

## *Le nuove forme di garanzia del credito*

### *Premessa*

La delega al Governo per la revisione del codice civile prevede la disciplina di “nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate”.

Effettivamente, nella materia delle garanzie il legislatore della riforma può giovare di schemi ampiamente consolidati nelle prassi e già oggetto di una ampia elaborazione giurisprudenziale nonché di importanti interventi legislativi settoriali. Da questo punto di vista la situazione delle garanzie è, si può dire, quella ideale per una codificazione: non si tratta di inventare ma di mettere a punto istituti su cui esistono orientamenti ampiamente condivisi, sciogliendo tuttavia alcuni nodi che sono stati fonti di incertezza e litigiosità.

Come è noto, il legislatore francese ha scelto la via di una ambiziosa riforma complessiva della disciplina attraverso il nuovo Libro IV del codice. Questo scritto parte dall'assunto che il legislatore italiano si muoverà nell'ottica di un intervento più puntuale, con lo scopo (nelle parole della Relazione) di “incrementare lo strumentario a disposizione di privati ed imprese per un migliore e più efficace accesso al credito”. Non sembra invece che la delega possa condurre ad una più ampia rivisitazione del Libro VI.

Ciò non esclude l'esigenza di una più complessiva razionalizzazione sistematica della disciplina delle garanzie. Penso però che un tale compito possa essere svolto dalla dottrina. Del resto proprio in questa materia gli interpreti hanno dato dimostrazione di una fruttuosa creatività; al legislatore spetta cogliere i frutti, si può dire, già quasi maturi di questa elaborazione, nella piena consapevolezza che ogni riforma legislativa oggi si può concepire solo come una battuta di un dialogo con gli interpreti, a partire dalle Corti. In ogni caso, è chiaro che l'intera fisionomia del nostro sistema delle garanzie verrà profondamente mutata nel momento in cui si venga a incidere sul divieto del patto commissorio, che ha assunto nel tempo una centralità non immediatamente suggerita dalle disposizioni codicistiche ad esso espressamente dedicate.

L'attenzione si concentrerà dunque su tre temi specifici: in materia di garanzie personali, il contratto autonomo di garanzia; in materia di garanzie reali, il patto commissorio e il pegno rotativo.

Pur nella consapevolezza dell'importanza del tema del pegno non possessorio, ed insieme dei non pochi aspetti di criticità della disciplina introdotta con la legge n. 119/2016, non sembra tuttavia che il legislatore della riforma debba immediatamente tornare su una disciplina comunque organicamente concepita e ancora interamente da sperimentare, se non per un raccordo con le novità di cui si dirà in tema di patto marciano e pegno rotativo.

### *Il contratto autonomo di garanzia*

È noto che da tempo la giurisprudenza ammette ed insieme mantiene distinto dalla fideiussione il contratto autonomo di garanzia, “in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire, a prima richiesta, la prestazione del debitore, indipendentemente dall’esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l’impossibilità per il garante di sollevare eccezioni” (Cass, 12/11/2010, n. 23016).

Tale contratto è stato introdotto nel codice civile francese nel 2001: secondo l’art. 2321, “La garantie autonome est l’engagement par lequel le garant s’oblige, en considération d’une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues”.

Il legislatore francese dunque prevede espressamente che il contratto autonomo di garanzia possa non prevedere il pagamento “a prima richiesta”; il dato che caratterizza la garanzia autonoma però è che “le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l’obligation garantie”. Tuttavia, “le garant n'est pas tenu en cas d’abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d’ordre”.

In effetti ciò che ha abbondantemente occupato la nostra giurisprudenza è il regolamento dei confini con la fideiussione, e soprattutto con forme di fideiussione atipica, che presentino limitate deroghe alla disciplina contrattuale. Sembra che il semplice fatto di prevedere e disciplinare espressamente il contratto autonomo di garanzia potrà facilitare la chiarezza rispetto alle operazioni poste in essere dai contraenti, senza inibire all’autonomia contrattuale di dar vita a forme in qualche modo intermedie.

Si tratta allora sicuramente di fissare come tratto caratterizzante della figura l’impossibilità per il garante di opporre eccezioni relative all’obbligazione garantita. Invece ovviamente il garante può opporre le eccezioni che attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia ovvero al rapporto tra garante e beneficiario.

Risulta poi consolidata (ed è stata infatti prevista anche dal legislatore francese) l’ammissibilità della *exceptio doli generalis*. Il legislatore potrebbe a questo riguardo parlare genericamente di abuso da parte del beneficiario, introducendo poi un riferimento, esemplificativo, alla possibilità per il garante di opporre l’adempimento dell’obbligazione principale, laddove esso sia evidente ed incontestabile.

Infine, sembra di doversi ammettere anche l’opponibilità delle eccezioni fondate sulla nullità del contratto da cui deriva il rapporto principale “per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il contratto di garanzia ad assicurare un risultato che l’ordinamento vieta” (così Cass. 24/04/2008, n.10652).

Fonte di numerose incertezze in giurisprudenza è stato il rapporto tra contratto autonomo di garanzia e l’art. 1957 c.c. Il punto di partenza deve essere la constatazione che anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia non può essere ignorato l’interesse del garante a uscire dall’incertezza creata dall’eventuale inerzia del creditore. Il legislatore potrebbe intervenire sul punto espressamente. Si potrebbe allora guardare alle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in sede di interpretazione di contratti che richiamavano espressamente l’art. 1957 c.c.: si è ritenuto “che quante volte il fideiussore sia tenuto al pagamento "a prima o a semplice richiesta", o comunque entro un tempo convenzionalmente determinato, il rispetto dell’art. 1957 c.c., da parte del creditore garantito deve ritenersi soddisfatto con la stessa richiesta rivolta al fideiussore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione principale”, “con la conseguenza che, una volta tempestivamente effettuata la richiesta di pagamento al fideiussore, il creditore non è più tenuto ad agire giudizialmente contro il debitore” (Cass. 21/05/2008, n. 13078). In sostanza, si potrebbe immaginare una disciplina

diversa da quella dell'art. 1957 c.c., prevedendo semplicemente per il creditore un termine di decadenza dalla scadenza dell'obbligazione garantita per agire contro il garante.

Non sembra che sia incompatibile con il contratto autonomo di garanzia la previsione di obblighi di tempestiva comunicazione al debitore della richiesta del creditore o quantomeno dell'avvenuto pagamento. Ad esempio, il Draft Common Frame of Reference non esclude gli obblighi previsti dall'art. IV.G – 3: 102 (“Notification to debtor by security provider”) in caso di “independent personal security on first demand” (art. IV.G. – 3.104). Il punto comunque potrebbe essere regolamentato espressamente dal legislatore.

### *Patto commissorio e patto marciano*

Sono note le vicende che hanno portato in Italia, prima, ad una progressiva estensione dell'area di applicazione del divieto di patto commissorio; poi, al proliferare di schemi legislativi ispirati al modello del patto marciano, variamente declinati nei dettagli, e parallelamente al definitivo consolidarsi in giurisprudenza dell'opinione che riconosce la generale liceità del 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” (Cass. 28/01/2015, n.1625).

Una prima opzione potrebbe allora essere quella di prevedere nel codice la validità del patto marciano e di costruirne un modello generale (eventualmente derogabile, in modo più o meno esteso, dalla autonomia delle parti).

Tuttavia, a ben vedere, sarebbe auspicabile una scelta più radicale. Invece che mantenere il divieto del patto commissorio, prevedendone la validità solo in presenza di un patto marciano, sarebbe preferibile ammettere senz'altro la validità del trasferimento della proprietà sospensivamente condizionato all'inadempimento o risolutivamente condizionato all'adempimento, stabilendo tuttavia che esso comporta in ogni caso il diritto del debitore a ricevere dal creditore una somma pari all'eventuale maggior valore del bene rispetto all'entità del credito.

Questa è stata la strada percorsa anche dal legislatore francese. Quest'ultimo ha previsto, infatti, che “La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie” (art. 367 c.c.); in questo caso, “a défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer”, e “la valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie”; tuttavia “lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence” (art. 2371 c.c.).

Similmente, “La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030” (art. 2372-1 c.c.); “a défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie” (art. 2372-3 c.c.), pagando, una stimato il valore del bene, “une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la

conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire” (art. 2373.4). La corrispondente disciplina per i beni immobili è contenuta negli artt. 2488-1 ss.

Le concrete modalità con cui operare un tale intervento meritano una riflessione. Infatti nella sua attuale estensione il divieto del patto commissorio è frutto di orientamenti giurisprudenziali che sono andati ben oltre le espresse previsioni del legislatore. Forse sarebbe opportuna per così dire una soluzione intermedia: senza rincorrere le molteplici applicazioni giurisprudenziali, ma prendendo atto che la norma di diritto vivente su cui operare è ormai diversa e più ampia di quella immediatamente ricavabile dalle disposizioni del codice civile.

Quanto meno allora sembra ragionevole sostituire alle attuali disposizioni relative ai patti commissori accessori una disposizione relativa a qualsiasi patto commissorio, autonomo o accessorio. Dunque si tratta di stabilire che il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà di un bene passi al creditore, è valido, e comporta il diritto del debitore a conseguire l’eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l’ammontare del debito inadempito. Si potrebbe poi stabilire che in caso di inadempimento il bene è stimato da un perito scelto dalle parti di comune accordo oppure nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, e, a maggior garanzia del debitore, prevedere, come oggi fa l’art. 48-bis t.u.b., che il trasferimento della proprietà avviene al momento della comunicazione al creditore del valore di stima ovvero al momento dell’avvenuto versamento al debitore della differenza.

Volendo, si potrebbe stabilire la necessità, per il creditore che voglia avvalersi della clausola, di una previa intimazione ad adempiere, con la fissazione di un ulteriore congruo termine, successivamente all’inadempimento.

Rientra in una valutazione meramente politica se escludere, come oggi avviene secondo l’art. 48-bis t.u.b., che il trasferimento possa riguardare immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario.

Ci si deve poi porre il problema del c.d. effetto “esdebitatorio” prodotto dal trasferimento della proprietà. Una ipotesi potrebbe essere stabilire che il trasferimento della proprietà del bene comporta l’estinzione dell’intero debito, salvo che le parti abbiano previsto diversamente. È chiaro però che nei contratti con il consumatore una diversa pattuizione sarebbe da considerarsi vessatoria, dunque si tratta di un punto da valutare con cura.

Infine, è evidente che il legislatore della riforma dovrebbe interrogarsi sulla sua interazione con le figure di patto marcano già attualmente ammesse: può darsi ovviamente che vi siano ragioni per lasciar sussistere discipline speciali (con riguardo ad esempio alla gravità dell’inadempimento, all’effetto esdebitatorio del trasferimento, etc.), ma la questione dovrà essere affrontata esplicitamente.

### *Il pegno rotativo*

La figura del pegno rotativo appare ormai delineata con chiarezza dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Con pochissime eccezioni, la giurisprudenza in materia riguarda il pegno di titoli, e con tutta verosimiglianza questa è destinata a restarne l’applicazione più frequente; tuttavia, nulla vieta ovviamente di porre in essere una disciplina generale della figura.

Si tratta, allora, di stabilire in termini generali che le parti del pegno possono prevedere la facoltà di sostituire, in tutto o in parte, i beni oggetto del pegno, secondo le modalità indicate nel contratto.

Si tratta, poi, di sciogliere i nodi, non irrilevanti, che hanno diviso gli interpreti.

Nelle pronunce della giurisprudenza è costante l'affermazione che la rotatività è efficace purché il bene offerto in sostituzione non superi il valore del bene sostituito. In sede di intervento legislativo si potrebbe essere più precisi: senza precludere la sostituzione dei beni originari anche con altri di valore superiore, si potrebbe prevedere semplicemente che il pegno non è in tal caso opponibile ai terzi se non nei limiti del valore che i beni originari avevano al momento della sostituzione (e non, ovviamente, al momento della costituzione del pegno: corrisponde infatti alla logica del pegno così come lo conosciamo che le eventuali fluttuazioni di valore del bene vanno naturalmente a beneficio o a detrimento del creditore garantito, salva ovviamente la possibilità di pattuire, ma senza effetto retroattivo, una integrazione della garanzia).

In realtà un intervento legislativo potrebbe essere l'occasione per prendere posizione su una più radicale alternativa. La letteratura prevalente come pure la giurisprudenza si sono per ora tendenzialmente attenute all'ipotesi di una clausola di rotatività insistente non sui valori originari, ma sui beni originari. In sede di riforma, ci si potrebbe interrogare se aprire spazio all'autonomia privata anche su questo fronte, consentendo alle parti di vincolare l'efficacia della clausola di rotatività al valore originario dei beni. In questo modo, la clausola di rotatività potrebbe assumere una funzione conservativa, mantenendo inalterato nel tempo il valore del pegno, attraverso la sostituzione con beni di valore pari al limite originario tutte le volte in cui il valore del bene originario subisca un decremento (e fermo restando ovviamente che non è possibile superare il valore iniziale). Ma si tratta, appunto, di un modello di clausola di rotatività diverso da quello che si è consolidato, e che ovviamente altera l'equilibrio di interessi tra il creditore garantito e gli altri creditori; per cui il punto dovrebbe essere meditato con attenzione (e nell'ottica in ogni caso di affiancarsi, come una possibilità supplementare, alla clausola rotativa così come ora si ritiene generalmente ammessa).

Tornando invece ai nodi affrontati nel tempo dalla giurisprudenza, come è noto essa si è divisa sulla questione se ogni atto di modificazione dell'oggetto debba essere accompagnato da una scrittura contenente sufficiente indicazione della cosa, e se detta scrittura debba essere anche munita di data certa. Di recente, si è consolidato l'orientamento secondo il quale "la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2787 c.c., comma 3, va valutata con riferimento all'atto di costituzione del pegno e non ai successivi atti, pure scritti, i quali ne rappresentano un mero rinnovo" (Cassazione civile sez. I, 22/12/2015, n. 2579). Sul punto sarà bene che il legislatore della riforma prenda posizione espressamente. Certamente, se a tutela degli altri creditori si assume come limite per l'opponibilità il valore che i beni originari avevano al momento della sostituzione, allora una scrittura avente data certa potrebbe aiutare a risolvere potenziali controversie.