research paper n. 13*, June 2013.
- CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 5.
- CIPRIANI N., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, 7.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, ESI, 2000.
- CIVALE F., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in www.dirittobancario.it, novembre 2016.
- COLOMBO L., *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2017.
- COSTABILE C., *Il divieto di patto commissorio*, in *Imm. & prop.*, 2014.
- COSTANTINO M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967.
- COUSINS E.-CLARKE I.-HORNETT S., *The Law of Mortgage*, London, Sweet & Maxwell, 2010.
- CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium Iuris*, 2016, 12.
- D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Commentario del Codice civile* diretto da M. D'Amelio, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943.
- D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto Marciano*, in *Eur. Dir. priv.*, 2017.
- DAGOT M., *L'hypothèque rechargeable*, coll. *Carré droit*, Litec, Paris, 2006.
- DALLA D., LAMBERTNI R., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1996.
- DANUSSO G.M., *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1648.
- DAVEY M., *Landlord and tenant law*, London, Sweet & Maxwell, 1999.
- DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, 1960, la 10^a ed. francese del 1992 curata da R. David, C. Jauffret-Spinosi, è stata tradotta da R. SACCO (a cura di), *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1994.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico*, 1, Inglese-Italiano, Milano, Giuffrè, 1984.
- DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924.
- DE GIOIA-CARABELLESE P., C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2016.

- DE MEO R., *Il contratto di lease-back normale e anomalo*, in *I Contratti*, 1996.
- DE MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorantizia*, Milano, 2011.
- DE VITA A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, in M. Cappelletti (a cura di), *Studi di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1969.
- DELATRE FALCONBRIDGE J., *The Law of Mortgages of Real Estate*, Canada Law Book Company Limited, 1919.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993.
- DI PAOLO M., v. *Patto commissorio*, in *Digesto*, Sez. Civ., XIII, Torino, Utet, 1997.
- DOLMETTA A., *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017,4.
- DOLMETTA A., *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002.
- DU MARAIS B. -MARRANI D. (a cura di), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A comparison of England and France*, Intersentia Publishing, 2016.
- DUCCIO Z. (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni, Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, Giappichelli, 2009.
- DUTTA A., *Succession Law (International)*, in J. Basedow-K.L. Hopt-R. Zimmermann (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012.
- FIORENTINI F., *Il mortgage immobiliare nel diritto inglese*, in P. Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto europeo e comparato, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2015.
- FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Not.*, 2006, p. 493.
- FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. priv.*, 3, 2006.
- FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- FISHER W.R., LIGHTWOOD J.M., *Law of Mortgage*, Butterworth, 10th ed., 1988.
- L. FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia*, Torino, Giappichelli, 2016.
- FORBES H.H.V., *Real Property Law*, London, The Estate Gazette Ltd., 1962.
- FUSARO A., *Homestead exemption*, in *Contr. e impresa/Europa*, 1, 2004.
- FUSARO A., *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Not.*, 5, 2010.
- FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.
- FUSARO A., *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. Alpa-G. Capilli (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2006.
- FUSARO A., *L'autonomia organizzativa degli associati in Italia ed in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1998.
- FUSARO A., *La circolazione dei beni ereditari e il diritto privato europeo*, in *Familia*, 2005.
- FUSARO A., *La disciplina delle associazioni nel codice civile europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002.

- FUSARO A., *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 2009.
- FUSARO A., *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Not.*, 2017.
- FUSARO A., *Variazione in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2011.
- GABRIELLI E., *I diritti reali. Il pegno*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2005.
- GAIMO G., *La tutela del convivente non intestatario con riguardo agli apporti conferiti per l'acquisto della casa familiare. Confronti comparatistici*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013.
- GALATI M., *Divieto del patto commissorio e contratto di anticresi*, in *I Contratti*, 2009.
- GALGANO F., *Diritto privato*, XV ed., Padova, Cedam, 2010.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, Cedam, 2009.
- GALLO P., *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999.
- GAMBARO A.-SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet, III ed., 2008.
- GARBAGNATI E., *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, Giuffrè, 1938.
- GARBELLI E., DANESE G.A., *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, 5.
- GARDELLA A., *La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della direttiva 2002/47/CE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005.
- GARDNER S., *An introduction to Land Law*, Oxford and Portland Hart Publishing, 2007.
- GARRO A.M., *The creation of a Security Right and its Extension to Acquisition Financial Devices*, in *Unif. L. Rev.* (2010), 15(2).
- GAUL H.F., in *Archiv. civ. Praxis*, 1968.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2011.
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968.
- GIDDINS P., *What is a clog on the equity of redemption?*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, February 2014.
- GLENN H.P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- GOODE R., *Commercial Law*, 3rd ed., Buttersworths, 2004.
- GOODE R., *Legal problems of Credit and Security*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2003
- GOODE R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2005.
- GORLA G., *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, XI, 1989.

- GORLA G., ZANELLI P., *Del pegno, delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992.
- GOURIO A., *L'hypothèque rechargeable*, in *RD bancaire et fin.*, 2006, 5.
- GRAY K., *Elements of land law*, Butterworths, 1993.
- GRAZIADEI M.- SMITH L., *Comparative Property Law, Global Perspective*, Elgar publishing, 2017.
- GRAZIANI C., *La difesa giurisdizionale della prerogativa parlamentare nel quadro del diritto costituzionale britannico (a proposito della Brexit)*, in *Rassegna Parlamentare*, 2017, 1, p. 166.
- GREEN K. & CURSLEY J., *Land Law*, Palgrave Law Masters, 2004.
- GREGSON A.-BELL J., *Registration of UK company charges – theory and practice*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, October 2017.
- GRIMALDI M., *Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999.
- GROSSI A., *La direttiva 2002/47/CE sui contratti d garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 249.
- GUARINO A., *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 2006.
- GUARNERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, VI ed., Padova, 2014.
- GUTTERIDGE H.C., *Comparative Law, An introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, 1946.
- HARDIN G., *The tragedy of the Commons*, in *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243-1248, *American Association for the Advancement of Science*.
- HENDERSON A., *An orderly Brexit? The trouble with talking about transitionals*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, April 2017.
- HEUSTON R.F.V., *Salmond on the Law of Torts*, XIV ed., London, Sweet & Maxwell, 1965.
- HOPKINS N.-DAWE S., *Whose land is it anyway?*, in www.newlawjournal.co.uk, 22 April 2016.
- HOUTCIEFF D., *L'hypothèque rechargeable*, in *Fasc. J.-Cl. Civil Code*, LexisNexis, Parigi, 2007.
- KERSLEY R.H., *Gibson's Conveyancing*, 19th ed., London, The Law Notes Lending Librari LTD, 1964.
- KREBS N., *British cures for American Foreclosure woes: a comparative analysis of foreclosure law in the United States and United Kingdom*, 15 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.* 67, April, 2015.
- JONES B.-MUNDY R., *Enforcement of real estate loans – options and changing approaches*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, September 2017.
- IULIANI A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, p. 728.
- LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”*, in *Danno e resp.*, 2017, 4.

- LASCIALFARI M., *Alienazioni a scopo di garanzia* in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004.
- LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966.
- LAWSON F.H., *Introduction to the law of property*, Oxford University Press, 1958.
- LAWSON F.H., *Property and Trust*, in *The International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, Sez. II, *Common law*, Tübingen Paris s.d..
- LAWSON F.H., RUDDEN B., *The Law of Property*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1984.
- LENZI R., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 7, 2017.
- LENZI R.-TATARANO M., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 1-2017/C.
- LIACE G., *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, in *Banca Impr. Soc.*, II, 2017.
- LICHT J. L., *The Clog on the Equity of Redemption and its Effects on Modern Real Estate Finance*, in *St. John's Law Review*: vol. 60.
- LIGHTMAN G.-BATTERSBY G., *Cases and statutes on Real Property*, London, Sweet & Maxwell, 1965.
- LIVINGSTON M.A.-MONATERI P.G.- PARISI F., *The italian legal system: an introduction*, 2nd ed., based on the 1st ed. by M. Cappelletti, J.H. Merryman, J.M. Perillo, Stanford University Press, 2015.
- LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952.
- LOMONACO C., MUSTO A., *Con l'entrata in vigore del regolamento attuativo diventa definitivamente operativa a partire dal 2 marzo 2016 la disciplina in materia di prestito vitalizio ipotecario*, in *CNN Notizie* del 17 febbraio 2016.
- LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti di origine estera nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto privato oggi* a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2005.
- LOWE N.-DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, Butterworth, 1998.
- LUCÀN P., ÁNGELES M., *Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, in www.codigo-civil.net.
- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. di dir. civ.*, I, 1990.
- LUMINOSO A., *La vendita con patto di riscatto*, in *Il Codice civile*, Commentario P. Schlesinger, Milano, 1987.
- LUMINOSO A., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000.
- LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 10, 2017.
- LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017.
- LUNGARELLA R., *Nuova legge sugli immobili: con il prestito ipotecario la casa fa da bancomat*, in *Quotidiano del Diritto*, 27 aprile 2015.
- LUPOI M., *Appunti sulla Real Property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè, 1971.

- LUPOI M., *Sistemi giuridici comparati*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- LUPOI M., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile, IV, L'attuazione dei diritti II*, Giuffrè, 2009.
- MAFFEIS D., *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.
- MARI D., *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis TUB*, in *Riv. not.*, 2016, 6, p. 1111.
- MATTEI U., *Common Law, Il diritto anglo-americano*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, Utet, 1992.
- MAK V., *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of consumer policy*, 2015.
- MANNELLA G.O., PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, nei *Quaderni del Notariato*, Milano, Giuffrè, 2015.
- MARELLA M.R., *Diritto di proprietà e Cedu fra realismo e ideologia*, in AA. VV., *Studi in onore di Gambaro, Un giurista di successo*, Milano, Giuffrè, 2017.
- MARELLA M.R., *La funzione sociale oltre la proprietà*, in www.comune&metropoli.it, 8 aprile 2014.
- MARESCA C., *Datio in solutum e patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999.
- MARICONDA V., *Trasferimento commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989.
- MARINO R., *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005.
- MAUDSLEY R.H., BURN E.H., *Land law: cases and materials*, London, Butterworths, 1970.
- MARROCO E., *Note sul patto marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989.
- MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca borsa, tit. di credito*, 5, 2017.
- MARTÍNEZ VALENCOSO L.M. -BAILEY S. - PRADI A., *Transfer of Immovables in European Private Law*, Cambridge University Press, 2017.
- MARTINO M., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 3, 2012.
- MASTROPOLO E., *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/Ce del 6 giugno 2002)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- MAZZARELLA F., v. *Esecuzione forzata c) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.
- MAZZEO M., *Il prestito vitalizio ipotecario nella Finanziaria 2006*, in *Obbl. e contr.*, 2006.
- MAZZEO M., *Prestito vitalizio ipotecario: prospettive e rischi*, in *Resp. civ.*, 2006.
- MCENDRICK E., *Contract Law, Texts, Cases and Materials*, Oxford, 2008.

- MCGHEE J., *Snell's Equity*, 30th ed., London, Sweet & Maxwell, 2000.
- MEGARRY R.E.-THOMPSON M.P., *Megarry's manual of the law of real property*, London, Sweet & Maxwell, 1993.
- MEGARRY R.E.-WADE H.W.R., *The Law of Real Property*, London, Sweet & Maxwell, VI ed., 2000.
- MERRYMAN J.H., *Ownership and Estate (Variation on a Theme by Lawson)*, in 48 *Tulane L. Rev.*, p. 916, (1974).
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III ed., Milano, 1959.
- MILLER V., *Legislating for Brexit: Statutory Instruments implementing EU law*, House of Common Library, Briefing Paper n. 7867, 16 January 2017.
- MINNITI G. F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997.
- MIRANDA A., *A short Introduction to the Italian Legal System – Historical Background and Modern Legal Thought*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2014.
- MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, 2008.
- MONATERI P.G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 2017, 8-9.
- MONTEMITRO M.T., *Prestito vitalizio ipotecario: disciplina generale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2016.
- MONTESANO L., voce “Esecuzione specifica”, in *Enc. Dir. (XV)*, Giuffrè, 1966.
- MOSCONI F.-CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Utet, 2013.
- MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017.
- NEGRI G.-TROVATI G., *Indennizzi e recupero crediti, via libera al Dl banche*, in *Quotidiano del Diritto*, 30 giugno 2016, su www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com.
- NICOLÒ R., *Della tutela dei diritti (Artt. 2740-2899), Libro sesto, Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945.
- NICOLÒ R., *La responsabilità patrimoniale*, in R. Nicolò, V. Andrioli, G. Gorla, *Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945.
- OSTROM E., *Collective action and the Evolution of Social Norms*, in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol 14, n. 3 (Summer 2000).
- OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (ed. italiana, G. Vetritto e F. Velo (a cura di), *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006).
- PADOVINI F., *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 5, 2008.
- PAGLIANTINI S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015.

- PAGLIANTINI S., *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?* in *Giur. it.*, 7, 2017.
- PAGLIANTINI S., *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento* in G. D'AMICO *et al.*, *I nuovi marciiani*, Torino, Giappichelli, 2017.
- PALAIA N., *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, Cedam, 1974.
- PALMIERI AL. - PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017.
- PALOMAR J. D., *Title Risks in Foreclosure Proceedings – Mortgagors' Defenses*, in *3 Law of Distress Real Estate*, 42, 25, 2011.
- PANFORTI M.D., *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, in *Studies in comparative law*, Milano, Giuffrè, 1992.
- PATAULT A.M., *Introduction historique au droit de biens*, Paris, 1989.
- PEERS S., *Brexit: the Prime Minister sets the wrong course*, *EU Law Analysis*, 17-01-2017.
- PELLECCIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016.
- PELLIER J.D., *Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable*, in *Petites affiches*, 2008.
- PENNER J.E., *The idea of property in law*, Oxford University Press, 1997.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991.
- PIRAINO F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in G. D'AMICO *et al.*, *I Nuovi marciiani*, Torino, Giappichelli, 2017.
- PIRAINO F., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 7, 2017.
- PORTALE G.B., *Lezioni di Diritto privato comparato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2007.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A. (a cura di), *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, Giappichelli, 2016.
- PROVANSAL A., *L'hypothèque rechargeable ou le style baroque*, in *Gazette du Palais*, 2007.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951.
- PUGLIESE G., *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990.
- PUGLIESE G.-SITZIA F.-VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, 2012.
- RAGAZZINI L., *Vendita in garanzia con patto di riscatto, patto commissorio, patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991.
- REIMANN M. - ZIMMERMANN R. (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2007.
- RHEINSTEIN M.-GLENDON M.A., *Introduction, The changing state of Society and the Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 4, *Persons and Family*, cap. 4 *Interspousal Relations*, 1980.
- RIDDALL J.G., *Introduction to Land Law*, Butterworths, 1993.

- RISPOLI G., *Lease-back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012.
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960.
- ROGERS W.V.H., *Windfield & Jolowicz on Tort*, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 2002.
- ROMANO S., *Autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1957.
- ROPPO V., *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2012.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica G. e Zatti P., Giuffrè, 2001.
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 19, Torino, Utet, 1997.
- ROPPO V., *Patto di riscatto-patto commissorio*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I.
- ROPPO V., v. *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir. (XXXIX)*, Giuffrè, 1988.
- ROPPO V., *Trattato del contratto, Regolamento*, vol. II, a cura di G. Vettori, Milano, Giuffrè, 2006.
- ROSENTHAL D., *Reflection on the current landscape of personal security law*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, February 2016.
- RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015.
- RUPERTO C., *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina, Libro VI, Della tutela dei diritti (artt. 2740-2906)*, Milano, Giuffrè, 2012.
- SACCO R. (a cura di), *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992.
- SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet, III ed., 2008.
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Rubettino, 1996.
- SARTORE A., *Divieto del patto commissorio e trasferimento del bene: costrizione o libera scelta?*, in *Not.*, 1999.
- SARTORI F., *I contratti di garanzia finanziaria nel D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto bancario*, in <http://www.dirittobancario.it/rivista>.
- SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, ESI, 1999.
- SCARDINO F., *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, in *Corr. Giur.*, 4, 2016.
- SCHLESINGER P., *Il Codice Civile, Commentario, Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, Giuffrè, 1991.
- SCHLESINGER R.B., *Comparative Law, Cases and Materials*, Brooklyn, 1959.
- SCHLESINGER R.B.-BAADE H.W.-DAMASKANM.R.-HERZOG P.E., *Comparative Law: text – cases – materials*, New York, 1988.
- SERIO M., *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2017.

- SHAH M., *Whose duties are they anyway? Court of Appeal provides welcome clarity on the extent of a mortgagee's duties*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, June 2016.
- SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2011.
- SIEMS M., *Comparative Law*, Cambridge, 2014.
- SIMPSON A.W.B., *A History of the Land Law*, Oxford, 1986.
- SNELL E.H.T., BAKER P.V, LANGAN P.S.J., *Snell's principles of Equity*, London, Sweet&Maxwell, 1982.
- SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Bari, Laterza, 2014.
- SPADARO M., *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*, in *Fall.*, 2015.
- SPARKES P., *A New Land Law*, Oxford-Portland (Oregon), 1999.
- STANDLEY K., *Cases and materials on Family Law*, London, 1997.
- STEELE J., *Tort law*, Oxford University Press, 2008.
- STRAHAN J.A., *A general view of the Law of Property*, Stevens and sons Publishers, 1926.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990.
- TARANTINO G., *Patto commissorio, alienazione in garanzia e autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contr.*, 2012.
- TARELLO G., *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, in *Corso di diritto civile 1972-73*, E.C.I.G., 1972.
- TAROLLI R., *Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia*, in *Giur. comm.*, 2005.
- TESTINI L., *Lease back e divieto del patto commissorio*, in *Not.*, 1995.
- THÉRY PH. , *L'hypothèque rechargeable*, in *Dr. et Patrimoine*, 2007.
- TODD P., *Textbook on Trusts*, London, 1993.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli. e C. Granelli, XX Ed., Milano, Giuffrè, 2011.
- TUCCI G., *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Tutela dei diritti*, I, 19, Torino, Utet, 1997.
- TURNER R.W., *The equity of redemption: its nature, history and connection with equitable estate generally*, Cambridge, 1931.
- TYLER E.L.G., *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, in London, Butterworths, 1969.
- VALCAVI G., *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I.
- VANNEROM J., *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?* in *European journal of consumer law/Revue europeenne de droit de la consommation*, 2015.
- VARANO V.-BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confront civil law common law*, V ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- VARI B., *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2009.

- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, 1968.
- VERRILL J., PAL P., *Cherry picking, break dancing and gaming*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, April 2014.
- VIGLIONE F., *L'interpretazione del contratto nel common law inglese: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.
- VISCONTI G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Imm. & Prop.*, 2016.
- VISCONTI G., *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, in *Imm. & Prop.*, 10, 2017.
- VITI V., *Lease back, patto commissorio e clausola marciiana*, in *Giur. it.*, 2015.
- VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1996.
- VON MEHREN A.T., *The civil law system, Cases and Materials for comparative study of law*, Prentice-Han.Inc, 1957.
- WHITTAKER S., *The mortgagee's power of sale: new cases, old principles*, *Corporate Rescue and Insolvency Journal*, 3, vol. 6, 2013.
- WILLIAMS J., *No way out: a consideration of the impact of the Mortgage Credit Directive on s. 271 of the Insolvency Act 1986*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 1 August 2017.
- WILLMOTT L., DUCAN B., *Clogging the Equity of Redemption: An Outmoed Concept*, 2 Queensland U. Tech. L. & Just. J. 35,52 (2202).
- ZENATI F., *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon, 1981.
- ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002.
- ZWEIGERT K., KOTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992.