

**La regolamentazione dei contratti di garanzia finanziaria: il punto sull'istituto della cessione del credito a scopo di garanzia e rapporto di compatibilità con i principi generali dell'ordinamento giuridico**

**Maria Gabriella Cucca**

**Marzo 2014**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

**Sommario. 1.** La formalizzazione della prassi e regolamentazione dei contratti di garanzia finanziaria.- **2.** Il decreto legislativo 21.5.2004 n.170.- a) Le attività finanziarie oggetto della garanzia.- b) Ambito di applicazione soggettivo.- c) Requisiti del contratto.- d) Escussione della garanzia.- e) Il potere di disposizione dei beni pignorati.- f) Le clausole di *close-out netting*.- **3.** Cessione del credito a scopo di garanzia.- a) La cessione del credito: cenni sull'istituto.- b) La cessione del credito e lo scopo di garanzia.- c) Cessione del credito a scopo di garanzia quale contratto misto.- d) Recenti evoluzioni interpretative in tema di natura giuridica della cessione del credito a scopo di garanzia.- e) Cessione a scopo di garanzia e mandato *in rem propriam*.- f) Cessione del credito a scopo di garanzia e compatibilità con i principi generali dell'ordinamento.

**Introduzione.** *I contratti di garanzia finanziaria sono accordi per mezzo dei quali un'obbligazione finanziaria viene garantita da un soggetto attraverso il trasferimento in capo al creditore della proprietà di determinate attività finanziarie ovvero la costituzione di garanzie reali su attività finanziarie. La regolamentazione di tale complessa materia è seguita alla discussione dottrinale circa la funzione nell'ambito dei mercati finanziari internazionali delle cosiddette credit risk mitigation techniques<sup>1</sup> cioè di tutti gli strumenti negoziali diretti alla riduzione ovvero eliminazione del rischio gravante sul creditore di non ottenere quanto gli è dovuto (derivati di copertura, garanzie reali e personali, clausole di close-out netting, alcune species di contratti di finanziamento quali il sale and repurchase agreements e securities lending). Tali metodi assumono una doppia rilevanza: sul piano microeconomico in quanto mirate a eliminare i costi di recupero del credito in capo al creditore e, conseguentemente, sul piano macroeconomico poiché tendono a diminuire il costo del credito in generale<sup>2</sup>. Disciplinare tali strumenti dandogli un assetto normativo non è sufficiente a renderli pienamente efficaci a fronte di un range indefinito di fattori che concorrono ad un'effettiva diminuzione del rischio o che, di contro, lo accentuano<sup>3</sup>.*

*La mancanza di una regolamentazione sistematica e un assetto normativo chiaro è indubbiamente una delle cause di tale incertezza. In particolare, il non corretto funzionamento può dipendere dalla mancanza di una vera e propria disciplina (come successo nel caso dei derivati di credito, che hanno ricevuto una disciplina positiva solo dopo tempo dalla loro diffusione in via di prassi), ma anche da una regolamentazione che crei una divergenza tra finalità delle parti e assetto derivante dall'applicazione della disciplina.*

*La semplificazione di norme eccessivamente gravose soprattutto sotto il profilo procedurale è stata paventata quale soluzione a tali inefficienze del sistema, nonostante preoccupazioni circa la predisposizione di una normativa eccessivamente sbilanciata a favore del creditore siano state avanzate nell'ambito del dibattito internazionale<sup>4</sup>.*

*Il presente elaborato vuole dare conto delle soluzioni normative a cui il Legislatore comunitario, e quello nazionale in via di recepimento, sono giunti a elaborare al fine di*

---

<sup>1</sup> Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Standards. A Revised Framework – Comprehensive Version*, Basel, June 2006, Par. 109 ss.

<sup>2</sup> V. Guccione, *I contratti di garanzia finanziaria*, Giuffrè, 2008, p. 2

<sup>3</sup> Si parla di “rischio legale” per indicare l'insieme di tali fattori che accrescano il rischio, cfr. A. Guccione, op. cit., p.2

<sup>4</sup> *The Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement, Arrangements in the European Union*, Brussels, November 2001.

*fornire una regolamentazione omogenea e quanto più possibile armonizzata in tema di contratti di garanzia finanziaria. Nella seconda parte si analizzerà la controversa figura della cessione del credito a scopo di garanzia, species del genus “contratti di garanzia finanziari che implicano il trasferimento della proprietà”.*

## **1. La formalizzazione della prassi e regolamentazione dei contratti di garanzia finanziaria**

Con la direttiva n.2002/47/CE il legislatore comunitario è venuto a codificare diverse tipologie di cosiddetti “*financial collateral agreements*” cioè contratti di garanzia finanziaria<sup>5</sup>, mosso dall'intento da un lato di riconoscere prassi diffuse nell'ambito dei mercati finanziari europei (peraltro già ricondotte a veri e propri modelli contrattuali) e dall'altro di procedere alla loro regolamentazione. In effetti, tale intervento armonizzatore in materia di garanzie reali si poneva come necessario in quanto, la mancanza di coerenza giuridica tra ordinamenti comunitari, unita a fattori contingenti quali l'inevitabile asimmetria informativa e l'incremento nei costi connessi alle operazioni finanziarie, non poteva che condizionare negativamente l'efficienza dei relativi mercati mobiliari. In tale ottica di rafforzamento dell'integrazione del mercato finanziario comunitario, la direttiva provvede alla codificazione di efficaci e immediati meccanismi per la costituzione di garanzie con trasferimento della proprietà ovvero tramite pegno. Altre fondamentali finalità perseguite dalla direttiva sono rispettivamente quelle di rendere inapplicabili ai contratti di garanzia finanziaria alcune rilevanti disposizioni attinenti alla disciplina legislativa sull'insolvenza, di assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto in materia di strumenti finanziari utilizzati a garanzia di un'operazione transfrontaliera, di diminuire le incombenze burocratico-formali richieste per la stipula di tali tipi di garanzia ovvero per la loro escussione e di considerare come aventi efficacia tutti gli accordi la cui conclusione sia finalizzata a consentire al beneficiario della garanzia (rappresentata da un pegno) di porre in essere atti dispositivi sulla stessa.

## **2. Il decreto legislativo 21.5.2004 n.170**

La direttiva comunitaria è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso il d. lgs. del 21 maggio 2004 n. 170 il quale, richiamando la direttiva, all'art. 1, comma 1, lett. d) definisce, delimitando in tal modo l'ambito applicativo della disciplina in esame, il “*contratto di garanzia finanziaria*” come: “*Il contratto di pegno<sup>6</sup> o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di*

---

<sup>5</sup> A. Grossi, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e diritto privato*, 1/2004, p.249 ss.; E.M. Mastropaolo, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Riv. Dir. Comm.* 2003, p. 519 ss.; F. Macario, *Commento alla direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003. p. 85 ss.; G. Ferrarini, P. Giudici, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamento e prospettive*, in *Fallimento*, 202, p. 999 ss.

<sup>6</sup> Rimane ferma l'applicabilità anche nel contesto dei contratti di garanzia finanziaria della disciplina di diritto comune concernente il pegno in quanto non espressamente previsto diversamente dal decreto ed anche il virtù della non sistematicità della regolamentazione fornita dallo stesso che, altrimenti, risulterebbe in sé fortemente lacunosa. È, comunque, chiaro che il pegno, come contratto di garanzia finanziaria, assume peculiarità e connotati speciali in deroga alla nozione di pegno che discende dal diritto comune. Parte della dottrina propende, invece, per l'autonomizzazione della figura del pegno quale contratto di garanzia finanziaria così come disciplinato dal decreto, rispetto al pegno di diritto comune cfr. M. Bartolomei, E. M. Mastropaolo, *I contratti di garanzia finanziaria*; F. Mastropaolo, *I contratti di garanzia*, in P. Rescigno, E. Gabrielli, *Trattato sui contratti*, 2006, p. 1467 ss.; F. Macario, *I contratti di garanzia*

*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*".

In virtù di tale delimitazione oggettiva non rientrano nella sfera applicativa del decreto le garanzie istituite in base a un titolo diverso; infatti, non è possibile costituire alcuna garanzia reale sull'oggetto dei contratti di garanzia finanziaria alternativa al pegno in quanto unico diritto reale di garanzia ammissibile in base ai principi di diritto comune. In particolare, all'art. 2784, comma 2, c.c., si specifica la possibilità di costituire un pegno su crediti, laddove, invece, l'ipoteca e il privilegio non possono essere costituiti su contante e su strumenti finanziari. (artt. 2810 c.c. e 2754 ss. c.c.).

La definizione non specifica, annoverando il pegno, quali beni possono costituire oggetto di garanzia. In effetti, si rileva la mancanza del riferimento alle attività finanziarie, che invece vengono annoverate nell'ambito della direttiva (che prevede che il garante fornisce una garanzia reale ovvero contante e strumenti finanziari al beneficiario, mantenendone la proprietà). Non pare, comunque, che il pegno, utilizzato quale contratto di garanzia finanziaria, possa avere ad oggetto qualsiasi bene tra quelli annoverati dall'art. 2784 c.c., in quanto all'art. 2, comma 1, lett. b) l'applicazione della normativa speciale è subordinata alla prestazione della garanzia finanziaria. In effetti, nonostante il decreto non espliciti cosa si intende per garanzia finanziaria, è possibile inferire che con tale locuzione si indichino quelle garanzie il cui oggetto sia rappresentato da attività finanziarie<sup>7</sup>: ad esempio, l'art. 2 comma 1, lett. b) prevede che la "prova" della prestazione della garanzia deve essere tale da "consentire l'individuazione della data di costituzione e delle attività finanziarie costituite in garanzia".

Il legislatore delegato include tra i contratti di garanzia finanziaria anche la cessione del credito in garanzia. Tale riconoscimento è strettamente funzionale alla previsione della possibilità di effettuare trasferimenti della titolarità del contante "quale diritto di credito". Comunque, alla luce delle ragioni addotte dal legislatore, nonché in virtù dell'evidente dato letterale, la cessione del credito a scopo di garanzia viene riconosciuta in quanto tale<sup>8</sup>. In particolare, la Relazione di accompagnamento al decreto chiarisce che "la cessione potrebbe essere utilizzata per l'acquisizione in garanzia di impieghi bancari a fronte di operazioni di rifinanziamento da parte di Banche centrali appartenenti alla SEBC"; pertanto, l'oggetto della garanzia potrà essere costituito da denaro accreditato su un conto - quindi, generalmente da crediti verso banche -, ma anche da crediti che le banche debentrici vantano nei confronti dei loro clienti.

Dacché il decreto non provvede a tipizzare la assetto negoziale della cessione del credito a scopo di garanzia, sorge la questione sull'applicabilità delle norme contenute del decreto alle ipotesi in cui la funzione di garanzia servente la cessione si aggiunge a quella del trasferimento del credito oltre ai

---

*finanziaria, in Scambi su merci e derivati su commodities*, a cura di M. Lamandini, C. Motti, Milano, 2006, p. 754.

<sup>7</sup> V. Guccione, op.cit.

<sup>8</sup> Ibidem.

casi in cui il trasferimento del credito è sorretto esclusivamente dallo scopo di garanzia.

In ogni caso, le *species* negoziali sussumibili nell'ambito della fattispecie sopra richiamata sono estremamente variegata in quanto ricomprendono schemi implicanti la costituzione di una garanzia reale ovvero che prevedano il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.

Più nel dettaglio, all'art. 1, comma 1 lett. d) del decreto, si configurano due modalità in cui la garanzia finanziaria si può configurare:

- il contratto di garanzia prevede il trasferimento della proprietà dell'oggetto della garanzia al beneficiario;

- si costituisce un pegno sull'oggetto della garanzia a favore del beneficiario, ovvero il debitore consegna i beni oggetto della garanzia conservando comunque su di essi il diritto di proprietà.

Tale distinzione discende dalla definizione data dalla direttiva all'art. 1 lett. b) di “*contratto con trasferimento del titolo di proprietà*”<sup>9</sup> e alla lett. c) di “*contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale*”.

In ogni caso l'art. 1 lett. d) del d.lgs. 2004/170 contiene una norma di chiusura laddove la disciplina in materia si applica a qualsiasi altro contratto di garanzia finanziaria e, all'art. 6 si esplicita il riconoscimento di validità ed efficacia a tutti i contratti di garanzia finanziaria che precedano il trasferimento di proprietà con funzione di garanzia “*indipendentemente dalla loro qualificazione*” e si prevede la disapplicazione del divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Alla luce di tale breve enucleazione meramente descrittiva dei principali punti della normativa comunitaria e interna in materia di contratti di garanzia finanziaria, possiamo notare come tale disciplina si rapporti ai principi generali dell'ordinamento privatistico.

*In primis*, come non sottolineare che la modulazione del contratto di garanzia finanziaria è sostanzialmente atipica e che, in effetti, il modificarsi delle prassi finanziarie non potrà che influenzare e causare l'uso di tipologie contrattuali ancora diverse, in pieno contrasto con il principio di tipicità dei contratti di garanzia reale e, conseguentemente, con il principio generalissimo della *par condicio creditorum*.

Vero è che il dogma del *numerus clausus* che fonda la disciplina delle garanzie reali, è stato più volte messo in crisi dalla prassi negoziale che ha configurato garanzie che si sostanziano, non nell'attribuzione di un diritto di prelazione a favore del creditore, ma in un atto traslativo della proprietà su un determinato bene, pur a titolo – almeno idealmente – provvisorio. Come di seguito diremo più nel dettaglio, la dottrina richiama, in quanto esemplificativa di tale *trend* casistico, la figura delle alienazioni a scopo di garanzia che si hanno,

---

<sup>9</sup> Si noti come la definizione data dall'art. 1, comma 1, lett. d) non è pienamente sovrapponibile a quella fornita dalla direttiva in quanto stabilisce che l'oggetto del trasferimento della proprietà con funzione di garanzia sono attività finanziarie, ma non specifica se il credito garantito possa essere qualsiasi tipo di credito ovvero solo obbligazioni finanziarie, come invece previsto dalla direttiva. Un'interpretazione restrittiva e conforme alla direttiva è indubbiamente preferibile anche alla luce delle argomentazioni addotte in riferimento alle caratteristiche dell'obbligazione garantita in riferimento alla cessione del credito a scopo di garanzia, vedi *supra*.

ad esempio, nel caso in cui sia apposta ad un contratto di vendita una condizione sospensiva o risolutiva consistenti nell'adempimento ovvero inadempimento del debitore, oppure ancora quando si stipuli un patto di riscatto o retrovendita *a latere* del contratto di vendita.

Un altro principio dell'ordinamento rispetto al quale la normativa in esame si pone in, almeno apparente, contraddizione è quello del divieto di patto commissorio. In effetti, anche rispetto al divieto di patto commissorio si è, in via giurisprudenziale, giunti ad una fondamentale mitigazione in quanto si è ritenuto legittimo il cosiddetto patto marciano per il quale, a fronte dell'inadempimento del debitore, il creditore diventa proprietario del bene oggetto della garanzia, salvo l'obbligo di versare l'eventuale differenza tra ammontare del credito e valore del bene. Alla luce di tali sviluppi giurisprudenziali, la disciplina in esame non dovrebbe contrastare con tale interpretazione del divieto di patto commissorio poiché, come specificato dall'art. 4, comma 1, lett. b), l'“*appropriazione*” dell'oggetto della garanzia da parte del creditore può avvenire ma solo “*fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita*”.

#### **a) Le attività finanziarie oggetto della garanzia**

I contratti in esame hanno ad oggetto attività finanziarie a garanzia dell'adempimento di obbligazioni finanziarie. Per attività finanziarie si intende, in base all'art. 1, comma 1 lett.c), “*il contante e gli strumenti finanziari*” e, per obbligazioni finanziarie, ex art, 1, comma 1, lett. o), le obbligazioni, siano esse pur condizionali o future, aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro ovvero la consegna di strumenti finanziari, anche nel caso in cui il debitore sia un soggetto diverso da colui il quale fornisca la garanzia. Senza indugiare su definizioni riscontrabili direttamente nel testo del decreto, è sufficiente in questa sede identificare il “*contante*” come denaro accreditato su un conto o equipollenti crediti alla restituzione di denaro, laddove per la definizione di strumenti finanziari si rimanda a quella enucleata nel TUF.

#### **b) Ambito di applicazione soggettivo**

Venendo ora al momento soggettivo della sfera di applicazione del decreto legislativo in esame, l'art. 1, comma 1, lett. d) pone l'appartenenza a determinate categorie di soggetti, analiticamente elencate, quale condizione per l'acquisto della qualità di parte sia dal lato attivo che passivo del contratto di garanzia. Si tratta sostanzialmente di soggetti agenti nell'ambito del mercato/sistema finanziario (autorità pubbliche, banche centrali, gli enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, agenti di regolamento o stanze di compensazione) e di enti - dotati o meno di personalità giuridica - che abbiano come controparte un soggetto “*finanziario*”, cioè facente parte delle altre categorie. Le persone fisiche vengono esplicitamente escluse dal novero di tali soggetti, non avendo la loro condotta forti implicazioni sul piano della stabilità del sistema finanziario comunitario<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si ritiene che la disciplina sia applicabile anche all'imprenditore individuale nonostante la lettera suggerirebbe il contrario. Tale interpretazione discende dal confronto con la versione inglese (*a person other than a natural person, including unincorporated firms and partnerships, provided that*

In effetti, la lettera della norma più che caratterizzare il requisito soggettivo quale presupposto per l'applicazione della normativa in esame (come vorrebbe un coerente recepimento dell'approccio espresso nella direttiva), lo presenta quale elemento la cui mancanza incide persino sull'esistenza o, comunque, validità del tipo negoziale<sup>11</sup>. Nell'ambito dell'art. 2, comma 1, il legislatore delegato ridimensiona la rilevanza dei requisiti soggettivi come oggettivi, prevedendo che l'applicazione si subordini a determinate condizioni e, quindi, configurando la disciplina speciale quale struttura normativa che integra quella comune, che torna ad essere pienamente ed esclusivamente applicabile in mancanza degli stessi requisiti.

### **c) Requisiti del contratto**

Il legislatore delegato, nella specificazione dei requisiti formali del contratto di garanzia finanziaria, ha cercato di implementare la semplificazione posta come fondamentale obiettivo dalla direttiva 47/2004. Affinché il beneficiario della garanzia divenga titolare dei diritti previsti nell'ambito dello stesso decreto e perché questa sia opponibile a terzi, si richiede esclusivamente che, sia il contratto di garanzia finanziaria che l'atto attraverso il quale si costituisca la garanzia, abbiano forma scritta (*ad probationem*) (art. 2, comma 1, lett. a) e b)).

Pertanto, perché si considerino adempiuti tali requisiti in riferimento agli strumenti finanziari dematerializzati si ritiene sufficiente la registrazione degli strumenti stessi sui conti degli intermediari ex art. 30 e s.s. del d. lgs. 213/1998 e l'annotazione del contante sul conto di pertinenza, laddove, invece, per quanto riguarda il contante (e gli strumenti finanziari non dematerializzati) è necessario l'effettivo accredito dello stesso sul conto del soggetto beneficiario.

### **d) Escussione della garanzia**

Una volta enucleati le condizioni alle quali si applica la disciplina speciale, il regolamento si occupa di regolamentare determinati aspetti delle varie

---

*the other party is an institution as defined in points (a) to (d)”) e francese (“y compris une entreprise non constituée en société et un groupement (partnership)”) dell'art.1(1)(e) della direttiva. Si giunge a diversa conclusione in riferimento alle associazioni poiché non riconducibili in alcun modo alle *partnerships*. Cfr. A. Candian, *Le garanzie finanziarie*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano. Giuffrè, 2008. p. 39; G.Sardo, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004*, n. 170, in *Contratti*, p. 200; V. Agnese, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2009. p. 38 ss. Dolmetta A.A., *Le garanzie sulle attività finanziarie: i punti cardinali del D. Lgs. 170/2004*, in *Convegno Synergia Formazione*, Milano, 2005; E. Girino, *Le nuove garanzie finanziarie: semplificazione ed efficienza*, in *Amm. e fin.*, 2005, 3, p. 39 ss.; G. Baggio F.Rebecca, *Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote*, Milano, 2005, 188; Contra: F. Bonfanti, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal D. legisl. n. 170 del 2004: spunti civilistici*, in *Studium iuris*, 5 e 7, 2007, 675. p. 510, per i quali implicitamente la normativa sarebbe applicabile pure alle associazioni riconosciute ed alle fondazioni (per le associazioni, v. pure G. Trovatore, op. cit., 295, nota 45); E. M. Mastropaolo, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, 526;*

<sup>11</sup> V. Guccione op.cit.

categorie di contratti di garanzia finanziaria<sup>12</sup> partendo dalle modalità di escussione del pegno di cui all'art. 4 dello stesso regolamento.

Diversamente dalla direttiva, che all'art. 4 prevede una disciplina omogenea relativamente all'escussione avente ad oggetto garanzie finanziarie relative a qualsiasi tipologia di contratto di garanzia finanziaria, l'art. 4 del decreto detta una disciplina concernente soltanto il contratto di pegno.

Nel momento in cui si verifichi un evento, cosiddetto “*determinante*”, previsto contrattualmente ovvero operante *ex lege*, identificato all'art. 1, comma 1, lett. i) “*nell'inadempimento o in qualsiasi altro evento analogo convenuto fra le parti il cui verificarsi dà diritto al beneficiario della garanzia, in base al contratto o per effetto di legge, di procedere all'escussione della garanzia finanziaria*” (o di attivare la clausola di *close-out netting*<sup>13</sup>, cfr. *infra*), il creditore beneficiario potrà procedere all'escussione della garanzia.

Il legislatore delegato utilizza il termine “*inadempimento*” laddove nella direttiva di parla, più genericamente di “*events of default*” cioè di avvenimenti determinati contrattualmente dalle parti nell'ambito dei quali si ricomprendono ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale e/o accessoria, ma anche circostanze che manifestano la possibilità che si verifichi un qualche adempimento, e casi in cui il legislatore intervenga a modificare la modalità dell'adempimento ovvero l'oggetto della obbligazione.

Il creditore può procedere all'escussione della garanzia anche nel caso in cui venga aperta una procedura di risanamento o liquidazione, dando previa e immediata informazione delle modalità da adottarsi e dell'oggetto della stessa escussione al debitore ovvero ai competenti organi della procedura di liquidazione, salva la restituzione contestuale dell'eventuale eccedenza. Non appare, almeno in base alla lettera, necessaria una previa comunicazione al curatore fallimentare. Anche nella fase esecutiva si privilegia una forte rapidità e semplificazione delle forme nella finalità ultima di garantire certezza dei rapporti giuridici.

Il legislatore delegato non annovera, come invece la direttiva - sempre all'art. 4 -, il caso del “*proseguimento*” di una procedura di risanamento o liquidazione nei confronti del datore o del beneficiario della garanzia, per tale intendendosi il caso di accordi che intervengono prima dell'apertura della procedura, sia quelli conclusi in un momento successivo alla stessa. Nonostante il dato letterale conduca ad un'interpretazione in senso restrittivo, pare preferibile ricomprendere nel raggio applicativo della disposizione anche i contratti conclusi in proseguimento di una procedura concorsuale in quanto, in effetti, utilizzando la locuzione “*anche in caso di apertura di una procedura*”, il regolamento configura la possibilità, *rectius* il diritto, per il creditore pignoratizio

---

<sup>12</sup> In particolare, si nota come il legislatore delegato non abbia sviluppato un *corpus* legislativo sistematico e completo, ma, piuttosto, ha proceduto a prevedere opportune deroghe alla disciplina di diritto comune nonché a regolamentare aspetti non presi in considerazione da quest'ultima.

<sup>13</sup> Riferimento che non pare giustificato in quanto sembrerebbe atto a ricomprendere il *close-out netting* tra le garanzie assoggettabili a escussione. Cfr. Guccione op. cit.

di procedere all'escussione della garanzia a prescindere dal momento della stipula del contratto di garanzia<sup>14</sup>.

In riferimento ai contratti di garanzia finanziaria non implicanti il trasferimento della proprietà della garanzia in capo al beneficiario, il creditore pignoratizio, una volta verificatosi l'evento determinante, può procedere all'escussione, rispettando le forme contrattualmente previste, “a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita”.

In riferimento alla modalità di cui alla lett. a), si ribadisce sostanzialmente il contenuto della disposizione di cui all'art. 2797 u.c., c.c., che enuclea il criterio di atipicità delle forme convenute dalle parti per la vendita della cosa data in pegno.<sup>15</sup> È però discusso in dottrina se le parti possano convenire, intervenendo in via derogatoria, avendo riguardo esclusivamente alle forme e modalità della vendita ovvero anche alle forme procedurali da assumere (intimazione e termini della stessa)<sup>16</sup>.

Certo è che, come sostenuto dalla dottrina civilistica maggioritaria, rappresentando la disciplina concernente l'intimazione e i suoi termini un *minimum* di garanzia a favore del debitore, non sarebbe derogabile negozialmente. Se, però, si guarda alla formulazione della disposizione e alla *ratio* della disciplina in esame, pare sostenibile l'interpretazione per cui le parti possano derogare anche le forme del procedimento, salvo ovviamente che il creditore trattenga “il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita”.

Più innovativa è la modalità di escussione prevista alla lett. b). In particolare, tale previsione, come accennato, viola in astratto il divieto di patto commissorio, sebbene il legislatore abbia in questa sede optato per la disapplicazione del principio preferendo privilegiare la finalità ultima della disciplina (alla luce dell'impostazione comunitaria) che è quella di celerità e speditezza delle forme a scapito, chiaramente, del principio generalissimo del *favor debitoris*, nonché quello della *par condicio creditorum*. Il legislatore nazionale ha introdotto tale innovazione nonostante la direttiva ne permettesse la non recezione, attraverso un meccanismo di *opt-out*, ai Paesi i cui ordinamenti non prevedevano tale modalità di escussione.

In ogni caso, la previsione si porrebbe sostanzialmente in linea con l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che riconosce la liceità del patto marciano. La posizione debitoria sarebbe, peraltro, sufficiente tutelata in quanto il ricorso all'appropriazione è subordinato alla conclusione di un accordo tra le parti che preveda non solo la possibilità da parte del creditore di

---

<sup>14</sup> Guccione, op. cit.

<sup>15</sup> *Inter alia*, E. Gabrielli, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet.

<sup>16</sup> F. Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, 2010, Giuffrè, p.71.

appropriarsi della garanzia nei limiti suddetti, ma che regoli anche i criteri di valutazione.

In riferimento a ciò, l'art. 8 del decreto sviluppa il cosiddetto criterio della “ragionevolezza commerciale”, facendo eco a quanto previsto all'art. 4, par. 6 della Direttiva 2002/47/CE. In sintesi, il primo comma dell'articolo richiamato prevede che le “condizioni di realizzo ed i criteri di valutazione delle stesse (attività finanziarie) e delle obbligazioni finanziarie garantite” siano “ragionevoli sotto il profilo commerciale”; tale “ragionevolezza” si presume *iuris tantum* nel caso in cui la clausole contrattuali che disciplinino tali condizioni e criteri siano conformi agli “*schemi contrattuali*” elaborati da Banca d'Italia, di concerto con la CONSOB, “*in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale*”. Il canone della celerità della realizzazione della garanzia ha animato anche la disciplina di cui all'art. 8 del decreto, che istituisce un meccanismo di controllo *ex post* rispetto all'escussione della garanzia in un'ottica di tutela del debitore e dei terzi, in funzione del criterio della “ragionevolezza commerciale”. Il primo comma dell'articolo richiamato prevede che le “condizioni di realizzo ed i criteri di valutazione delle stesse (attività finanziarie) e delle obbligazioni finanziarie garantite” siano “ragionevoli sotto il profilo commerciale”; tale “ragionevolezza” si presume *iuris tantum* nel caso in cui la clausole contrattuali che disciplinino tali condizioni e criteri siano conformi agli “*schemi contrattuali*” elaborati da Banca d'Italia, di concerto con la CONSOB, “*in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale*”.

Il legislatore prevede un parametro che, nel *trade-off* tra i contrapposti interessi del datore della garanzia e beneficiario, equilibra i rimedi rispettivamente previsti a favore delle diverse parti coinvolte<sup>17</sup>.

La dottrina maggioritaria considera tale criterio come riconducibile alla clausola generale della buona fede, anche in virtù del fatto che gli ordinamenti di *common law*, a cui tale canone tradizionalmente appartiene, tendenzialmente non riconoscono l'obbligo generale di agire secondo buona fede nello svolgimento del contratto.

Il rapporto tra ragionevolezza e buona fede è stato indagato dalla dottrina che è giunta a considerare la ragionevolezza non tanto come “*principio, una regola in sé compiuta*” ma come “*criterio di valutazione*” che ha come fondamento “*il bilanciamento complessivo degli interessi in relazione alle circostanze concrete*”<sup>18</sup>. Pertanto, la ragionevolezza non si identificherebbe con la buona fede che, piuttosto, come rappresenterebbe la “cornice”<sup>19</sup> in cui si iscrive il canone della ragionevolezza e da cui dipende la sua fisionomia, in un rapporto di complementarità. In particolare, la buona fede avrebbe una funzione “*integrativa*”, come tale “*generatrice*” di obblighi, laddove la ragionevolezza

---

<sup>17</sup> F. Murino, op. cit., pag. 84, a sua volta richiama G. Boccuzzi che sottolinea come la ragionevolezza “*rappresenta uno strumento teso al bilanciamento del sistema, al fine di non sottoporre il debitore a comportamenti scorretti del creditore, in modo coerente con lo spirito del nostro ordinamento, espresso dalle norme in tema di arricchimento senza giusta causa, di correttezza e buona fede, nonché diligenza professionale ex art. 1176 c.c.*” in *Rischi e garanzie nella regolazione finanziaria*, 2006, Cocuzzi.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 84

<sup>19</sup> S. Troiano, “*Ragionevolezza e concetti affini: il confronto con buona fede, diligenza ed equità*”, in *Obb. Comm.*, 2006, p. 206 a cui anche F. Murino, op. cit., fa riferimento.

atterrebbe alla migliore modalità esecutiva attraverso cui gli stessi obblighi vengono attuati<sup>20</sup> (autori riconducono, rispettivamente la prima piano del “dover essere” e la seconda al piano della “praticabilità” di una data soluzione<sup>21</sup>).

Entro sei mesi dall'apertura della procedura di liquidazione, gli organi della stessa procedura possono azionare la violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale nella determinazione pattizia (salvo che questa sia avvenuta entro un anno precedente all'apertura della procedura) delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie, nonché dei criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite. Contro la violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale delle condizioni di realizzo delle attività oggetto della garanzia è possibile fare ricorso in giudizio entro tre mesi dalla comunicazione di cui all'art. 4 comma 2, qualora non siano state oggetto di previo accordo tra le parti, per la rideterminazione del *quantum debeatur* in base allo stesso articolo.

Cosicché, il termini generali entro cui esperire l'azione giudiziale a pena di decadenza è tre mesi decorrenti dall'informativa di cui all'art. 4, comma 2 del decreto ma, in una prospettiva fortemente garantista, in caso di apertura della procedura fallimentare, gli organi competenti possono far valere la violazione entro sei mesi dalla stessa apertura, a patto che la determinazione delle condizioni di realizzo sia avvenuta nei dodici mesi precedenti.

L'ulteriore modalità di escussione, prevista alla lett. c), consiste nell'utilizzazione dell'oggetto della garanzia rappresentata da contante a estinzione dell'obbligazione finanziaria garantita.

È bene puntualizzare che, esistendo l'obbligo di ricostituzione della garanzia nel caso di utilizzazione mediante alienazione da parte del creditore, non è applicabile la disposizione di cui al comma 2° dell'art. 8 del decreto. Per garanzia equivalente, come specificato all'art. 1, comma 1, lett. l) del decreto in esame, si intende una garanzia che abbia ad oggetto contante, per un ammontare dello stesso importo e valuta, ovvero una garanzia avente ad oggetto strumenti finanziari emessi dallo stesso emittente o debitore, appartenenti alla medesima emissione o classe e con egual valore nominale, stessa valuta e descrizione, o ancora nel caso in cui il contratto di garanzia finanziaria prevede il trasferimento di altre attività al verificarsi di un evento che riguardi o influenzi strumenti finanziari forniti come garanzia finanziaria, queste altre attività.

#### **e) Il potere di disposizione dei beni pignorati**

Qualora il contratto di garanzia lo preveda, il creditore ha potere di disporre delle attività finanziarie oggetto del pegno, finanche alienandole (art. 5, d. lgs. 170/2004).

---

<sup>20</sup> C. Castronuovo, *Un contratto per l'Europa, prefazione de Principi di Diritto Europeo dei contratti*, 2001. XLIII ss,

<sup>21</sup> A. Di Majo, *L'osservanza della buona fede nei Principi Unidroit sui contratti commerciali e internazionali, in Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997. p. 157

Analizziamo, senza pretesa di esaustività, le maggiori problematiche che tale disposizione pone rispetto ai principi enucleati nell'ambito della disciplina di diritto comune in materia.

In riferimento al pegno, l'art. 2792 c.c. ammette, a fronte del previo consenso da parte del debitore, l'utilizzo della cosa pignorata a fini di "conservazione". In ogni caso, l'esperibilità della facoltà del creditore di disporre delle cose oggetto della garanzia, si subordina al verificarsi di eventi (quali l'inadempimento del debitore ed il pericolo di deterioramento della cosa oggetto della garanzia), tassativamente esplicitati dal legislatore codicistico. Anche la procedura attraverso cui attuare la "vendita della cosa" data in garanzia non è indubbiamente a disposizione creditore, bensì è dettagliatamente regolata dal codice (sia civile che di procedura civile) ed ha persino una rilevanza pubblicistica (artt. 2797, 2910 c.c. e art. 502 c.p.c.).

Il decreto, di contro, generalizza la facoltà di disposizione della garanzia. Tale macroscopica deroga alla disciplina di diritto comune, che discende dalla direttiva in materia, si giustifica in quanto serve due precise finalità. *In primis*, si vuole favorire una miglior liquidità<sup>22</sup>: le attività finanziarie oggetto di pegno sono rimesse in circolazione e, quindi, possono andare a finanziare ovvero garantire ulteriori operazioni. Inoltre, si riducono i costi relativi al finanziamento perché ciò che il beneficiario della garanzia corrisponde al debitore rappresenta una diminuzione del prezzo globale dell'operazione.

Il legislatore delegato cerca, comunque, di contemperare i diversi interessi coinvolti, da un lato prevedendo che tale facoltà sia conferita al creditore attraverso una previsione contrattuale, e, dall'altro, disponendo che il creditore pignoratizio, che abbia alienato il bene oggetto della garanzia, ricostituisca la garanzia equivalente in sostituzione della garanzia originaria entro la data di scadenza dell'obbligazione finanziaria garantita. All'art. 5, comma 3 del decreto si precisa inoltre che la sostituzione "*non comporta costituzione di una nuova garanzia*", cioè non ha alcun effetto novatorio rispetto alla garanzia originaria, e si considera, pertanto, "*effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria*".

#### **f) Le clausole di *close-outnetting***

Un breve cenno merita la disciplina introdotta dal decreto in esame concernente le cosiddette clausole di compensazione per *close-out*, sempre ad implementazione di quanto previsto dalla Direttiva ma già diffuse per prassi a livello internazionale. Tale strumento, pur non costituendo tecnicamente una garanzia bensì rappresentando una modalità estintiva del rapporto obbligatorio diversa dall'adempimento, è annoverato tra le tecniche di mitigazione del rischio di credito<sup>23</sup> poiché permette a soggetti, tra loro reciprocamente titolari di posizioni giuridiche soggettive sia di segno negativo che positivo, di tra loro compensare le stesse per addivenire ad un saldo dell'effettivo *quantum debeatur* quindi il saldo effettivo netto determinato alla stregua delle disposizioni contrattuali previste a riguardo. Proprio in virtù delle caratteristiche funzionali,

---

<sup>22</sup> V. Guccione, op. cit. p. 129.

<sup>23</sup> D. Mengle, *The Importance of Close-Out Netting*. ISDA Research Notes – Number 1, 2010; AA.VV., *Trattato sulla responsabilità contrattuale*, diretto da G. Vinsitini. Wolter Kluwers, 2009. p. 710.

la compensazione per *close-out* è tale da permettere di individuare l'esatta esposizione di un soggetto, utile in riferimento al calcolo del requisito patrimoniale minimo richiesto dall'accordo di Basilea 2<sup>24</sup>.

In sostanza, il decreto riconosce validità a tale tipologia di clausole anche nel caso in cui, nei confronti di una delle parti, sia in corso una procedura di risanamento ovvero liquidazione.

Con le clausole di *close-out netting* si prevede, a fronte di un evento di inadempimento - che riveli finanche uno stato d'insolvenza del debitore -, la sostituzione dell'obbligazione originaria con un'ulteriore diversa obbligazione avente ad oggetto l'esposizione netta del debitore verso il creditore - che prescinde dalla valuta e scadenza della obbligazione preesistente. Infatti, tale tipo di clausola viene altrimenti tecnicamente definita come clausola di interruzione dei rapporti e pagamento del saldo netto.

Il "funzionamento" del meccanismo di *close-out* dipende dalla formulazione della stessa clausola. In particolare, può operare come una vera e propria compensazione tra le posizioni debitorie e creditorie reciproche determinandosi una "*somma netta globale*" a saldo, che è dovuta ad estinzione dei rapporti reciproci; ovvero le singole obbligazioni diventano tutte immediatamente esigibili, trasformandosi quindi in una obbligazione "cumulativa" di versare un ammontare equivalente al valore corrente stimato; o, in ultimo, le obbligazioni si estinguono e si sostituiscono all'obbligazione di corrispondere l'ammontare equipollente al valore corrente.

### **3) Cessione del credito a scopo di garanzia**

Dopo esserci brevemente soffermati sulla disciplina concernente i contratti di garanzia finanziaria e aver, quindi, dato, seppur in maniera non del tutto esauriente, un quadro generale sulla materia, focalizziamo ora la nostra analisi sul controverso istituto della cessione del credito a scopo di garanzia, quale *species* del *genus* "*contratto di garanzia finanziaria*" in rapporto alla disciplina civilistica e, più in generale, ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

#### **a) La cessione del credito: cenni sull'istituto**

Senza volerne ripercorrere la disciplina codicistica, procediamo per cenni a delineare l'istituto in esame in modo funzionale alla nostra analisi. La cessione del credito rappresenta una delle modalità attraverso cui si estrinseca la successione nel credito a titolo particolare. Rappresentando un fatto circolatorio dell'obbligazione, non ne comporta alcuna vicenda novatoria. Nel caso la cessione sia a titolo oneroso, il dante causa deve *ex lege* garantire l'esistenza del credito al momento del trasferimento (cessione *pro soluto*). Tale garanzia si può pattiziamente escludere ovvero estendere alla solvibilità del debitore (cessione *pro solvendo*).

La *vexata quaestio* sulla natura della cessione del credito quale fattispecie negoziale autonoma ovvero come effetto di un altro negozio è stata

---

<sup>24</sup> In riferimento alle clausole di *close-out netting* in rapporto alle norme in materia di vigilanza prudenziale, vedi più diffusamente M. J. HALL, *The revised supervisory treatment of netting and potential exposure for off-balance-sheet items under the Basle Capital Accord*. JIBL, 1996. p. 93 ss.

sostanzialmente risolta a favore della prima soluzione, alla luce della collocazione dell'istituto nel codice civile, non più nell'ambito della disciplina concernente il contratto di vendita, ma tra le norme del Titolo I Capo V, che disciplina le obbligazioni in generale.

Per quanto riguarda la struttura negoziale, sono venuti a svilupparsi in dottrina due orientamenti interpretativi. La tesi minoritaria considera la notifica o accettazione del debitore ceduto elementi essenziali del contratto, in mancanza dei quali, dunque, la cessione non sarebbe perfezionata ovvero si produrrebbero effetti esclusivamente obbligatori. L'orientamento dominante, anche in giurisprudenza, è quello in base al quale la cessione del credito avrebbe struttura bilaterale, per il perfezionarsi della quale non sarebbe necessaria una manifestazione di volontà, esplicita quanto implicita, da parte del debitore ceduto<sup>25</sup>. Gli istituti della notifica e dell'accettazione servirebbero a rendere opponibile la cessione al debitore ceduto, privando di efficacia liberatoria il pagamento al creditore cedente.

#### **b) La cessione del credito e lo scopo di garanzia**

Un'altra annosa questione concerne l'elemento causale dell'istituto in esame. In particolare, se la cessione del credito si ritiene essere meramente un effetto di un altro contratto, l'elemento causale non rileverebbe, o meglio, mancherebbe in quanto assorbito nella causa del contratto che la produce quale effetto; laddove, invece, la dottrina, che considera la cessione del credito quale negozio avente autonomia rispetto a quello che ha creato il rapporto obbligatorio da cui dipende l'oggetto della cessione stessa, si è divisa tra coloro che inquadrano l'istituto nell'ambito nei negozi cosiddetti "astratti" e tra chi la riconduce al *genus* dei negozi propriamente causali<sup>26</sup>.

Risulta maggiormente condivisibile tale ultima configurazione, peraltro avvallata dalla dottrina e giurisprudenza<sup>27</sup> maggioritaria, in quanto maggiormente conforme ai principi generali dell'ordinamento giuridico che annoverano l'elemento causale come essenziale del negozio giuridico e, quindi, indefettibile. La cessione viene, quindi, a configurarsi come negozio causale avente una causa generica costante che si concreta nella finalità del trasferimento della titolarità del credito ed una causa specifica determinata dal sottostante accordo.

È chiaro, quindi, che potremo avere cessioni caratterizzate da una, come più comunemente avviene, *causa vendendi*, ma anche cessioni poste in essere *donandi causa*, ovvero ancora *solvendi causa* se utilizzate al fine di estinguere una obbligazione preesistente<sup>28</sup>.

La cessione del credito a scopo di garanzia si caratterizza in quanto il mutamento nel lato attivo del rapporto obbligatorio è posto in essere in funzione di garanzia di un credito. Come precisato dalla Suprema Corte "la

---

25 AA.VV.. *I singoli contratti*, a cura di G. Cassano. Cedam.

26 T. Mancini, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968; P. Perlingeri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca, Libro quarto, Delle obbligazioni* (art-1230-1259), Bologna-Roma, 1975, sub art. 1256, p. 443.

27 Cass. Civ., 20.11.1975, n. 3887; Cass. Civ. 2.8.1977, n. 3421; Cass. Civ. 3.2.1987, n. 950.

28 G. Cassano, op.cit.

*cessione del credito non è un tipo contrattuale a sé stante, ma è inquadrabile fra i negozi a causa variabile, nel senso che, al pari di tutti gli atti traslativi, può rientrare di volta in volta, nell'uno o nell'altro tipo contrattuale [...], a seconda del titolo o della causa che lo giustifica”* (Cass. Civ., 13.12.1973, n. 3004), conseguentemente la disciplina applicabile è quella del contratto adottato, risultando la norme sulla cessione meramente integrative.

La dinamica negoziale si estrinseca nel trasferimento di un credito che il debitore (cedente) vanta nei confronti di un terzo in capo al proprio creditore (cessionario) che potrà far valere le sue ragioni creditorie sia rispetto al credito originario che rispetto a quello ceduto in garanzia dello stesso credito originario. L'esigibilità del credito ceduto è, comunque, subordinata all'inadempimento rispetto al credito garantito, laddove, se quest'ultimo venga estinto, il credito oggetto della cessione si ritrasferirà automaticamente nel patrimonio del cedente non essendo necessaria alcuna ulteriore attività negoziale da parte di entrambe le parti.

Tale specie di cessione del credito è comunemente utilizzata dagli enti finanziari nelle operazioni di finanziamento. All'erogazione di un prestito, la banca erogante chiede, a garanzia dell'esposizione debitoria, la cessione di crediti che il soggetto beneficiario del prestito vanta nei confronti di terzi; tali crediti si caratterizzano solitamente per essere dipendenti dal rapporto scaturito dall'erogazione del prestito ma, l'esigibilità è subordinata al momento in cui si verifichi l'inadempimento dal parte del soggetto debitore/cedente. Nell'ambito della prassi bancaria si è poi sviluppato il più complicato schema contrattuale che implica l'obbligo per la banca cessionaria di depositare presso un conto corrente le somme corrisposte dal debitore ceduto in nome del debitore ceduto e con pegno a suo favore.

La cessione del credito a scopo di garanzia ha, pertanto, tali peculiarità fondamentali: il cessionario può rivolgersi indifferentemente per l'adempimento delle rispettive prestazioni al debitore ceduto nei limiti dell'ammontare del valore del credito ceduto e, al debitore cedente, per l'obbligazione originaria; l'estinzione della obbligazione originaria garantita funge da condizione risolutiva rispetto alla cessioni del credito; il pagamento del debitore ceduto al cessionario determina l'estinzione totale ovvero parziale dell'obbligazione originaria; il valore dell'oggetto della cessione può essere superiore a quello dell'obbligazione originaria (che va a garantire).

### **c) Cessione del credito a scopo di garanzia quale contratto misto**

La cessione del credito a scopo di garanzia è stata classificata dalla dottrina quale contratto misto, in quanto lo schema negoziale presenta elementi affini al pegno di crediti ed alla cessione del credito *pro solvendo*<sup>29</sup>. A fronte di tale classificazione, la dottrina si è interrogata sulla disciplina applicabile arrivando a soluzioni alternative, delineandosi oscillazioni interpretative tra teoria della combinazione e teoria dell'assorbimento.

---

<sup>29</sup> A.A. Dolmetta e G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I.

È indubbio che tale particolare schema negoziale abbia, per le ragioni che appresso diremo, forti analogie rispetto alla figura del pegno di crediti, tant'è che si è in via dottrinale ricostruito il pegno di crediti come determinante una cessione del credito condizionata<sup>30</sup> ovvero, ancora, come una cessione a cui consegue il mutamento del creditore (a sua volta debitore cedente) che viene sostituito dal creditore pignoratizio (cessionario)<sup>31</sup>. Esistono però sostanziali differenze che non consentono la sovrapposizione di tali due figure.

*In primis*, la disciplina del pegno di crediti impone la forma dell'atto scritto (costitutivo del connesso diritto di prelazione) nonché un obbligo di notifica al debitore e l'esplicita accettazione di quest'ultimo (art. 2800 c.c.).

La seconda evidente connotazione, che allontana le fattispecie, è quella per cui, nella cessione del credito a scopo di garanzia, il trasferimento del diritto è immediato in caso di credito esistente ovvero è differito nel caso in cui il credito sia futuro, laddove il pegno di crediti non può mai implicare l'acquisizione della titolarità del credito in capo al creditore pignoratizio ma, piuttosto, la costituzione di un diritto di prelazione. Tale divergenza ha dei significativi riflessi sulla disciplina, che prevede la possibilità per il cessionario di essere titolare del diritto di credito nei limiti in cui questo realizzi lo scopo di garanzia e, di contro, la necessità per il creditore pignoratizio di vedersi assegnato il credito in pagamento (art. 2804 c.c.). A ciò si aggiungano tutte le cautele previste in tema di riscossione del credito da parte del creditore pignoratizio (art. 2803 c.c.), che invece non valgono in riferimento alla cessione del credito poiché essa dà luogo a una vera e propria successione nella titolarità del credito, a ciò discendendo l'opponibilità della stessa titolarità ai terzi a fronte dell'avvenuta notifica o accettazione della cessione (purché dotati di data certa).

Sotto il profilo strettamente funzionale non si può negare una forte analogia tra tale specie di cessione del credito e i diritti reali di garanzia: il creditore/cessionario risulta essere titolare di un diritto assoluto, azionabile *erga omnes*. Attraverso il meccanismo della cessione del credito si viene a costituire *de facto* un diritto di prelazione in quanto si assicura al creditore/cessionario, in caso di inadempimento da parte del debitore/cedente, la possibilità di soddisfare le proprie ragioni previamente rispetto ad altri creditori (ferma la posizione del cedente nei confronti del debitore ceduto da cui la sussistenza della cessione in funzione di garanzia dipende *in toto*)<sup>32</sup>. Più nello specifico, a fronte del fallimento del cedente il cessionario ha diritto ad insinuarsi al passivo al fine di soddisfarsi per l'ammontare relativo al credito ceduto, previamente rispetto agli altri creditori.

Si parla di analogia funzionale in quanto è chiaro che, nel meccanismo negoziale in esame, manca la costituzione di un diritto di prelazione in senso proprio, sebbene crei fattualmente gli stessi effetti. Si parla, perciò, di garanzia impropria, poiché i diritti reali di garanzia sono *numerus clausus* ed il loro catalogo non può andare ad estendersi a fronte di manifestazioni della mera autonomia privata. A corollario di tale principio generale dell'ordinamento, la

---

<sup>30</sup> C. Pratis, *Della tutela dei diritti (artt. 2784-2807)*, in *Commentario del codice civile*, 1982. p. 127

<sup>31</sup> F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1950. p. 189

<sup>32</sup> F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2013, Edizioni scientifiche italiane.

legge fallimentare non estende l'applicabilità delle norme dettate con riguardo a tali diritti alla cessione del credito in garanzia: l'art. 177, comma 3°, prevede che, nell'ambito del concordato preventivo, i creditori titolari di un diritto di prelazione rispetto ai quali la proposta di concordato preventivo ipotizza la soddisfazione non integrale, sono da considerarsi equiparati ai creditori chirografari per la parte del credito rimasta non soddisfatta, laddove, come esplicitato anche dalla giurisprudenza, “*l'adesione del cessionario del credito al concordato preventivo del cedente non ne comporta la rinuncia*” (Cass. Civ. 5.11.1980, n. 5943).

L'art. 168 della legge fallimentare dispone che, a fronte dell'ammissione al concordato preventivo, i creditori dell'imprenditore non possono diventare titolari di ulteriori diritti di prelazione efficaci rispetto ai creditori concorrenti, a partire dalla presentazione del ricorso fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione. Tale disposizione non si applica al cessionario che potrà, quindi, notificare la cessione anche una volta avvenuta l'ammissione al concordato, sempre sull'assunto che egli non è titolare di un diritto di prelazione (Cass. Civ. 24.6.1995, n. 7158).

È invece applicabile, anche alla cessione del credito sorretta da scopo di garanzia, l'azione revocatoria fallimentare quando sia stata stipulata nel corso del periodo sospetto.

La cessione del credito in garanzia presenta, come accennato, affinità anche con l'istituto della cessione *pro solvendo*. L'elemento fondamentale che differenzia le due figure si fonda sul fatto che mentre nella cessione *pro solvendo*, il cessionario fa valere il proprio diritto *in primis* nei confronti del debitore ceduto e solo nel momento in cui questo si riveli inadempiente, verso il debitore originario, nella cessione a garanzia l'inadempimento del debitore/cedente è condizione rispetto alla possibilità per il creditore di agire nei confronti del debitore ceduto.

#### **d) Recenti evoluzioni interpretative in tema di natura giuridica della cessione del credito a scopo di garanzia**

La natura giuridica della tipologia di cessione in esame è ancora oggi oggetto di discussione pressoché meramente dottrinale. In particolare, si è ricondotta tale figura alla categoria del negozio fiduciario<sup>33</sup> a fronte della preponderanza dell'effetto traslativo immediato sulla funzione di garanzia<sup>34</sup>.

In effetti, anche nella cessione a garanzia si ritrova l'esuberanza della forma giuridica utilizzata in relazione al fine effettivamente perseguito, tipica dei negozi fiduciari che realizzano un obiettivo di limitare gli effetti propri del negozio. La modulazione dello scopo può variare: nella *fiducia cum amico* è quello di rivolgere ad altri il beneficio scaturito dall'atto traslativo; invece, nella *fiducia cum creditore* il fine si sostanzia nella costituzione di una garanzia reale a tutela di un credito.

---

<sup>33</sup> L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*. Edizioni scientifiche italiane, 1933. p. 171 ss.; P. Perlingeri. *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca, Libro quarto, Delle obbligazioni* (art-1230-1259), Bologna-Roma, 1975, sub art. 1256, p. 443.

<sup>34</sup> Cass. Civ. 13.11.1973 n. 3004.

Il diritto viene acquisito nel patrimonio del fiduciario che, tuttavia, in virtù di un rapporto obbligatorio interno (*pactum fiduciae*), vede l'oggetto del suo diritto ritirarsi, a fronte di una richiesta del fiduciante ovvero a fronte della cessazione del rapporto<sup>35</sup>.

Nella cessione a garanzia, il cessionario diviene titolare di un diritto di credito nei confronti al debitore ceduto, laddove verso il cedente si scontra contro il limite rappresentato dalla impossibilità di procedere alla riscossione prima di un evento d'inadempimento (per inadempimento intendendosi un evento di mancato pagamento entro la scadenza contrattualmente prevista); su tale struttura si colloca un patto accessorio in base al quale a fronte dell'adempimento dell'obbligazione garantita, il credito torna al cedente/debitore originario.

La prassi ha, peraltro, elaborato schemi negoziali più articolati, che implicano la subordinazione della cessione alla condizione risolutiva dell'adempimento da parte del cedente, per cui il debitore ceduto può procedere al pagamento al creditore cedente a condizione che questi abbia adempiuto all'obbligazione originaria verso il creditore cessionario, che quindi non potrà esigere l'adempimento da parte del debitore ceduto. Viene quindi a configurarsi un *pactum de non petendo* che implica l'obbligo in capo al cessionario di non richiedere il pagamento al debitore ceduto<sup>36</sup>.

Ovvero ancora, è possibile applicare alla cessione una condizione sospensiva rappresentata dal mancato pagamento da parte del cedente. In questo caso, se l'evento di inadempimento avviene in un momento successivo all'apertura di una procedura concorsuale, la cessione sarà soggetta ad azione revocatoria, in quanto, l'effetto reale della cessione si traspone temporalmente, ed è perciò solo al momento dell'inadempimento che si può considerare essere stato posto in essere un atto dispositivo.

In effetti, la figura della cessione del credito in garanzia è stata interpretata in chiave di negozio sottoposto ad una condizione risolutiva rappresentata da un evento futuro e incerto che produce effetti retroattivi: nel caso in cui si verifichi l'adempimento da parte del debitore cedente, il credito ceduto deve essere ritrasferito dal cessionario nella sfera giuridica dello stesso.

In realtà, a fronte dell'adempimento da parte del debitore originario, non è necessaria alcuna ulteriore attività negoziale concretantesi nella retrocessione ovvero nel ritrasferimento, poiché il trasferimento del credito in capo al debitore cedente avviene in automatico in base al principio di accessorialità delle garanzie, ex art. 1232 c.c.. Tale orientamento è accolto in dottrina che prospetta il ritorno del credito nella sfera giuridica del debitore cedente in via automatica a fronte dell'estinzione, per qualsiasi causa, dell'obbligazione originaria. E così, anche la giurisprudenza: *“nella cessione del credito in funzione di garanzia, ove si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con meccanismo analogo a quella della*

---

<sup>35</sup> M. Nuzzo, *Negozi fiduciario*, Riv. Dir. Comm., II, 1985.

<sup>36</sup> Gazzoni, op. cit.

*condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte cessione, un'attività negoziale diretta a tal fine*” (Cass. Civ., 2.4.2001, n. 4896).

#### **e) Cessione a scopo di garanzia e mandato *in rem propriam***

La figura della cessione del credito in garanzia è stata dalla dottrina associata al mandato irrevocabile all'incasso. Tale istituto si concreta in un mandato il cui conferimento è posto in essere anche nell'interesse del mandatario e volto a soddisfare un interesse di questi; interesse altro rispetto a quello naturalmente connesso all'esecuzione del mandato e che, quindi, configura l'istituto quale mezzo per la realizzazione di una finalità ulteriore riferibile e conseguente ad un rapporto e indipendente ma, per così dire, sottostante al mandato. Tale mandato non è revocabile, salvo non diversamente previsto contrattualmente ovvero nel caso sussista giusta causa.

Parte della dottrina ha prospettato una possibile fusione tra mandato *in rem propriam* e cessione del credito dalla quale discenderebbero effetti traslativi del credito, ovvero un vincolo di destinazione con effetti reali sui crediti oggetto del mandato. Lo schema negoziale prevederebbe la stipula di un mandato irrevocabile a ricevere e un accordo che regola le modalità di adempimento da parte del mandante di un obbligo, relativamente alla restituzione delle somme ricevute a in base ad un connesso rapporto di credito. In sostanza, il mandante rinuncerebbe al ritrasferimento a suo favore delle somme conseguite dal mandatario. A tale complessa operazione dovrebbero applicarsi la disciplina del mandato nonché quella della cessione del credito<sup>37</sup>.

A tale orientamento esegetico è seguito un'ulteriore tentativo di ricostruzione della fattispecie, in base al quale il mandato può essere utilizzato quale evento causante il trasferimento della titolarità del credito avente funzione solutoria ovvero di garanzia. Sarebbe, quindi, ammissibile la commistione, attraverso il mandato *in rem propriam*, tra funzione gestoria e traslativa<sup>38</sup>: il mandato realizza una cessione del credito, il mandante cede al mandatario il credito, ma resta un rapporto di cooperazione gestoria in base al quale il mandatario è obbligato alla riscossione del credito nelle modalità stabilite dal contratto.

Tale ricostruzione è stata avversata dalla giurisprudenza che ha costantemente negato la compatibilità tra le due figure poiché, laddove la cessione importi necessariamente il trasferimento del diritto di credito, il mandato, al contrario, determina esclusivamente il conferimento della facoltà di esazione, rimanendo la titolarità del credito sempre in capo al mandante (Cass. Civ., 22.9.1990, n. 9650).

Il mandato ha come funzione tipica quella di creare in capo al mandatario un obbligo di compiere atti giuridici per conto del mandante, perciò, il fatto che il mandatario abbia la facoltà di trattenerne l'ammontare riscosso ha la sua fonte in una compensazione connessa al mandato che, come tale, non implica effetti traslativi rispetto al credito. Sebbene il mandatario proceda alla riscossione del credito nel proprio interesse, la titolarità del credito

---

<sup>37</sup> A. Gambino, *Il mandato per la soddisfazione dei crediti del mandatario o di terzi nel fallimento e nella procedura di concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I.

<sup>38</sup> A. Lordi, *Mandato in rem propriam e cessione di crediti*, in *Riv. Not.* 1999. p. 318

permane in capo al mandante. In riferimento all'incompatibilità tra mandato *in rem propriam* e cessione del credito in garanzia, la giurisprudenza si è espressa ribadendo il rapporto di incompatibilità tra le due figure nonché le differenze funzionali notando nell'ambito del mandato la finalità di estinzione del debito nei confronti del mandatario non viene assolta attraverso il trasferimento di crediti ma attraverso la compensazione tra importo del debito vantato dal mandatario nei confronti del mandante e ammontare delle somme riscosse (Cass. Civ., 26 marzo 2003, n. 19054).

#### **f) Cessione del credito a scopo di garanzia e compatibilità con i principi generali dell'ordinamento**

Fitte discussioni dottrinali hanno interessato la compatibilità dell'istituto in esame con i principi generali dell'ordinamento. In particolare, parte della dottrina si è espressa per l'illiceità del meccanismo negoziale in quanto inidoneo a determinare il trasferimento della titolarità di un diritto, e poiché in violazione del divieto di patto commissorio ex art. 2744 c. c.<sup>39</sup>.

La dottrina maggioritaria ha fortemente avvertito tale prospettiva. In primo luogo, se si configura la cessione del credito come contratto a causa variabile (o incompleta), aggiungendosi, come anzi detto, al trasferimento del diritto di volta in volta una ulteriore "funzione" determinata pattiziamente, non si dovrebbe dubitare della possibilità che sia una causa di garanzia a caratterizzare la figura, integrando la causa generica. Ed in effetti, la dottrina puntualizza che, seppure esiste nel nostro ordinamento un principio di tipicità delle situazioni reali riconosciute dal sistema, non invece è previsto un principio di tipicità dei contratti che comportano fenomeni traslativi delle stesse situazioni reali.

Anche la giurisprudenza, stressando il concetto di variabilità della causa, ha ammesso la configurabilità della cessione del credito quale modalità traslativa del diritto finalizzata alla costituzione di una garanzia ancorché atipica, ovviamente fermo il vaglio del limite della meritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322, comma 2°, c.c.

Per quanto riguarda, invece, la ravvisata violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., si è sottolineata la diversità strutturale rispetto al patto commissorio per tale intendendosi, giova ricordare, la pattuizione in base alla quale, in caso di mancato pagamento di un credito entro il termine stabilito contrattualmente, il bene oggetto di un diritto reale di garanzia diviene di proprietà del creditore. Tale divieto tutela l'interesse del debitore quale "parte debole" del rapporto pregiudicato da una potenziale coazione da parte del creditore ed anche la aspettativa dei terzi creditori alla *par conditio*. Peraltro, il debitore potrebbe essere pregiudicato ugualmente dalla destinazione in garanzia di un bene dal valore maggiore rispetto a quello dell'obbligazione.

L'applicabilità della norma di cui all'art. 2744 c.c. è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle garanzie occulte quale è, ad esempio, l'alienazione a scopo di garanzia.

---

<sup>39</sup> Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, VI,1960; F. Macario, *Il divieto di patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia in Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, 2009. Giuffrè.

È bene soffermarci, almeno brevemente, sull'evoluzione giurisprudenziale per meglio comprendere le osservazioni concernenti più precisamente il caso in esame.

Inizialmente, l'orientamento della Corte di Cassazione ha ritenuto lecito lo schema contrattuale della vendita a scopo di garanzia nel caso in cui prevedesse l'immediatezza dell'esplicarsi dell'effetto traslativo, venendo, in questo caso, a configurarsi una vendita fiduciaria con patto di riscatto. La corte ha mutato opinione sul punto (il cambio di rotta si è verificato segnatamente con la sentenza n. 3800 del 3.6.1983) giungendo ad affermare che la vendita a cui è apposta una condizione risolutiva è nulla per violazione del divieto di patto commissorio poiché il trasferimento della proprietà di un bene – esplicante i propri effetti immediatamente – in capo al mutuante, contestuale alla corresponsione al mutuatario di una somma di denaro con obbligo di restituzione, costituisce una fattispecie negoziale la cui causa non si giustappone a quella propria della vendita. In particolare, la causa è illecita perché in frode al divieto di cui all'art. 2744 c.c., posto in essere attraverso un meccanismo simulatorio. La Corte ha poi esteso l'operatività di tale indirizzo interpretativo premendo sulla *ratio* del divieto di patto commissorio, alla luce della constatazione che, la possibilità che creditore perpetri una qualche “*coercizione morale*” sul debitore, sussiste sia che l'atto traslativo abbia o meno effetto immediato (Cass. Sez. U., 21.4.1989, n. 1907).

Come chiarificato dalla Suprema Corte, la vendita a scopo di garanzia è un istituto perfettamente lecito in sé, ma che diviene illecito se posto in essere in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

La giurisprudenza è andata oltre tale interpretazione circa la figura del patto commissorio pervenendo all'ulteriore considerazione per la quale “*il patto commissorio è ravvisabile anche rispetto a più negozi tra loro collegati, qualora scaturisca un assetto di interessi complessivo tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale 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 [...], sempre che tra le diverse pattuizioni sia ravvisabile un rapporto di interdipendenza e le stesse risultino funzionalmente preordinate allo scopo finale di garanzia*” (Cass. Civ. 19.05.2004, n. 9466). Perciò, la Corte, considera ascrivibile alla fattispecie del patto commissorio anche lo schema negoziale della cessione del credito a scopo di garanzia, estendendo l'applicabilità della norma di cui all'art. 2744 c.c., non solo alla completa gamma dei diritti reali oltre a quello di proprietà (il solo espressamente contemplato), ma anche ai diritti personali di godimento.

Ed in effetti, anche nella cessione del credito a scopo di garanzia il creditore ha la possibilità di operare un coercizione psicologica sul debitore tale che questo ceda un credito di un valore superiore a quello dell'obbligazione garantita nonché si ripropone la potenziale violazione del criterio della *par conditio creditorum* laddove, il trasferimento del credito da parte del debitore in capo al creditore/cessionario collocherebbe quest'ultimo al di fuori del concorso con gli altri creditori.

Tale impostazione non è stata accolta dalla dottrina che, di contro, ha sostenuto che non è ravvisabile nella norma di cui all'art 2744 c.c. un'*intentio legis* diretta a includere diritti diversi da quelli reali nel meccanismo negoziale in cui si sostanzia il patto commissorio. Applicando un approccio fortemente restrittivo al divieto, contrario a quello adottato, anche in dottrina, rispetto alle alienazioni a scopo di garanzia, si è sostenuto che la cessione del credito si sostanzia in un trasferimento del diritto avente effetti immediati e soggetto a condizione risolutiva e perciò stesso non assoggettabile alla nullità che viene prevista all'art. 2744 c.c. solo rispetto ad pattuizioni a cui sia apposta una condizione sospensiva.

Per quanto riguarda, invece, il principio della *par condicio creditorum*, gli interpreti hanno puntualizzato che si tratta di un principio derogabile a fronte di una esplicita disposizione di legge, che, in questo caso, si rinverrebbe nella disciplina concernente la cessione del credito.

Inoltre, ragionando sulla malleabilità causale che caratterizza la cessione del credito, si è giunti a postulare la compatibilità tra causa di garanzia e causa di scambio, che non si riviene invece nella vendita a scopo di garanzia. Su questo punto, ci permettiamo di puntualizzare che, accettando la teoria della causa in concreto, è corretto fondare la valutazione della sussistenza o meno della frode in riferimento alle alienazioni in garanzia sulla diversa modulazione della causa rispetto a quella tipica del contratto laddove, invece, è la verifica della sussistenza o meno della sproporzione tra valore del bene alienato e rispetto a quello del credito garantito che rileva nel caso di specie. Altrimenti, la liceità, pure pacificamente riconosciuta, di alienazioni in garanzia quali il patto marciano, il pegno irregolare ed il riporto finanziario, risulterebbe di difficile spiegazione esegetica.

Proprio a partire da tale considerazione la dottrina ha elaborato quella che, probabilmente, rappresenta la più convincente ragione contro la sussumibilità della cessione del credito a garanzia nella fattispecie del patto commissorio. Infatti, il legislatore ha esplicitamente previsto, all'art. 2803 c.c., la facoltà del creditore di soddisfarsi sull'oggetto del credito fornito in garanzia, a fronte dell'inadempimento da parte del debitore. In particolare, il creditore pignoratizio può, alla scadenza del credito garantito, trattenere l'ammontare ricevuto in garanzia nei limiti dell'importo del credito vantato, restituendo quindi la differenza al debitore.

Si configura un meccanismo negoziale dal meccanismo analogo a quello derivante dal patto marciano che, come sopra abbiamo accennato, è compatibile con i principi dell'ordinamento giuridico in quanto, attraverso la restituzione della differenza tra valore oggetto della garanzia e credito garantito, si scongiura il pregiudizio che deriverebbe al debitore da un ingiusto profitto, pregiudizio al quale mira ad ovviare il divieto di patto commissorio.

Stabilito, quindi, che l'oggetto della tutela del divieto di patto commissorio si sostanzia nel contrastare qualsiasi abuso nei confronti del debitore, è possibile escludere tale pericolo dall'ambito della cessione del credito a scopo di garanzia, poiché la volontà del debitore risulta salvaguardata da potenziali coazioni morali da parte del creditore proprio in forza del riproporsi dello schema regolato dall'art. 2803 c.c.

Anche la giurisprudenza si è essenzialmente conformata a tale visione interpretativa. In particolare nella sentenza n. 18176 del 9.9.2004, la Suprema Corte ha affermato la non suscettibilità di applicazione analogica del divieto di cui all'art. 2744 c.c. in quanto avente natura eccezionale. Aggiungendo a tale assunto che, la cessione del credito a scopo di garanzia, *“pur non incidendo sul trasferimento della titolarità del credito che si verifica con la conclusione del contratto [...] incide sull'esercizio del diritto, cioè sulla libera disponibilità del credito, il cessionario potrà trattenere nel caso di inadempimento del credito garantito soltanto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni, mentre è tenuto alla restituzione nei confronti del garante della residua del credito ceduto, essendo cessata la funzione di garanzia di questo. Per cui non si verifica il danno per il debitore, e per gli altri creditori di costui, che con il divieto del patto commissorio si intende evitare”*.