UNIVERSITÀ
POLITECNICA
DELLE MARCHE

DOTTORATO DI RICERCA IN MANAGEMENT AND LAW
CURRICULUM DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXIX CICLO – 15° CICLO N.S.

L'ADEGUAMENTO DEL DIRITTO INTERNO ALLE LINEE DELL'UNIONE EUROPEA NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO NEL SETTORE IMMOBILIARE

RELATORE:
PROF. PIETRO MARIA PUTTI

TESI DI:
FEDERICO ONNIS CUGIA

L'ADEGUAMENTO DEL DIRITTO INTERNO ALLE LINEE DELL'UNIONE EUROPEA NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO NEL SETTORE IMMOBILIARE

I. IL DIRITTO DEI CONTRATTI NEL MERCATO E LA CRISI GLOBALE

1) Globalizzazione economica e globalizzazione giuridica
2) La globalizzazione dei mercati: il ruolo centrale del credito
3) Mercato globale e crisi: spunti per una glocalizzazione giuridica

II. I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO ALL'ACQUISTO IMMOBILIARE NEL DIRITTO INTERNO: IL CREDITO FONDIARIO

1) Profili introduttivi e normativa di riferimento
2) Il credito fondiario e l'art. 38 t.u.b.
   2.1) Nozione di credito fondiario
   2.2) Il limite di finanziabilità
   2.3) Credito fondiario e anatocismo
3) Credito fondiario e mutuo di scopo: la legislazione delle Regioni a Statuto speciale (con particolare riferimento alla L.R. Sardegna 30 dicembre 1985, n. 32)
4) L'ipoteca fondiaria
   4.1) Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dell'ente creditizio
   4.2) Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dei debitori
   4.3) La portabilità del contratto di finanziamento fondiario
   4.4) Rinegoziazione e surrogazione dei finanziamenti agevolati nella legislazione regionale sarda
   4.5) La cancellazione semplificata delle ipoteche

5) L'apparto delle garanzie nei contratti di finanziamento all'acquisto immobiliare. Le assicurazioni a garanzia del credito (PPI)

5.1) Le garanzie reali

5.1.1) (*segue*) Altre figure similari al deposito in garanzia

5.1.2) (*segue*) Le forme di pegno senza spossessamento o con spossessamento attenuato

5.1.3) (*segue*) Seconda ipoteca e alienazioni in forma di garanzia

5.1.4) (*segue*) Traferimenti in garanzia e rapporti con il divieto di patto commissorio

5.2) Le garanzie personali

5.3) Le garanzie dei confidi

5.4) Le polizze assicurative abbinate ai finanziamenti: le cc.dd. *payment protection insurances* (PPI)

6) L'estinzione anticipata del rapporto contrattuale di finanziamento

7) Il procedimento di espropriazione

8) Prospettive di evoluzione della disciplina alla luce della direttiva 2014/17/UE

8.1) Gli obblighi di informazione e di consulenza precontrattuale nel credito immobiliare ai consumatori

8.2) La violazione degli oneri informativi precontrattuali: una critica alla pretesa di una loro «contrattualizzazione»

8.3) L'istruttoria reddituale e tecnico-legale nel credito immobiliare ai consumatori

8.4) I finanziamenti in valuta estera

8.5) L'autotutela esecutiva in caso di inadempimento del consumatore

III. I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO «ALIENI»

1) Il *leasing* abitativo immobiliare

2) Il contratto di *sale and lease back*

3) Il prestito vitalizio ipotecario

4) Il contratto di risparmio edilizio

5) Il contratto di *rent to buy*

IV. I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO ALL'ACQUISTO IMMOBILIARE E I MERCATI FINANZIARI

1) Cenni introduttivi e disciplina di riferimento

2) La cartolarizzazione dei crediti ipotecari e gli strumenti finanziari assistiti da garanzie

2.1) Le emissioni collateralizzate

2.2) Le cartolarizzazioni sintetiche

2.3) I *covered bonds*

2.4) La garanzia dello Stato per le operazioni di cartolarizzazione di crediti classificati come sofferenze

3) Le clausole di indicizzazione nei contratti di finanziamento. Manifestazione dell'autonomia privata o strumento finanziario derivato incorporato?

4) La cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

INDICE BIBLIOGRAFICO

CAPITOLO I

IL DIRITTO DEI CONTRATTI NEL MERCATO E LA CRISI GLOBALE (°)

SOMMARIO: 1. Globalizzazione economica e globalizzazione giuridica al tempo della crisi – 2. La globalizzazione dei mercati e la crisi finanziaria: il ruolo centrale del credito – 3. Spunti per una glocalizzazione giuridica

1. ***Globalizzazione economica e globalizzazione giuridica al tempo della crisi*** **-** Fin dal secondo dopoguerra, è andata affermandosi l'idea che la soluzione atta a evitare il ripetersi di crisi, guerre, miserie e sfruttamenti dovesse partire da un'abolizione dei confini economici. L'economia, chiave di lettura di tutti i processi istituzionali e sociali, assumendo un simile ruolo non può, però, trascendere dal diritto e tantomeno dall'etica.

Nell'ultimo decennio si è assistito ad un esacerbarsi del rapporto trilaterale tra economia, diritto e etica, acuitosi con la crisi finanziaria del 2007-2008. Quest'ultima ha rivelato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Nonostante ciò, non si è saputa sfruttare l'occasione per sviluppare e ripensare l'approccio al mercato, con la politica succube

(°) Il presente capitolo, oltre a introdurre in linee generali alcune tematiche che saranno affrontate nel prosieguo del lavoro, è frutto di riflessioni nate nell'ambito delle lezioni del corso di dottorato, il cui argomento di ricerca collettiva è stato il diritto dell'economia globalizzata al tempo della grande crisi economica. Di particolare ispirazione al fine della redazione del presente capitolo sono state le lezioni del prof. D. MANTUCCI del 16 dicembre 2013 e del 13 gennaio 2014, intitolate *Crisi economica e rapporti di cooperazione internazionali*, nonché quella del 10 febbraio 2015, dal titolo *Rapporti economici, tutela della persona e sistema ordinamentale*; e del prof. G. NORI, *Globalizzazione ed economia: strumenti di politica industriale*, la lezione su *BCE e ricorso alla Corte Costituzionale tedesca*, nonché quella dedicata a *Il diritto privato e l'ordinamento comunitario*, rispettivamente tenutesi il 3 febbraio 2014, il 17 febbraio 2014 e il 16 marzo 2015.

dell'economia e quest'ultima sottomessa «*ai dettami e al paradigma efficientista della tecnocrazia*» (1).

La disamina del fenomeno della crisi globale non può che esplicarsi nell'analisi della crisi, connessa e consequenziale, dell'Unione Europea e dei singoli Stati membri.

Il tema offre inoltre lo spunto per offrire una risposta a una domanda posta da un'illustre sociologa del diritto (2): in senso giuridico, il mondo globale si declina al singolare o al plurale?

Anticipando la risposta che si tenterà di supportare con adeguati contenuti, nell'epoca della globalizzazione si assiste oggi ad un duplice piano di regole: le regole economiche, aterritoriali, imposte dai mercati finanziari all'intero pianeta; le regole giuridiche, emanate dal singolo ordinamento.

Sebbene nell'Unione Europea si persegua un'armonizzazione delle norme, l'utilizzo dello strumento legislativo della direttiva, questa deve essere poi recepita dai singoli stati membri, non garantendo così una completa uniformità che, deve constatarsi, è carente già in sede di traduzione del testo delle direttive dall'inglese nelle altre lingue ufficiali dell'Unione.

Nonostante a livello comunitario si sia – quantomeno negli intenti – preso atto che la crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile

---

(1) La dottrina sociale della Chiesa Cattolica è stata molto attenta al fenomeno: così PAPA FRANCESCO nell'Enciclica *Laudato Si'*, Città del Vaticano, 2015, n. 189. Sulla patologia del rapporto tra etica e mercato v. L. CARDIA, *Diritto, etica, mercato*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, Milano, 2010, p. 72 s., il quale pone in evidenza come «*il cordone ombelicale tra etica, diritto, mercato*» sia «*la più solida garanzia non solo perché l'uomo non si riduca a essere nemico agli altri uomini per la propria esclusiva soddisfazione, ma perché il lavoro dei singoli e della collettività, la legittima accumulazione di ricchezza, raggiungano traguardi sempre più grandi a favore del benessere e della crescita di tutta la famiglia umana*». Sul tema v. anche F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, 2004, *passim*.

(2) M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p. 149; EAD., *La globalizzazione tra diritti delle possibilità e diritto della necessità*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006, p. 33 ss.

da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte – in particolare i consumatori – e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico (3), fino ad ora non si è giunti a sviluppare e ripensare l'approccio al mercato.

Dall'inizio della crisi l'Unione Europea ha reagito con numerosi atti per rafforzare la stabilità del settore finanziario e migliorare la prevenzione, gestione e risoluzione delle crisi finanziarie e bancarie. È stato condivisibilmente osservato in dottrina che le regole comunitarie adottate possono essere distinte in due categorie: la prima comprende le misure dirette

(3) V. il Considerando n. 3 alla Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010: «*La crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all'aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate. Di conseguenza il G20 ha incaricato il Consiglio per la stabilità finanziaria (*Financial Stability Board*) di fissare principi in materia di requisiti validi per la sottoscrizione in relazione a beni immobili residenziali. Anche se durante la crisi finanziaria alcuni dei maggiori problemi si sono verificati fuori dall'Unione, i consumatori nell'Unione accusano un considerevole livello di indebitamento, in gran parte concentrato su crediti concernenti beni immobili residenziali. È pertanto opportuno assicurare che il quadro regolamentare dell'Unione in questo settore sia solido, coerente con i principi internazionali e ricorra opportunamente alla gamma di strumenti disponibili, tra cui i rapporti prestito/valore, prestito/reddito, debito/reddito e simili, vale a dire livelli minimi al di sotto dei quali un credito non sarebbe considerato accettabile o altre misure di compensazione per le situazioni in cui i rischi sottostanti sono più elevati per i consumatori oppure laddove queste misure siano necessarie per evitare il sovraindebitamento delle famiglie. Dati i problemi portati alla luce dalla crisi finanziaria e al fine di garantire un mercato interno efficiente e competitivo che contribuisca alla stabilità finanziaria, la Commissione ha proposto, nella comunicazione del 4 marzo 2009 dal titolo "Guidare la ripresa in Europa", misure in merito ai contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, compreso un quadro di riferimento affidabile sull'intermediazione creditizia, nell'ottica della creazione di mercati responsabili e affidabili per il futuro e del ripristino della fiducia dei consumatori. La Commissione ha ribadito l'impegno per un mercato interno efficiente e competitivo nella comunicazione del 13 aprile 2011 dal titolo "L'Atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia"*».

a fare fronte ad una situazione contingente e a concludersi in un arco temporale breve a seguito del superamento dell'emergenza; la seconda, invece, contiene tutte quelle azioni volte a costruire una stabilità in una più ampia prospettiva (4). Inoltre, le varie manifestazioni della crisi hanno sottolineato l'esigenza di iniziative pubbliche sia per il sostegno degli intermediari finanziari in crisi che per il riequilibrio dei conti pubblici (5).

Partendo da una disamina delle ultime tipologie di iniziative citate, nella prima categoria di strumenti di natura emergenziale e contingente possono indubbiamente essere ricompresi lo *European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM), introdotto col Regolamento (UE) n. 407/2010 dell'11 maggio 2010 e lo *European Financial Stability Facility* (EFSF) previsto da un accordo quadro del 7 giugno 2010 per il sostegno dei Paesi che hanno adottato la moneta unica (6), strumenti transitori di stabilizzazione finanziaria per il salvataggio della Grecia inizialmente e del Portogallo e dell'Irlanda in seguito e sostituiti poi dallo *European Stabilisation Mechanism* (ESM), con la modifica dell'art. 136 T.f.u.e. (7) e l'istituzione del meccanismo ad opera del Trattato istitutivo dell'ESM firmato il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore l'8 ottobre 2012 (8).

---

(4) Così A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione i meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 3 ss.

(5) Cfr. F. COLOMBINI, *Crisi finanziarie. Criticità e indicazioni per il futuro*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, p. 12.

(6) Lo EFSF si configura come una società di diritto lussemburghese che provvede a raccogliere il capitale necessario per i suoi interventi attraverso il collocamento di *bonds* garantiti dagli stati membri. Cfr. M. MEGLIANI, *Verso una nuova architettura finanziaria europea: un percorso accidentato*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 67 ss.

(7) Con l'introduzione ad opera della Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 del 3° comma, che recita: «*Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità*».

(8) Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, la Repubblica d'Irlanda, la Repubblica Ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana,

Il c.d. fondo salva Stati, introducendo un regime di gestione collettiva delle crisi degli Stati membri, inevitabilmente, pare porsi in maniera antitetica al c.d. divieto di *bail-out* sancito dall'art. 125, comma 1°, T.f.u.e. (9), dal quale viceversa si evince un appello all'autonomia e alla responsabilità dei singoli Stati (10).

Le crisi finanziarie provocano riflessi di notevole intensità e proiettati nel breve, medio e lungo termine sia sui sistemi finanziari sia sui sistemi economici (11). Su questa scia, nell'ottica di una salvaguardia della stabilità finanziaria dell'Europa e della protezione dell'integrità del mercato interno tra i più recenti interventi del legislatore comunitario diretti a produrre effetti nel lungo periodo, devono individuarsi tre direttive da considerare facenti parte del medesimo disegno di reazione. In particolare, ci si riferisce alla c.d. direttiva MCD – *Mortgage Credit Directive* (12), alla c.d. direttiva BRRD – *Bank Recovery*

---

la Repubblica di Cipro, il Granducato di Lussemburgo, la Repubblica maltese, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica Portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca e la Repubblica di Finlandia.

(9) A mente del quale «*L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico*».

(10) Cfr. C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 358. Sul MES si è espressa la Corte Costituzionale tedesca con la nota pronuncia del 12 settembre 2012, per un commento della quale v. P. RIDOLA, "*Karlsruhe* locuta causa finita*?" il* Bundesverfassungsgericht*, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *www.federalismi.it,* 2012; A. DI MARTINO, *La sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sul Meccanismo europeo di stabilità e sul* fiscal compact, *ivi*, 2012; F. PEDRINI, *Le "cautele" di Karlsruhe in ordine al Fondo "salva Stati" (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale del 12 settembre 2012)*, in *Quad. Cost.*, 2012, p. 894 ss.; G. RIVOSECCHI*, Il Trattato sul MES e il* Fiscal Compact *al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, p. 478 ss.

(11) Rileva ciò F. COLOMBINI, *Crisi finanziarie*, cit., p. 12.

(12) Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Resolution Directive (13) e alla c.d. direttiva Mifid II – *Market in Financial Instruments Directive* II (14).

Ciascuna di queste misure rappresentano una reazione alle principali manifestazioni della crisi finanziaria. Ciò emerge esplicitamente nei considerando che aprono le singole fonti normative.

Nella direttiva MCD si legge, oltre a quanto previsto nel già citato considerando n. 3 (15), che «*è importante tenere conto delle specificità dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, che giustificano un approccio differenziato. Data la natura dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali e le conseguenze che essi possono avere per il consumatore, il materiale pubblicitario e le informazioni precontrattuali personalizzate dovrebbero includere adeguate avvertenze sui rischi specifici, ad esempio il potenziale impatto delle fluttuazioni del tasso di cambio sull'importo che il consumatore deve rimborsare e, se valutate opportunamente dagli Stati membri, la natura della garanzia e le implicazioni legate alla sua sottoscrizione. Sulla base di ciò che nel settore dei mutui relativi ad immobili residenziali già si faceva su base volontaria, in aggiunta alle informazioni precontrattuali personalizzate dovrebbero essere rese disponibili in permanenza anche informazioni precontrattuali generali. Un approccio differenziato è inoltre giustificato dall'opportunità di tenere conto degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dalla necessità di garantire che il credito avvenga in maniera sana. A questo proposito, per la valutazione del merito di credito sarebbe opportuno prevedere disposizioni più rigide rispetto al credito al consumo, esigere dagli intermediari del credito informazioni più*

(13) Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

(14) Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

(15) V. *supra*, alla nt. 3.

precise circa il loro status e le relazioni con i creditori, per portare alla luce eventuali conflitti di interesse, e garantire che tutti gli operatori coinvolti nell'emissione di contratti di credito relativi a beni immobili siano sufficientemente abilitati e sottoposti a vigilanza» (considerando n. 22).

La direttiva BRRD è stata senza dubbio la direttiva che nei suoi presupposti maggiormente ha tenuto in considerazione la recente crisi finanziaria. Non si può però trascurare, prima di procedere con una analisi della direttiva, il citato divieto di *bail-out*. Difatti, la crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello comunitario per un'efficace gestione dei dissesti di enti creditizi e di imprese di investimento, necessari per prevenire stati di insolvenza o, in caso di *default*, per ridurre al minimo le ripercussioni negative preservando le funzioni dell'ente interessato aventi rilevanza sistemica. Durante la crisi queste sfide sono state un fattore determinante che ha costretto gli Stati membri a procedere al salvataggio degli enti utilizzando risorse pubbliche. Ciò ha imposto all'Unione Europea di adottare misure atte ad ovviare quanto più possibile alla necessità di azioni di questo tipo (16). Tant'è che l'art. 2, comma 1°, n. 30, direttiva BRRD fornisce addirittura una definizione di crisi sistemica, intendendosi per tale «*una perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale*» e aggiungendo poi che «*Tutti i tipi di intermediari, mercati e infrastrutture finanziari sono in certa misura potenzialmente importanti per il sistema*»

Infine, nella Mifid II, al considerando n. 4, si legge che «*La crisi finanziaria ha fatto emergere carenze nel funzionamento e nella trasparenza dei mercati finanziari. L'evoluzione dei mercati finanziari ha evidenziato la necessità di rafforzare il quadro per la regolamentazione dei mercati degli strumenti finanziari, anche quando la negoziazione in tali mercati avviene fuori borsa (OTC), al fine di aumentare la*

(16) Cfr. il considerando n. 1 direttiva BRRD.

trasparenza, tutelare meglio gli investitori, rafforzare la fiducia, includere i settori non regolamentati e assicurare che le autorità di vigilanza dispongano di poteri adeguati per svolgere i loro compiti» o, ancora, che «*Gli organismi di regolamentazione concordano a livello internazionale sul fatto che le carenze a livello di* governance *societaria di numerosi enti finanziari, compresa l'assenza di validi sistemi di controllo e di equilibri al loro interno, hanno contribuito alla crisi finanziaria. Un'assunzione di rischi eccessiva e imprudente può portare al fallimento di singoli enti finanziari e causare problemi sistemici tanto negli Stati membri quanto a livello globale. Il comportamento scorretto di imprese che prestano servizi ai clienti può recare danno agli investitori e portare alla perdita di fiducia da parte degli stessi. Per ovviare al potenziale effetto negativo di tali carenze nei meccanismi di* governance *societaria la direttiva 2004/39/CE dovrebbe essere integrata da principi più dettagliati e norme minime. Tali principi e norme dovrebbero essere applicati tenendo conto della natura, delle dimensioni e della complessità delle imprese di investimento*» (considerando n. 5) e che «*La crisi finanziaria ha messo in evidenza i limiti della capacità dei clienti non al dettaglio di valutare il rischio dei loro investimenti. Se da un lato è opportuno ribadire che le norme di comportamento dovrebbero essere applicate con riguardo agli investitori che hanno maggiormente bisogno di protezione, è d'altro lato opportuno calibrare meglio i requisiti applicabili alle diverse categorie di clienti. A tale riguardo è auspicabile estendere alcuni requisiti in materia di informazione e segnalazione alla relazione con le controparti qualificate. I requisiti pertinenti dovrebbero in particolare riferirsi alla tutela degli strumenti finanziari e dei fondi dei clienti nonché alle informazioni e segnalazioni riguardanti strumenti finanziari e operazioni più complessi*» (considerando n. 104) (17).

(17) La disciplina della consulenza è particolarmente avvertito nella recente legislazione comunitaria. La Mifid II innova significativamente la materia della consulenza, introducendo la figura della consulenza su base indipendente e indicando gli obblighi di informazione gravanti sull'impresa di investimento in caso di prestazione di consulenza in materia di investimenti (cfr. art. 24, par. 4°, Mifid II). Nella direttiva 2014/17/UE, invece, la materia della consulenza è dettagliatamente disciplinata all'art. 22. In argomento, si rimanda – oltre a quanto

Nonostante gli intenti, però, deve registrarsi un modesto risultato di armonizzazione. Se l'entrata in vigore della direttiva Mifid II è stata posticipata al 3 gennaio 2018 (18), il recepimento della direttiva BRRD ha prodotto risultati normativi nei singoli ordinamenti talora significativamente diversi tra loro. Senza entrare in una disamina approfondita della disciplina – che esula dall'economia del presente lavoro –, basti a titolo esemplificativo vedere come l'art. 108 della direttiva, in materia di classificazione dei depositi nella gerarchia della procedura di insolvenza, è stato recepito in Italia e in Grecia.
Il legislatore italiano, con i d.lgs. 16 novembre 2015 nn. 180 e 181 (19), ha introdotto una maggiore tutela dei depositanti, prevedendo, nel contesto della

---

si dirà nel prosieguo del presente lavoro (spec. cap. II, § 8.1) – a A. LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 234 ss., spec. 244 ss.

(18) In proposito si veda il Documento di consultazione (parte III t.u.f.) riguardante «*Modifiche del testo unico della finanza, in attuazione della legge di delegazione europea 2014, articoli 9 (Mifid 2/Mifir) e 12 (CSDR + Aspetti Emir e* settlement finality*)*» del Ministero dell'Economia e delle Finanze pubblicato nel maggio del 2016.

(19) La materia ha suscitato un vivace dibattito in letteratura, complici anche i casi di insolvenza di alcune banche (ci si riferisce ai noti casi Banca Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e CariChieti). Per sommi capi, la soluzione a detta situazione di crisi ha assicurato la continuità operativa di queste piccole banche e il loro risanamento, nell'interesse dell'economia dei territori in cui esse sono insediate e al contempo tutelando pienamente i risparmi di famiglie e imprese detenuti nella forma di depositi, conti correnti e obbligazioni ordinarie, preservando tutti i rapporti di lavoro in essere e senza l'utilizzo di risorse pubbliche. Le perdite accumulate nel tempo da queste banche, valutate con criteri estremamente prudenti, sono state assorbite in prima battuta dagli strumenti di investimento più rischiosi: le azioni e le obbligazioni subordinate, ciò in ossequio a quanto previsto dal d.lgs. 180/2015. Questa fonte normativa ha assegnato alla Banca d'Italia la funzione di autorità di risoluzione delle crisi nel settore bancario. Per ciascuna delle quattro banche la parte "buona" (*bridge bank*) è stata separata da quella "cattiva" (*bad bank*) del bilancio. Alla parte buona sono state conferite tutte le attività più sicure. Il capitale è stato ricostituito a circa il 9 per cento del totale dell'attivo (ponderato per il rischio) dal c.d. Fondo di Risoluzione. Il Fondo di Risoluzione è previsto dalle norme europee e italiane ed è amministrato dall'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia. Esso è alimentato con contribuzioni di tutte le banche del sistema. La *bridge bank* viene provvisoriamente gestita, sotto la supervisione dell'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia, da amministratori da questa appositamente designati. Gli amministratori hanno il preciso impegno di vendere la banca buona in tempi brevi al miglior offerente, con procedure trasparenti e di mercato, e quindi retrocedere al Fondo di Risoluzione

procedura di insolvenza di un ente creditizio, una preferenza sugli altri creditori chirografari non solo dei depositi protetti, come previsto dalla direttiva BRDD (ossia i depositi protetti di persone fisiche e piccole e medie imprese per la parte superiore all'ammontare garantito di 100.000 Euro), ma anche, riconoscendo così un rango superiore agli altri creditori chirografari, anche ai depositi che non rientrano tra i cc.dd. depositi protetti. Il *bail-in* si applica seguendo una gerarchia la cui logica prevede che chi investe in strumenti finanziari più rischiosi sostenga prima degli altri le eventuali perdite o la conversione in azioni. Sono completamente escluse dall'ambito di

---

i ricavi della vendita. Si è inoltre costituita una *bad bank* (priva di licenza bancaria, nonostante il nome) in cui sono stati concentrati i prestiti in sofferenza che residuano una volta fatte assorbire le perdite dalle azioni e dalle obbligazioni subordinate e, per la parte eccedente, da un apporto del Fondo di Risoluzione. Quest'ultimo fornisce alla banca cattiva anche la necessaria dotazione di capitale. Tali prestiti in sofferenza saranno venduti a specialisti nel recupero crediti o gestiti direttamente per recuperarli al meglio. Per semplicità viene costituita un'unica banca cattiva che raccoglie le sofferenze di tutte e quattro le banche originarie. Lo Stato non subisce alcun costo in questo processo. L'intero onere del salvataggio è posto innanzitutto a carico delle azioni e delle obbligazioni subordinate delle quattro banche, ma è in ultima analisi prevalentemente a carico del complesso del sistema bancario italiano, che alimenta con i suoi contributi, ordinari e straordinari, il Fondo di Risoluzione. Le quattro banche originarie divengono dei contenitori residui in cui sono confinate le perdite e la loro copertura, e vengono subito poste in liquidazione coatta amministrativa. Le *bridge banks* ne assumono la stessa denominazione con l'aggettivo "Nuova" davanti e proseguono nell'attività essendo state ripulite delle sofferenze e ricapitalizzate. La banca cattiva resterà in vita solo per il tempo necessario a vendere o a realizzare le sofferenze in essa inserite. L'economia del lavoro non consente un ulteriore approfondimento su questa interessante tematica, sulla quale si rimanda, *ex multis*, a A. GARDELLA, *Il* bail-in *e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 587; G. PRESTI, *Il* bail-in, in *Banca impr. soc.*, 2015, p. 339 ss.; A.M. BENTIVEGNA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo* framework *regolamentare europeo in materia di risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 3, p. 25; D. ROSSANO, *Nuova strategia delle crisi bancarie: il* bail-in *e la sua concreta applicazione*, *ivi*, p. 269 ss.; E. RULLI, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, *ivi*, p. 285; P. FIORIO, *La responsabilità delle* good banks *per la vendita delle azioni e delle obbligazioni risolte e le procedure di indennizzo a carico del fondo di solidarietà. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 4, 2016; B. INZITARI, *BRRD,* bail in*, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concordata delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, *ivi*, 26, 2016.

applicazione e non possono quindi essere né svalutati né convertiti in capitale le passività esplicitamente indicate dalla normativa (v. art. 49 d.lgs. 180/2015), prima fra tutte quella dei depositi protetti dal sistema di garanzia dei depositi, fino a 100.000 €.

In Grecia, viceversa, la legge 23 luglio 2015, n. 4335 non ha riprodotto pedissequamente l'art. 108 direttiva BRRD, ma ha rimodulato la gerarchia dei crediti nelle procedure di insolvenza bancarie inserendo nella legge 5 marzo 2014, n. 4261 (sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento) un nuovo art. 145A, riservando alta priorità ai crediti dello Stato. Mentre nel resto d'Europa i crediti dello Stato hanno pari grado con i depositi non tutelati in caso di insolvenza o di *bail-in*, la legge greca esclude dall'ambito di applicazione del *bail-in* i crediti dello Stato.

Questa norma prevede che siano soddisfatti in via prioritaria i crediti di persone fisiche e micro, piccole e medie imprese per importi superiori a 100.000 € relativi a crediti di lavoro (come definiti nella legge fallimentare greca); strumenti pubblici di sostegno al capitale di un ente creditizio o di una società di investimento ovvero strumenti relativi alla proprietà pubblica temporanea di uno di questi enti, così come previsto dagli artt. 57 e 58 direttiva BRRD; depositi tutelati e crediti surrogati dal TEKE (20); crediti dello Stato di qualsiasi natura, ivi compresi qualunque incremento o interesse.

Per quanto attiene, invece, alla direttiva MCD, la cui analisi verrà più volte ripresa all'interno di questo lavoro, essa rappresenta un significativo esempio della denunciata declinazione al plurale del diritto nell'attuale contesto storico. Oltre a presentare serie discrasie tra il testo originario in lingua inglese e quello

(20) Il TEKE (*Ταμείο Εγγύησης Καταθέσεων και Επενδύσεων*), disciplinato dalla legge 7 marzo 2016, n. 4370, recante disposizioni in materia di garanzia dei depositi è il Deposito greco di garanzia per gli investimenti. Il TEKE è una persona giuridica privata, con sede in Atene. Non è un ente pubblico, ma è sotto la supervisione del Ministero delle Finanze greco.

tradotto in lingua italiana (in particolar modo all'art. 28, su cui ci si soffermerà più dettagliatamente *infra*, cap. II, § 8.5), la direttiva è manifestazione della tendenza degli organi legislativi comunitari ad affrontare la crisi ricercando una uniformità nei concetti economici e non anche negli istituti giuridici, ognuno rimesso alla disciplina propria del diritto interno dei singoli stati membri, aprendo prospettive di crisi per istituti giuridici dalla tradizione millenaria quale quello del divieto di patto commissorio.

Ci si riferisce, infatti, alla previsione di cui all'art. 28, comma 4°, direttiva MCD, a mente del quale «*Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito*». È chiara la *ratio* economica uniforme sottesa alla norma, che risponde ad esigenze di tutela del credito delle banche, lo è meno sotto un'ottica civilistica, sebbene in ambito internazionale si stia assistendo a profondi sviluppi in materia di garanzie mobiliari e immobiliari (21).

Questo istituto, pur subendo una forte compressione dei suoi confini, oggi sta sempre maggiormente assumendo il ruolo di emblematica testimonianza di come la globalizzazione giuridica possa ottenersi attraverso l'uso di materiali giuridici provenienti da altre giurisdizioni quale parametro interpretativo da parte delle corti.

A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (22) hanno affermato che la norma di legge di diritto straniero (nel caso di specie, la legge inglese) che ammetta l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto

(21) Una puntuale disamina sulle principali riforme legislative straniere del diritto codificato delle garanzie reali è stata svolta da C. AGABITINI, *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 413 ss., spec. 426 ss.

(22) Ci si riferisce a Cass., SS.UU., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 672 ss., con nota di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*.

commissorio non è contraria all'ordine pubblico internazionale ai sensi dell'art. 16 l. 31 maggio 1995, n. 218, in quanto il relativo divieto non rientra tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, come risulta dalla circostanza che esso non è conosciuto né vietato in una parte rilevante dell'Unione Europea. Tantomeno – rileva la S.C. – l'art. 2744 c.c. costituisce norma di applicazione necessaria, tali essendo quelle spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate – e, perciò, solo destinate ad applicarsi, nonostante il richiamo alla legge straniera – quali, *inter alias*, le leggi fiscali, valutarie, giuslavoristiche, ambientali.

L'evoluzione delle tecniche argomentative nell'età della globalizzazione e l'uso del diritto straniero da parte della giurisprudenza contribuisce certamente alla costruzione di un diritto globale. Il divieto di patto commissorio si rende protagonista di ciò sia in virtù di un rinnovato interesse nei confronti dell'istituto, sia per la diffusione del contratto «*alieno*» (23) di *sale and lease back* (o locazione finanziaria di ritorno, su cui *infra*, cap. III, § 2) (24), sia per alcuni aperture ai trasferimenti commissori da parte delle fonti normative di matrice comunitaria. Sono esempio di ciò il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, con il quale il nostro Legislatore ha recepito la Direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria (25) e il recente d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, di recepimento della citata Direttiva MCD, il quale ha introdotto nel t.u.b.

(23) Per utilizzare l'efficace espressione di G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto alieno al contratto atipico*, Padova, 2011, p. 54 s., con la quale si indicano quei contratti elaborati sulla base della prassi angloamericana (ma il discorso può estendersi a qualsiasi ipotesi di *legal transplant*), senza tenere in alcun conto il diritto italiano, ma ai quali si applica il diritto italiano.

(24) Questo contratto è stato recentemente protagonista anche di recenti arresti della giurisprudenza di legittimità. Cfr., *ex multis*, Cass., 28 gennaio 2016, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, p. 685 ss., con nota senza titolo di R. BROGI; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21775; Cass., 9 marzo 2011, n. 5583, in *Riv. not.*, 2011, p. 623 ss.; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006, p. 1571 ss., con nota di S. CLERICÒ, *Il controverso rapporto tra* sale and lease back *e patto commissorio*.

(25) A tal proposito v. G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fall.*, 2005, p. 485 ss.

l'art. 120-*quinquiesdecies* (che sarà oggetto di più ampia trattazione *infra*, cap. II, § 8.5), che disciplina un meccanismo di esecuzione per cui, ferma la previsione di cui all'art. 2744 c.c., in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se, invece, il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.

Tentativi di globalizzazione del diritto si registrano anche attraverso l'utilizzo di formanti non legislativi quali quelli sviluppatisi e affermatisi nei vari settori dell'economia, autonomi da qualsiasi diritto scritto oppure elaborati da organizzazioni specialistiche (quali i *Principi dei contratti commerciali internazionali*, cc.dd. Principi Un'idrofita, ovvero i *Principi di diritto europeo dei contratti*, cc.dd. Principi Lando), ovvero quelli di natura para-giudiziaria (come, ad esempio, arbitrati e procedure di mediazione) (26). Nella ricerca della standardizzazione del diritto, si è andata progressivamente affermando la *lex mercatoria* (27) , definita anche come il diritto delle possibilità

(26) Ed è così che i giuristi tornano ad essere sacerdoti e creatori del diritto: cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni*, cit., p. 133 ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 161 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 886.

(27) Sulla *lex mercatoria* vi è una vasta letteratura. Si veda, *inter alios* e solo per citare gli Autori principali, M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976; ID., *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*[2], Milano, 2006; F. GALGANO, Lex mercatoria, Bologna, 2001; F. MARRELLA, *La nuova* lex mercatoria*: principi Unidroit ed usi nei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, Padova, 2003. Cfr. anche L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, p. 29, secondo cui la *lex mercatoria* è un insieme di usi contrattuali che nel nostro ordinamento vincolano i contraenti *ex* art. 1340 c.c., in contrapposizione alla tesi secondo cui si tratterebbe di usi normativi.

di scambio sempre nuove che il mercato sa tracciare e creato dagli stessi soggetti che se ne servono (28). È un diritto privato prodotto da privati (29), ma incapace di garantire la propria concreta attuazione, in quanto privo del potere coercitivo tipico, invece, del diritto statale (30).

Economia globale e diritto universale, però, non si presuppongono e non coincidono (31). La globalizzazione, specie negli ultimi tempi, ha mostrato tutti i propri limiti passando da modello di espansione a fattore di crisi universale (32). In tal senso, è stato rilevato che la crisi, sul piano giuridico, evidenzia i limiti del quadro disciplinare e l'incapacità dei meccanismi di vigilanza pubblica nel prevenire gli eccessi di una finanza evoluta, non essendo stato in grado di contrapporre a questi ultimi adeguate misure a tutela degli investitori e, dunque, della stabilità dei mercati (33).

2. ***La globalizzazione dei mercati e la crisi finanziaria: il ruolo centrale del credito*** **–** La dimensione globale della finanza ha messo in crisi la sovranità degli Stati. Globalizzazione significa deterritorializzazione e, conseguentemente, primato dell'economia che eclissa la sovranità statuale (34). Con la globalizzazione, trovare una distinzione tra mercato interno e mercato

(28) Sul punto cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 150 s.

(29) Efficacemente P. GROSSI, *Globalizzazione,* cit., p. 156.

(30) Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 631.

(31) Così S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009, p. 6. La stessa visione implicitamente emerge anche da una lettura di N. IRTI, *Le categorie giuridiche*, cit., p. 628, laddove afferma che «*Mentre politica e diritto rimangono fedeli alla terra, l'economia varca i confini, si spoglia di ogni passato, converte i luoghi in mercati. E se diritto e politica si provano a inseguirla e raggiungerla, essa si volge in accorti ripari, e si fa ad invocare la neutralità degli affari o l'etica dell'impresa, o consimili formule d'ingannatoria dissimulazione*». V., però, la lettura critica di G. IUDICA, *Globalizzazione*, cit., 881.

(32) Ancora, S. ALAGNA, *Mercato globale*, cit., p. 7.

(33) G. ALPA, *Mercati mondiali in crisi. Ragioni del diritto e cultura globale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 87.

(34) Così P. GROSSI, *Globalizzazione*, cit., p. 155. V. anche N. IRTI, *Le categorie giuridiche*, cit., p. 628 s.

globale è diventata impresa assai difficile. È nel concetto stesso di globalizzazione economica il carattere indeterminato, ingovernabile e autopropulsivo degli affari (35).

È stato rilevato che i diritti economici sono oramai fuori dal controllo dello Stato (36). Grazie alla diffusione indiscriminata e inarrestabile di regole a favore della libertà commerciale e, in particolare, della circolazione di capitali e della finanza, l'economia è sfuggita dal controllo politico (37).

Gli anni recenti hanno conosciuto una incertezza generalizzata che è stata capace di sconvolgere la stabilità dei sistemi mettendo a dura prova l'ordine giuridico dei mercati internazionali (38).

Identificata come la più grande crisi dopo quella del 1929, la recente crisi differisce da quest'ultima in quanto crisi finanziaria e non economica. In entrambe le situazioni, però, il credito ha assunto un ruolo centrale.

La crisi del 1929 derivava dal rapporto tra banca e industria. Nel nostro ordinamento la soluzione della crisi fu il taglio del cordone ombelicale tra le cc.dd. banche miste (Credito Italiano, Banca Commerciale e Banco di Roma) e l'industria (39). Questa categoria aveva realizzato ogni genere di operazioni finanziarie a favore dell'industria ed era entrata in possesso di consistenti pacchetti azionari, mentre le imprese industriali operavano scalate all'interno

---

(35) Cfr. S. MANGIAMELI, *Globalizzazione, integrazione europea e costituzionalismo*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati*, cit., p. 183 ss. Per P. GROSSI, *Globalizzazione*, cit., p. 156, «*la prassi economica si fa produttrice di diritto* (…) *Ci sono esigenze giuridiche nuove e si "inventano" strumenti giuridici nuovi atti a ordinare la nuova circolazione globale*».

(36) Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, tr. it. di F. Galimberti, Roma-Bari, 2002, p. 30.

(37) Cfr. S. MANGIAMELI, *Globalizzazione*, cit., p. 185. V. anche N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 699.

(38) Così G. ALPA, *Mercati mondiali in crisi*, cit., p. 86.

(39) In argomento si veda *amplius* F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009, p. 9 ss.

delle principali banche (40).

Le difficoltà del settore industriale si ripercossero sulle banche miste, le quali entrarono inesorabilmente in crisi e vennero salvate attraverso un *iter* di convenzioni tra queste ultime, il Governo e la Banca d'Italia. Furono accordi di smobilizzo delle partecipazioni industriali avviati nel 1931 e che si conclusero nel 1934 con il trasferimento dei pacchetti azionari di proprietà delle banche miste (che diventarono pubbliche) all'IRI (Istituto di riconversione industriale, istituito col r.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5).

L'IRI divenne così proprietario di oltre il 40 per cento del patrimonio azionario italiano. Inoltre, l'ente operava nel settore del credito all'industria assieme all'IMI (Istituto mobiliare italiano, istituito con r.d.l. 13 novembre 1931, n. 1938), il quale dopo la dismissione della sezione finanziamenti dell'IRI (avvenuta nel 1937) divenne per decenni il protagonista principale del finanziamento industriale.

La scaturigine della crisi del 2007, invece, può individuarsi nella cartolarizzazione del rischio di credito (41). Se tale argomento sarà oggetto di più dettagliata trattazione nel prosieguo (*infra*, cap. IV, § 2.2), fin d'ora possono tracciarsi le linee generali della problematica. L'accennata patologia del rapporto tra etica e mercato rappresenta uno degli argomenti centrali che la lezione della recente crisi economica ha offerto.

La degenerazione dei rapporti banca-finanza, con effetti recessivi a catena sull'economia reale a causa dei rapporti economici ormai globalizzati, è stata inoltre individuata e connessa con il ricorso, ormai generalizzato, alla banca

(40) Nell'impossibilità di una ricostruzione dell'intero fenomeno della crisi del 1929, si rimanda quantomeno per un'analisi del rapporto tra sistema bancario e sistema delle imprese a R. COSTI, *L'ordinamento bancario*[5], Bologna, 2012, p. 50 ss.

(41) F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 253 ss.

universale (42).

Con il modello della banca universale – come è noto – si intende quell'ente creditizio che può esercitare indistintamente l'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito senza limiti temporali e senza distinzione di tipologia di operazioni, comprese in particolare le operazioni finanziarie non creditizie. Attraverso l'utilizzo di questo modello tutte le banche hanno sconfinato nella finanza alla ricerca di incrementare gli utili sempre più esigui apportati dall'attività bancaria in senso stretto (43).

La separazione tra banche commerciali e banche di investimento fu una delle reazioni alla crisi del 1929 sia negli Stati Uniti dove era stato introdotto il c.d. *Glass-Steagall Act* del 1933, che aveva sancito la distinzione tra banche commerciali e banche di investimento, sia in Italia con la legge bancaria del 1936-38 (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito con rilevanti modificazioni colla l. 7 marzo 1938, n. 141 e d.l. 17 luglio 1937, n. 1400, convertito in l. 7 aprile 1938, n. 636), che aveva non soltanto distinto tra banca e impresa, ma altresì introdotto la separazione tra istituti e aziende di credito fondata sulla lunghezza delle operazioni di provvista.

Nel corso del tempo siffatta separazione è stata progressivamente abbandonata, dapprima in Europa, con la c.d. seconda direttiva bancaria (direttiva 89/646/CEE) (44), attuata in Italia con il d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 e, infine, con l'emanazione del t.u.b. (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, specificamente all'art. 10, comma 3°, che statuisce che le banche, oltre

(42) Per una compiuta analisi del fenomeno si rinvia a F. MATTASSOGLIO, *Quale modello di banca per il futuro mercato finanziario europeo? Alcune riflessioni sulle riforme strutturali in atto*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 3, p. 192 ss. In un'ottica critica v., recentemente, E. GLIOZZI, *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 465 ss.

(43) Rileva ciò F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, p. 11.

(44) Seconda direttiva del Consiglio del 15 dicembre 1989, n. 646 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE.

all'attività *stricto sensu* bancaria – raccolta del risparmio e esercizio del credito – esercitano ogni altra attività finanziaria), e successivamente negli Stati Uniti, con il *Gramm-Leach-Billey Act* (o *Financial Services Modenization Act*) del 1999 (45).

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, già con la l. 2 gennaio 1991, n. 1 (c.d. legge SIM) alle banche veniva concessa la possibilità di svolgere gran parte delle attività di intermediazione finanziaria e, dopo il d.lgs. 481/1992, oltre all'attività bancaria tipica (senza più distinzione alcuna tra aziende ed istituiti di credito) un ente creditizio poteva svolgere qualsiasi attività finanziaria ad esclusione di quelle assicurative (oggi disciplinate dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. codice delle assicurazioni private) e di quelle riservate alle società di gestione del risparmio (disciplinate, invece, dal d.lgs. 28 febbraio 1998, n. 58, c.d. t.u.f.).

L'identificazione della banca universale quale concausa della recente crisi ha indotto alcuni ordinamenti ad assumere provvedimenti in merito. Se deve sottolinearsi come a livello comunitario la questione sia tuttora in fase embrionale (46), attraverso la disamina della reazione dei singoli Stati europei e degli Stati Uniti d'America al fenomeno è possibile aggiungere un'ulteriore argomentazione a sostegno del denunciato fenomeno di discrasia tra istituti

(45) La banca universale viene accettata come tipologia, ma con la previsione di una separazione societaria che stacchi la banca commerciale dal resto delle attività: mantenendo il divieto per le banche commerciali di svolgere attività di *investment banking* e assicurativa, ma abrogando il divieto di legami partecipativi e introducendo, quindi, una specifica disciplina dei conglomerati finanziari. La *ratio* della riforma è rinvenibile nella convinzione che la divisione delle attività tra diversi soggetti giuridici avesse come effetto, nel garantire la autonomia patrimoniale di ciascuno, la stabilità della banca, agevolando l'attività di supervisione e vigilanza sulle varie componenti del conglomerato da parte dei diversi soggetti preposti, soprattutto evitando che la garanzia sui depositi di fatto venisse estesa alle altre attività.

(46) Si veda la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulle misure strutturali volte ad accrescere la resilienza degli enti creditizi dell'UE. Orientamento generale*, EF 121, ECOFIN 528, CODEC 910 del 19 giugno 2015.

economici ed istituti giuridici.

Il primo ordinamento ad introdurre una disciplina sulla separazione e regolazione dell'attività bancaria è stato quello francese (47). Si è trattato di un intervento che comunque non mette fine al modello della banca universale (48), ma impone alle sole banche francesi a rilevanza sistemica (le cc.dd. *too big to fail*) di trasferire un certo tipo di attività speculative a entità specializzate, c.d. *subsidiarities*, che possono essere società di investimento o istituti di credito non finalizzate all'attività di raccolta del risparmio. Vincoli per gli enti creditizi a rilevanza sistemica sono stati individuati anche in Germania dalla riforma del *Gesetz über das Kreditwesen* (49).

La normativa più rigorosa la si rinviene, invece, in Belgio. *L'Arrêté royal portant approbation du règlement du 1er avril 2014 de la Banque nationale de Belgique relatif à l'activité de négociation pour compte propre* del 25 aprile 2014 proibisce a tutti gli istituti di credito, indipendentemente dalla dimensione, di svolgere alcune attività speculative direttamente o tramite soggetti sussidiari belgi o stranieri. Tali attività sono interdette a tutti gli istituti di credito soggetti alla legge belga che svolgono attività di deposito e sono pertanto coperti dalla relativa tutela. La riforma belga non soltanto si applica a tutti gli istituti, senza distinguere tra sistemici e non, ma vieta altresì la possibilità di trasferire a un'unità separata (ma facente parte dello stesso gruppo) lo svolgimento delle attività vietate. In maniera rigorosa, la legge belga statuisce che le attività speculative debbano

(47) Con la *loi* n. 2013-672 del 26 luglio 2013 *sur la séparation et la régulation des activités bancaires*.

(48) Sulla riforma francese cfr. F. MATTASSOGLIO, *Quale modello di banca per il futuro mercato finanziario europeo?*, cit., p. 211 s.

(49) Cfr. l'approfondimento in merito di F. MATTASSOGLIO, *Quale modello di banca per il futuro mercato finanziario europeo?*, cit., p. 212 s.

essere svolte al di fuori del perimetro dell'ente creditizio coinvolto nell'attività di deposito (50).

Stati Uniti e Gran Bretagna hanno invece adottato due misure tra loro molto simili, rispettivamente denominate *Volcker rule* (51) e *Vickers reform* (52). Siffatte misure limitano l'attività speculativa delle banche, che non possono investire i propri capitali in borsa, come strumenti derivati e partecipazioni in *hedge funds* al di sopra del 3 per cento. Con esse si attua una separazione delle attività di *commercial banking* da quelle di *investment banking*, allo scopo di tutelare i risparmiatori da attività troppo speculative ed evitare nuovi *crack* finanziari, rendendo più stabile il sistema creditizio.

Strettamente connesso al discorso della banca universale e dell'attività speculativa da essa svolta è il tema delle modalità di esercizio del credito. Concordemente si ritiene che la recente crisi abbia trovato il suo evento scatenante nel mercato dei mutui immobiliari negli Stati Uniti d'America con il fenomeno del *predatory lending*, ossia la concessione dei cc.dd. mutui *subprime* con incredibile facilità a soggetti a basso merito creditizio, privi di garanzie o con precedenti casi di insolvenza, che venivano letteralmente sollecitati ad indebitarsi al fine di far lievitare l'attività degli enti creditizi. L'uso delle tecniche di cartolarizzazione e degli strumenti derivati sul rischio di credito avrebbe annullato o trasferito ad altri soggetti il rischio di inadempimento dei mutuatari (53).

---

(50) Sul tema, ancora, F. MATTASSOGLIO, *Quale modello di banca per il futuro mercato finanziario europeo?*, cit., p. 213 ss.

(51) La *Volcker rule* è un insieme di norme contenute nella *Section* 619 e articolate nella più ampia riforma denominata *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Publ.L. 111-203, H.R. 4173) del 21 luglio 2012. Su essa cfr. amplius E. BANI, *Il diritto dell'economia ai tempi della crisi. La* Volcker Rule *come risposta degli USA*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, p. 109 ss.

(52) *Banking Reform Act* del 18 dicembre 2013.

(53) Cfr. L. CARDIA, *Diritto, etica, mercato*, cit., p. 72.

Siffatto modello di banca (chiamato *originate to distribute*) (54), sicuramente (quantomeno in teoria) vantaggioso dal punto di vista della valutazione e della distribuzione del rischio, manifesta la sua inadeguatezza nell'ottica del rapporto tra il prestatore di fondi e l'utilizzatore finale degli stessi, riducendo l'interesse e i benefici del monitoraggio dell'utilizzo delle risorse concesse (55).

È indubbio che un utilizzo scriteriato della finanza strutturata abbia determinato una crisi rapidamente diffusasi a livello globale, ma ciò non giustifica le proposte di un divieto della cartolarizzazione del rischio di credito sotto qualsiasi forma (56).

Ciclicamente, con l'emergere nei mercati finanziari di fattispecie nuove e particolarmente speculative, si sono aperti ampi dibattiti circa la loro liceità anche in senso morale. Corsi e ricorsi storici che si ripresentano fin dalla seconda metà dell'ottocento, con l'affermarsi nei mercati dei contratti pronti contro termine. A difesa di questa tipologia negoziale, si è precipuamente affermato – con parole che ancora oggi, a centoventi anni di distanza, sono di una evidente attualità – che «*nella fretta di demolire si è dimenticato che i contratti a termine adempivano a una funzione la quale ha pur bisogno di estrinsecarsi* (…) *per diminuire i rischi provenienti dalla oscillazione dei prezzi* (…). *È evidente che di dolorose rovine di capitalisti, di famiglie intere, non sia colpevole il meccanismo dei*

---

(54) Con siffatta espressione (contrapposta al modello *originate to hold*, distinto dalla creazione dei prestiti per la detenzione sino a scadenza nell'attivo della banca) si indica una «*peculiare modalità di disintermediazione bancaria, a sua volta espressione della spinta alla massiccia utilizzazione da parte delle banche di tecniche di mitigazione del rischio di credito, favorite da una congiuntura economica caratterizzata da bassi tassi di interesse e da accresciuta liquidità e quindi da una forte propensione all'investimento*»: così, precisamente, M. MIOLA, *Le cartolarizzazioni e la crisi dei mercati finanziari*, in *www.orizzontideldirittocommercale.it*, 2009, p. 3 del dattiloscritto. Sul modello *originate to distribute* cfr. anche F. COLOMBINI, *La crisi finanziaria e la riforma Obama*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010, p. 201 ss.; E. VENTURI, *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione di possibili interventi correttivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 80 ss.

(55) V. M. DRAGHI, *Per un'etica dell'agire economico. Lezioni dalla crisi finanziaria globale*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, cit., p. 75.

(56) Così F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione* ecc., cit., p. 256; A. NIGRO, *Crisi finanziaria, banche, derivati*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, p. 17.

contratti a termine e che la speculazione si sarebbe rivolta in altre direzioni ove questa vi fosse rimasta preclusa (…). *Alla legislazione in siffatte materie incombe il dovere non già di togliere la fonte occasionale del male con una proibizione assoluta, ma di impedire che gli inavveduti e in genere il pubblico non professionale si lasci attirare a cuor leggero nelle speculazioni*» (57).

Diverso è il discorso se, invece, si sposta il tutto sul piano civilistico. La cartolarizzazione del rischio di credito è una forma di cartolarizzazione c.d. sintetica (*scilicet* quelle operazioni di cartolarizzazione con le quali vi è la conversione di un *pool* di rischi in strumenti cartolari negoziabili sul mercato, v. *infra*, cap. IV, § 2.2) (58).

Nell'ordinamento italiano, prima dell'introduzione della disciplina sulla cartolarizzazione riassicurativa (59) nel codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), introdotta dalla direttiva 68/2005/CE e recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 29 febbraio 2008, n. 56, era fortemente discussa la possibilità di cartolarizzare attività finanziarie diverse dai crediti pecuniari. Difatti l'esclusività dell'oggetto di cessione per una società veicolo individuata dalla disciplina di cui alla l. 30 aprile 1999, n. 130 ha indotto molti non solo a mettere fortemente in discussione la possibilità di ricondurre entro tale disciplina gli strumenti che non cartolarizzano un credito, ma anche a dubitare della loro liceità (60), di talché tutte le operazioni di

(57) L. EINAUDI, *A favore dei contratti differenziali*, in *La riforma sociale*, 1896, III, p. 407 ss.

(58) Così P. MESSINA, *Profili evolutivi della cartolarizzazione*, Torino, 2009, p. 84.

(59) Su cui sia consentito il rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria e assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1778 ss. Essa è una forma di cartolarizzazione sintetica di rischi assicurativi. Con siffatto meccanismo una società veicolo o *special purpose vehicle* (qui di seguito anche SPV) – società costituita *ad hoc* per effettuare esclusivamente una o più operazioni di emissione di strumenti finanziari –, la cui definizione si rinviene nell'art. 1, comma 1°, lett. *vv*-ter), cod. ass., emette strumenti finanziari con cui finanzia integralmente la sua esposizione ai rischi cedutigli da imprese di assicurazione o riassicurazione diverse dalla società veicolo. I diritti di rimborso dei detentori gli strumenti finanziari sono subordinati agli obblighi di riassicurazione della società veicolo.

(60) Esprimono dubbi sulla liceità delle obbligazioni che cartolarizzano il rischio di credito

cartolarizzazione aventi ad oggetto beni diversi dai crediti pecuniari dovrebbero essere analizzate come *securitization* in senso lato, da intendersi però non nell'accezione fornita dal legislatore italiano bensì in quella economico-finanziaria di un'attività finanziaria indivisa tramutata in un'attività divisa e vendibile (61). Oltre a ciò le operazioni di cartolarizzazione estranee alla l. 130/1999 comportano una segregazione patrimoniale che, non trovando una propria giustificazione nella legge, si rivela illegittima in violazione della regola di cui all'art. 2740, comma 2°, c.c.

Deve condividersi quell'opinione che, anziché stigmatizzare questa tecnica finanziaria (che, anzi, contribuisce ad essere forza motrice dell'economia reale)

P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 87; C. RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e* credit default swap, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 372; F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione*, cit., p. 253 ss.

(61) Anche nel voler accogliere un'interpretazione ampia della disciplina fornita dalla legge n. 130 del 1999, il cui oggetto è individuato nella cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti che futuri, appare impraticabile una riconduzione alla categoria di quelle fattispecie più esotiche conosciute dai mercati finanziari. Sul punto v. V. CARNOVALE, *La cartolarizzazione dei crediti (la nuova normativa e i profili di vigilanza)*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, p. 486; P. FERRO LUZZI, *La cartolarizzazione: riflessioni e spunti ricostruttivi*, in *Bancaria*, 2001, 1, p. 25 s., il quale esplicitamente afferma l'impossibilità di cartolarizzare un'obbligazione avente ad oggetto la consegna di merci ovvero posizioni contrattuali, pur auspicando un intervento legislativo che precisi la cartolarizzabilità dei flussi di cassa; M. LA TORRE, *La cartolarizzazione dei crediti: pregi e limiti della normativa italiana*, in *Bancaria*, 2000, p. 55; *contra* v. G. GUERRIERI, *Commento* sub *art. 1*, in AA.VV., *Legge 30 aprile 1999, n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti, Commentario* a cura di A. MAFFEI ALBERTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 1003 ss., il quale ritiene che il requisito dei crediti pecuniari quali oggetto della cessione sia esclusivamente una condizione di applicazione della disciplina dettata dalla legge. Secondo il G., «*si deve ritenere che non sussista alcun ostacolo ad ammettere (…) operazioni di cartolarizzazione realizzate avvalendosi del meccanismo della surrogazione convenzionale della titolarità dei crediti ceduti, o mediante costituzione di un* trust *avente ad oggetto i crediti ceduti, di cui gli investitori risultino titolari* pro quota. *Così come, d'altra parte, nulla può impedire la realizzazione di operazioni di* securitization *poste in essere mediante un negozio di cessione dei crediti ricadente nell'àmbito di applicazione di normative diverse dalla l. n. 130/99, o mediante la cessione di attivi diversi dai crediti. L'unica conseguenza derivante dalla mancata adozione delle forme previste dalla l. n. 130/99 sarà rappresentata dall'impossibilità di applicare la disciplina della legge speciale e dalla sottoesposizione dell'operazione al regime giuridico proprio degli istituti adottati*».

(62) ne vada criticato l'uso distorsivo individuando gli estremi per una regolamentazione dell'attività (63).

3. ***Spunti per una glocalizzazione giuridica*** **–** I processi tipici della globalizzazione (modernizzazione e centralizzazione in funzione capitalistica *in primis*) hanno fatto registrare in tutta Europa un progressivo abbandono delle identità locali a favore di una sempre maggiore universalizzazione.

Come è stato posto in evidenza (64), la crisi ha sgretolato tutte le certezze venutesi a creare sin dall'immediato dopoguerra circa l'integrazione europea.

D'altronde, la recente depressione economica e finanziaria è puramente congiuntura dei mercati globalizzati, essendo crisi del sistema bancario, del debito sovrano e macroeconomica e fiscale. Tutti questi settori, strettamente interconnessi, fanno sì che queste varie crisi ingenerino un circolo vizioso dall'enorme portata distruttiva (65).

---

(62) Cfr. F. VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, p. 168.

(63) In tal senso v. anche V. CALANDRA BONAURA, *Crisi finanziaria e nuove regole. Fine del modello* originate to distribute*?*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, cit., p. 241 ss.

(64) Da C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit., p. 349, i quali aderiscono alla teoria socio-economica elaborata da K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, tr. it. di R. Vigevani, Torino, 2010. Secondo l'elaborazione del P., i mercati non sono l'esito spontaneo di un processo sociale evolutivo, bensì costituiscono il prodotto di una pianificazione strategica politica. Ancora, l'economia di mercato deve necessariamente radicarsi nei sistemi di integrazione sociale. Da ultimo, nella teoria polanyana giocano un ruolo preminente tre merci fittizie – moneta, lavoro e terra –, le quali anche se non sono state create per il mercato vengono considerate e trattate come merci. Ne consegue che la società è spinta ad assumere contro-movimenti di auto-protezione a tale spinta.

(65) Tale prospettiva è stata individuata dal Consiglio tedesco degli esperti economici. Lo studio è contenuto in SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG, *Stabile Architektur für Europa – Handlungsbedarf im Inland. Jahresgutachten 2012/13*, Paderborn, 2012.

La Comunità Europea nasce come una comunità di diritto (66) e sempre nel diritto ha ricercato lo strumento per l'integrazione (67), riuscendo così a trovare quell'equilibrio tra politica e diritto sul quale si è costituito il processo di integrazione europea nella sua fase formativa (68).

Nel corso degli ultimi decenni l'ingresso nella c.d. era post-moderna e le crisi (sociali, politiche, economiche) hanno fatto registrare una importante inversione di tendenza che, pur non abbandonando i temi dello sviluppo economico, persegue valori attinenti alla sfera identitaria (69). In Europa, la tenuta degli stessi principi fondamentali sui quali si fonda l'intero sistema comunitario appare essere entrata in una profonda «*crisi esistenziale*» (70), gettando un'ombra sulla validità del paradigma «*integrazione attraverso il diritto*» (71).

Ciò emerge già nella Scozia degli anni '80 dello scorso secolo, allorché l'identità, il sentimento di scozzesità (c.d. *scottishness*), divenne strumento di lotta contro il governo centrale, fino a culminare con la c.d. *devolution* ottenuta con lo *Scotland Act* del 1998. «*In una sociologia plurale della globalizzazione la concezione nazional statuale della società* (...) *lascia il posto a forme di vita terze, cioè*

---

(66) Così il primo Presidente della Commissione europea W. HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, 1969, tr. it. di B. Bianchi, *Europa federazione incompiuta*, Milano, 1971, p. 33 ss.

(67) Cfr. J.H.H. WEILER, *The Community System: the Dual Character of Supernationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 257 ss.; ID., *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Bologna, 1985, p. 22 ss.; M. CAPPELLETTI – M. SECCOMBE – J.H.H. WEILER, *Integration through Law*, Berlin – New York, 1986, *passim*.

(68) Cfr. C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit., p. 346.

(69) In argomento cfr. le interessanti pagine di I. RUGGIU, *L'identità sarda. Caratteristiche e ipotesi di giuridificazione*, in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 53 ss.

(70) Così A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013 p. 453 ss., spec. 526. Sui timori nascenti dall'euroscetticismo cfr. F. CAPRIGLIONE, *Eurosclerosi e globalizzazione. (Contro un possibile ritorno all'euroscetticismo)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010, p. 1 ss.

(71) V. C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit., p. 347.

a spazi d'azione del sociale integrati transnazionalmente, pervasivi, che si estendono ben al di là dei confini stabiliti» (72).

Alla globalizzazione l'individuo reagisce con un ritorno alle identità regionali (73). È il c.d. processo di glocalizzazione (dall'inglese *glocalization*, *portmanteau* dei termini *globalization* e *local*) (74), il quale sta ad indicare l'insieme di fenomeni derivanti dall'impatto della globalizzazione sulle realtà locali e viceversa.

All'affermarsi – certo, inevitabile – del globale sul locale segue la «*nuova accentuazione del locale*», in quanto «*la globalizzazione presuppone pure la ri-localizzazione*» (75).

Se in ambito economico si è rilevata una certa tendenza alla glocalizzazione, per il diritto il discorso appare più complesso (76). Universalizzazione economica e ambiguità nel transnazionalismo giuridico si intrecciano e pongono in evidenza come la globalizzazione economica non determina automaticamente la nascita di un sistema giuridico universale: i diritti

---

(72) Così U. BECK, *Was it Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, 1997, tr. it. di E. Cafagna – C. Sandrelli, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, p. 51.

(73) Sul punto v. D. D'ANDREA, *Le ragioni dell'etnicità tra globalizzazione e declino della politica*, in F. CERUTTI – D. D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie nazioni e federazioni*, Milano, 2000, p. 83 ss.

(74) Il termine è stato coniato da R. ROBERTSON, *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in M. FEATHERSTONE – S. LASH – R. ROBERTSON (a cura di), *Global Modernities*, London, 1995, p. 25 ss., che deriva dal concetto di origine nipponica di *dochakuka*, scilicet l'adattamento di recniche agricole generali a condizioni locali e particolari. Cfr. anche Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, New York, 1998, tr. it. di O. Pesce, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2003, p. 78 ss.; E. BATINI, *Identità e conflitti nella globalizzazione*, in F. CERUTTI – D. D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti*, cit., p. 66 ss., spec. 70 ss.; D. DI MICCIO, voce *Globalizzazione del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 320.

(75) Così A.C. AMATO MANGIAMELI, *L'identità tra glocalizzazione e progresso. Spunti introduttivi*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati*, cit., p. 6.

(76) Cfr. M.R. FERRARESE, *La "glocalizzazione" del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, in C. AMATO – G. PONZANELLI (a cura di), Global law v. local law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, p. 23.

nazionali mantengono la loro efficacia, anche se minati dall'esterno. Tutto ciò si inserisce in uno scenario socio-politico nel quale all'interno dell'Unione Europea si animano caldamente sentimenti di autodeterminazione delle c.d. nazioni senza Stato (Scozia e Catalogna ne sono luminoso esempio) (77), che non vogliono essere opposte al sistema globale, ma strettamente interconnesse in un processo di reciproca inclusione e modellizzazione.

Il locale non è di per sé contrapposto al globale, ma anzi è essenzialmente incluso in esso. In questo senso la globalizzazione, lungi da tendenze omogeneizzanti, include il legame e le connessioni con le dimensioni locali. Una globalizzazione giuridica determinerebbe una rinuncia delle identità storiche, giuridiche e culturali. Lasciare giuridicamente inespresse l'identità, le

(77) Pensiamo al referendum per l'indipendenza della Scozia del 18 settembre 2014, che ha visto la vittoria degli unionisti con il 55,4 per cento, o il progetto di referendum per l'indipendenza della Catalogna, dichiarato illegittimo dal *Tribunal Constitucional* con sentenza del 25 marzo 2014, n. 44 (reperibile *on-line* su *www.federalismi.it*) e successivamente respinto anche dal Parlamento spagnolo. Su questa scia si considerino anche i successi elettorali degli indipendentisti alle *elecciones al Parlamento de Cataluña* e dei nazionalisti corsi alle *èlections régionales* in Corsica nel 2015. In tale contesto, non può trascurarsi la situazione della Sardegna. Sull'esempio sardo, oltre alle constatazioni empiriche sui dati elettorali delle ultime regionali, dove le liste di area indipendentista, sovranista e autonomista hanno raggiunto, complessivamente, il 35,4 per cento dei voti, si veda l'interessante indagine statistica di F. MOLA – A. FADDA – L. FRIGAU – M. CESARACCIU – E. PILUDU, in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia*, cit., p. 17 ss., da cui emerge che il 63 per cento del campione ha dichiarato di riconoscersi maggiormente nell'identità sarda: il 37 per cento ha dichiarato di sentirsi più sardo che italiano, mentre il 26 per cento di sentirsi solo sardo e non italiano. Il 41 per cento degli intervistati si è espresso a favore di una Sardegna indipendente dall'Italia. Invero, gli elementi identitari differiscono da realtà in realtà. Se il modello scozzese si fonda su una specialità di tipo istituzionale [cfr. M. ROSIE, *Conceptualising national identities: Scotland*, in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *op. loc. cit.*, p. 63 ss.], in Catalogna l'elemento di differenziazione è ravvisabile nella lingua: v. gli artt. 6, 33, 34 e 35 dello *Estatut d'Autonomia de Catalunya*. L'art. 6 dello *Estatut* è stato reinterpretato dal *Tribunal Constitucional* con sentenza del 28 giugno 2010, n. 31. La versione originaria della norma prevedeva che «*la lingua propria della Catalogna è il catalano. Come tale, il catalano è la lingua di uso normale e preferenziale in tutti i corpi dell'amministrazione pubblica catalana e nei mezzi di comunicazione pubblici, ed è anche la lingua veicolare e d'apprendimento nell'insegnamento*». Il tribunale costituzionale spagnolo ha reinterpretato l'art. 6 dello Statuto affermando che il catalano è lingua di uso normale, ma non preferenziale.

specialità e le peculiarità (senza che, naturalmente, la valorizzazione del locale diventi strumento di esclusione) indebolisce la cultura giuridica locale. Nell'era della globalizzazione appare fondamentale ricercare un equilibrio tra la necessità di conservare gli elementi fondanti di una cultura giuridica e quella di essere sufficientemente aperti al cambiamento.

Come evidenziato da un'attenta dottrina con specifico riguardo all'assetto del diritto europeo al tempo della crisi economica e finanziaria, che con un approccio generalizzante fondato sull'austerità e sul concetto che in Europa esista un'unica risposta valida per tutti (78), il compito essenziale del diritto europeo dovrebbe essere quello di dare voce alle legittime differenze dei singoli Stati membri, pur non trascurando il vincolo di solidarietà gravante su ciascun Stato membro in virtù della comune appartenenza all'Unione.

È così che è possibile riempire di nuovi contenuti lo stesso motto dell'Unione Europea, *In varietate concordia*, puntando a «*un modello di integrazione che sappia razionalizzare l'accresciuta eterogeneità – e finanche la crescente divergenza di interessi – che caratterizza la geografia politica, economica e sociale europea dopo l'allargamento, oggi ancor più chiaramente in conseguenza delle nuove asimmetrie innescate dalla grande crisi. L'idea di fondo di questa proposta alternativa è che sia necessario passare da una "integrazione attraverso la uniformazione" ad una "integrazione attraverso la soluzione dei conflitti"*» (79).

Nel diritto privato tutto ciò ha importanti conseguenze. La globalizzazione nell'elaborazione del diritto privato e quantomeno in Europa non ha fatto abbandonare il modello classico dell'idea di Stato come potere centrale e sovrano (80).

---

(78) C. JOERGES – S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit., p. 365 ss.

(79) Così C. JOERGES – S. GIUBBONI, *op. ult. cit*, p. 366, ove ampi rimandi ad approfondimenti del J. dedicati al tema in analisi.

(80) Cfr. S. PATTI, *Globalizzazione e diritto privato europeo*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati*, cit., p. 206. Per una panoramica sulla disciplina del diritto privato dell'Unione Europea cfr. N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997; G. ALPA –

Il diritto nazionale può dirsi conservato, ma allo stesso tempo si assiste ad una globalizzazione giuridica a livello contrattuale attraverso la costituzione di un diritto dei contratti del mercato. E ciò sia nei contratti tra imprese che in quelli tra impresa e consumatore (o altro contraente), ove ad essere perseguito è l'interesse generale espresso dall'ordine giuridico del mercato così che il rapporto privilegiato nel discorso giuridico non è tra contratto e impresa, ma tra contratto e mercato (81).

Ciò, però, non intacca la tesi qui suffragata. È stato puntualmente rilevato come nonostante la globalizzazione i presupposti giuridici dei negozi rimangono sempre entro la sfera dei diritti territoriali, i quali apprestano forme e modi di attuazione coercitiva (82). L'apertura all'esterno, la sfida all'economia metaterritoriale è possibile solo per mezzo di accordi tra Stati, sul terreno dell'artificialità giuridica così come artificiale è il mercato stesso. Solo le intese interstatali sono in grado di ricondurre gli affari economici nei luoghi applicativi del diritto, colmando il divario tra spazio globale e territorialità delle norme (83).

Dimensione locale e dimensione globale dunque coesistono e prevalgono su

---

M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; G. SICCHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005; A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*[2], in *Trattato* Bessone, XXVI, 1-2, Torino, 2006; P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006; E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo: giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015.

(81) Così F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, Torino, 2007, p. 346 ss.

(82) N. IRTI, *Le categorie*, cit., p. 631. V. anche G. IUDICA, *Globalizzazione*, cit., p. 887.

(83) Ancora, N. IRTI, *Le categorie*, cit., p. 635, che chiude il lavoro affermando che «*Non c'è mai un vuoto di diritto. Il problema riguarda soltanto gli Stati capaci di porlo ed imporlo*». Una diversa impostazione è adottata da G. IUDICA, *Globalizzazione*, cit., p. 881 ss., che rileva come i trattati internazionali riguardino materie circoscritte e che sarebbe foriero delle rigidità e dei difetti che hanno causato la crisi dello Stato moderno. Sul mercato quale *locus artificiale*, ordine costruito dalla legge v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 13, 67.

quella statale (84). Lo sgretolamento dell'ideale illuminista del potere statale avviene dalla contestuale concentrazione di spinte interne che si manifestano nella regionalizzazione del potere, attribuendo sempre maggiori competenze agli enti pubblici territoriali e pressioni esterne che sottraggono allo Stato poteri nel campo dell'economia e del diritto (85).

Anche la ricerca di una uniformizzazione e armonizzazione del diritto privato attraverso lo strumento delle direttive presenta un proprio lato negativo. Difatti, è frequente che le traduzioni delle direttive nelle lingue nazionali dell'Unione Europea presentino difformità (anche la citata direttiva 2014/17/UE presenta diversi casi di traduzione infedele dal testo inglese a quello italiano, che verranno analizzati nel prosieguo) che cadono poi a cascata nelle singole leggi di attuazione, vanificando l'obiettivo del diritto uniforme.

Sebbene si sia affermato – a sommesso parere di chi scrive, in maniera ingenerosa – che il diritto locale non sia più il terreno del diritto civile, il quale (*rectius*, il cui strumentario) è divenuto il diritto della globalizzazione (86), il policentrismo normativo diventa un valore da proteggere, molto avvertito a livello europeo (87), anche in ambito civilistico.

Soffermandoci solo sull'ordinamento italiano, sebbene il dritto privato regionale sia un fenomeno circoscritto, il Titolo V della costituzione, specie dopo la sua riforma del 2001 (88), conferisce alle Regioni competenze esclusive

---

(84) In tal senso, precisamente, B. ZOLO, voce *Globalizzazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino, 2005, p. 393. V. anche A. AMENDOLA, *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del diritto*, Napoli, 2003 p. 86 ss.

(85) Cfr. G. IUDICA, *Globalizzazione*, cit., p. 875 ss.

(86) Così, ancora, G. IUDICA, *Globalizzazione*, cit., p. 886 s.

(87) V. H.L. MACQUEEN – A. VAQUER – S. ESPIAU ESPIAU (a cura di), *Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge, 2003, *passim*. Per un modello, cfr. l'esperienza spagnola con l'art. 149.1.8 della Costituzione del 1978, che ha rafforzato il ruolo dei diversi *Derechos forales*. Sul punto v. R. TORINO, *Il diritto privato regionale spagnolo. Breve introduzione a un modello di sistema giuridico multi-livello*, in F.P. TRAISCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007, p. 315 ss.

(88) L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

o concorrenti in non poche materie e settori aventi connotazioni privatistiche (89).

L'identità diritto civile quale diritto della globalizzazione sarebbe corretta se la realtà si esaurisse nell'azione delle grandi imprese multinazionali. Non essendo però così, soprattutto in una realtà quale quella italiana, che consta soprattutto di piccole e medie imprese fortemente legate al territorio di riferimento, l'interesse al diritto privato locale esiste ed assume un discreto rilievo (90), tanto da portare un illustre studioso (91) ad affermare, in tempi non sospetti, che «*il diritto privato, divelto dai cardini statali, si troverà conteso tra norme comunitarie e leggi regionali*», trovandosi di fronte «*la tecno-economia della globalità*», «*gli* homines oeconomici*, anonimi e impersonali*» contro «*le forze originarie dei luoghi*», «*gli abitanti delle antiche dimore*».

Anche queste ultime considerazioni appaiono alquanto ricche d'enfasi. Eppure emerge il denunciato dissolversi dell'unità sistematica del diritto civile (92).

Indubbiamente non può trascurarsi in questa disamina la previsione di cui all'art. 117, comma 2°, lett. *l*), cost., che riserva alla legislazione esclusiva dello Stato l'ordinamento civile, sebbene sia stato rilevato (93) che esso si riferisca all'ordinamento giudiziario in considerazione anche del fatto che tra le materie di legislazione concorrente ve ne sono alcune suscettibili anche di normativa

---

(89) Cfr. R. TORINO, *Il diritto privato regionale spagnolo*, cit., p. 332 s.

(90) In tal senso v. V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in C. AMATO – G. PONZANELLI (a cura di), Global law v. local law, cit., p. 79, e in *Corr. giur.*, 2005, p. 1301. V. anche P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 750 ss.

(91) N. IRTI, *Sul problema delle fonti*, cit., p. 703.

(92) F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung Der deutschen Entwicklung*, II, Göttingen, 1967, tr. it. U. Santarelli – S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, p. 285.

(93) Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, 2008, p. 27; N. IRTI, *Sul problema delle fonti*, cit., p. 702, nt. 2.

privatistica.

Partendo da una fondamentale distinzione operata da una accreditata dottrina tra norme solo apparentemente e impropriamente di diritto privato (*scilicet* quelle norme che possono sì dirsi di diritto privato, ma in realtà concentrano la loro forza regolatrice su modalità o presupposti dell'azione pubblica, presentandosi perciò, propriamente, quali norme regolatrici di attività amministrative) e norme di diritto privato in senso proprio (94), e col supporto di alcune pronunce del Giudice delle leggi (95), si può tentare di tracciare i confini del diritto privato regionale nel nostro ordinamento. Il primo limite è, naturalmente, in termini di materia, *ex* art. 117 cost.

Inoltre, è stato rilevato che le norme del diritto privato regionale debbono essere intrinsecamente ragionevoli, ossia risultino connesse con la materia regolata e con la regolazione della stessa, nonché risultino, nel merito, congrue e adeguate sia in senso finalistico, sia in senso strumentale (96).

Il terzo confine del diritto privato regionale, infine, è stato tracciato dalla Corte costituzionale (97), la quale ammette la legittimità del diritto privato regionale, purché le norme che di esso sono espressione siano limitate ad introdurre esclusivamente un qualche adattamento alla comune disciplina dei rapporti privatistici (ragionevolezza estrinseca).

---

(94) Così V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 31 ss.

(95) La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia è ampia ed è stata compiutamente esaminata da autorevole dottrina: cfr. P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, p. 281 ss.; V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 79 ss.; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, p. 11 ss.; P. VITUCCI, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle Regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, p. 1711 ss.

(96) Così V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 91.

(97) Corte cost., 6 novembre 2001, n. 352, in *Le regioni*, 2002, p. 579 ss., con nota di E. LAMARQUE, *Aspettando il nuovo art. 117 della Costituzione: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale*. Questa sentenza è stata elogiata da V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 90 ss., il quale definisce il criterio dettato dal Giudice delle leggi quale «*ragionevolezza estrinseca*».

La legge regionale penetra nel terreno del diritto privato, ma in maniera diseguale tra i vari settori (98). È stata accortamente individuata (99) una *summa divisio* tra il diritto privato non patrimoniale (o, per definirlo diversamente, il diritto privato fortemente connesso con posizioni costituzionalmente tutelate) (100) e il diritto privato patrimoniale. Il primo è caratterizzato da un'alta resistenza alla differenziazione regionale, mentre il secondo deve essere a sua volta distinto in riferimento ai diritti reali, terreno di minor resistenza del diritto privato regionale (101), e ad obbligazioni, contratti, impresa e società, settori contraddistinti da una resistenza media (102).

La tematica sarà oggetto di più ampi approfondimenti nel prosieguo, con specifico riferimento all'incidenza di alcune leggi regionali che determinano la qualificabilità del contratto di credito fondiario come mutuo di scopo (v. *infra*, cap. II, § 3).

Se anche non si volesse sostenere l'idea di un diritto privato regionale, deve però porsi in evidenza come il diritto privato italiano sia permeato da significative manifestazioni di glocalismo.

Una disciplina differenziata *ratione loci* la si rinviene, notoriamente, nella deroga al principio consensualistico vigente nella regione Trentino-Alto Adige, nelle provincie di Trieste e Gorizia e nel comune di Cortina d'Ampezzo, ove il regime dell'intavolazione di cui al r.d. 28 marzo 1929, n. 499 (spec. artt. 2 e 12) prevede che le proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili – in deroga all'art. 1376 c.c. – non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione del

(98) P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni*, cit., p. 754.

(99) Da A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 127 ss.

(100) In questo senso G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 604 ss.

(101) Così assume anche P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni*, cit., p. 754.

(102) *Contra* V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 106, che ritiene insussistenti gli spazi per gli adattamenti regionali della disciplina comune del diritto dei contratti.

diritto nel libro fondiario (103).

Per quel che concerne lo specifico tema dell'accesso al credito, poi, questo è storicamente caratterizzato da una esaltazione del localismo e del mutualismo quale reazione alle difficoltà di accesso al credito dei soggetti che potevano offrire al sistema creditizio minori garanzie.

Le tendenze mutualistiche nel settore creditizio a carattere territoriale si sono particolarmente diffuse nel corso del novecento (104) e ancora oggi trovano ampi spazi operativi in controtendenza alla ricerca di forme alternative di finanziamento rivolte ad un mercato a ben più ampia vocazione,

(103) Sul diritto tavolare cfr. per tutti G. GABRIELLI, voce *Libri fondiari*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 3 ss.

(104) E da tenersi distinte da quegli interventi di impulso pubblicistico quali, ad esempio, le società finanziare regionali per l'innovazione e lo sviluppo (su cui cfr. A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali. Problemi giuridici*, Milano, 1972, *passim*; L. SCURTO, *Enti pubblici economici e società finanziarie regionali*, Palermo, 1975, p. 67 ss.; G. CABRAS, *Le garanzie collettive per i finanziamenti alle imprese*, Milano, 1986, p. 22, nt. 49) o la congerie di fondi pubblici di garanzia (su cui, per una panoramica, cfr., ancora, G. CABRAS, *op. loc. cit.*, p. 27 ss.).

quali i minibond (105), il *crowdfunding* (106) o il microcredito (107).

(105) I minibond sono obbligazioni a medio-lungo termine emesse da piccole e medie imprese non quotate. Con essi si persegue il fine di diversificare le fonti di finanziamento a titolo di debito. I provvedimenti che hanno riformato e semplificato la disciplina degli strumenti di finanziamento per l'attività di impresa dal punto di vista civilistico e tributario sono, in ordine cronologico, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. Decreto Sviluppo), il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come modificato dalla legge di conversione del 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. Decreto Sviluppo-*bis*), il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, come modificato dalla legge di conversione del 21 febbraio 2014, n. 9 (c.d. Decreto Destinazione Italia) e il d.l. 24 giugno 2014, n. 91, come modificato dalla legge di conversione del 11 agosto 2014, n. 116 (c.d. Decreto Crescita e Competitività). Il Decreto Sviluppo e il Decreto Sviluppo-*bis* hanno innanzitutto rimosso i limiti quantitativi civilistici all'emissione delle obbligazioni di cui all'art. 2412, commi 1° e 2°, c.c., le quali potevano essere disapplicate *ex* art. 2412, comma 5°, c.c. esclusivamente in caso di emissione di obbligazioni da parte di società le cui azioni fossero quotate. Si trattava dunque di un beneficio destinato alle sole imprese quotate e di grandi dimensioni. L'art. 32 del Decreto Sviluppo ha eliminato il vincolo legale che impediva, di fatto, alle imprese non quotate di emettere obbligazioni per un ammontare sufficiente a finanziare progetti di sviluppo e crescita. attraverso la previsione della possibilità di emettere obbligazioni superiori al doppio del patrimonio netto a tutte le società non quotate, diverse dalle banche e dalle micro-imprese, che «*emettono obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione*». Le novità riguardano esplicitamente le s.p.a., ma interessano, anche le s.r.l., in quanto, *ex* art. 2483 c.c., possono emettere – purché ciò sia previsto dallo statuto – titoli di debito destinati esclusivamente ad investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale. Il Decreto Destinazione Italia ha invece incrementato i soggetti ammissibili alla sottoscrizione dei titoli, estendendo l'ambito di applicazione della cartolarizzazione alle obbligazioni e titoli similari: l'art. 12, comma 1°, prevede infatti la possibilità di applicare le disposizioni di cui alla l. 30 aprile 1999, n. 130 alle operazioni di cartolarizzazione avvenute tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli similari. In passato le società veicolo potevano solamente acquistare tali titoli senza poterli sottoscrivere direttamente in fase di prima emissione. Inoltre, siffatto provvedimento legislativo ha ampliato la platea degli investitori in minibond: possono investire in titoli emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, anche non destinati ad essere negoziati in un mercato regolamentare o in sistemi multilaterali di negoziazione e anche privi di valutazione del merito di credito, sia le imprese di assicurazione, andando a costituire attivi ammessi a copertura delle riserve tecniche, sia i fondi pensione. In materia cfr. F. GRANDE, *I minibond come strumento alternativo per il finanziamento delle imprese a medio-lungo termine*, in *Riv. banc.*, 2013, p. 119 ss.; P. CARRIERE, *I minibond e le "nuove" obbligazioni partecipative: problemi di inquadramento sistematico*, in *Soc.*, 2014, p. 183 ss.; R. CARATOZZOLO, *Caratteri ed obiettivi dei recenti interventi regolatori sulle pmi: i mini bond tra disciplina civilistica e regole di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 3, p. 55 ss.

(106) Con il termine *crowdfunding* si indica il processo con cui più persone (*crowd*, folla) conferiscono somme di denaro (*funding*), anche di modesta entità, per finanziare un progetto imprenditoriale o altre iniziative utilizzando piattaforme *on-line* e ricevendo, talora, una

ricompensa. Nel caso in cui tramite l'investimento si acquisisca un titolo di partecipazione in una società si parla di *equity-based crowdfunding*: in tal caso la ricompensa per il finanziamento sono i diritti sociali scaturenti dalla partecipazione all'impresa. L'Italia è stata il primo Stato europeo a disciplinare il fenomeno dell'*equity crowdfunding*, mediante l'introduzione nel t.u.f. degli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter* da parte della l. 221/2012. La Consob, ai sensi delle citate norme del t.u.f., ha adottato con Delibera 26 giugno 2013, n. 18592 il *Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di* start-up *innovative tramite portali* on-line. L'unico soggetto inizialmente legittimato ad usufruire di siffatta forma di finanziamento erano le *start-up* innovative, ossia imprese costituite in forma di società di capitali (anche società cooperative), aventi i requisiti dettati dall'art. 25 l. 221/2012. Con il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 recante «*Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*», convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33 (cd. "Decreto Crescita 3.0"), le possibilità di ricorrere allo strumento del *crowdfunding* sono state estese alle PMI innovative di cui all'art. 4 del medesimo decreto. In materia v. R. CARATOZZOLO, *La disciplina italiana dell'*Equity Crowdfunding*: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, I, p. 256 ss.; A. BOLLETTINARI, *Il* crowdfunding*: la raccolta del capitale tramite piattaforme* online *nella prassi e nella recente legislazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 9 ss.; G. FERRARINI, *I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi,* «crowdfunding» *e mercati privati*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, p. 203 ss.; A. TROISI, Crowdfunding *e mercato creditizio: profili regolamentari*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 519 ss.; A. LAUDONIO, *La folla e l'impresa: prime riflessioni sul* crowdfunding, in *Dir. banca merc. fin.*, 2014, p. 357 ss.; A. GUACCERO, *La* start-up *innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed* equity crowdfunding, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, p. 699 ss.; V. DE CRESCENZO – F. PICHLER, *Uno strumento di finanziamento alternativo: l'*equity crowdfunding, in *Banche e Banchieri*, 2015, p. 317 ss.; V.G. LIOTINE, *Il* crowdfunding *e la protezione del consumatore*, in AA.VV., *Il consumatore nell'era della condivisione*, Roma, 2015, p. 99 ss.; M.L. PASSADOR, Crowdfunding*: tra profili di adeguatezza ed appropriatezza e profili di applicabilità all'aumento di capitale*, in *Banca impr. soc.*, 2015, p. 287 ss.; A. LAMBERTI, *The financing to new companies: peculiarity of innovative start-up companies and the Equity-Based Crowdfunding in Italy*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, p. 23 ss.; F. MARABINI, *Analisi dei possibili profili anticoncorrenziali della normativa italiana in tema di* crowdfunding, in *Contr. impr.*, 2016, p. 552 ss.

([107]) Il settore della microfinanza e del microcredito vede coinvolti soggetti costituiti in forma di società di capitali che svolgono l'attività di erogazione del credito (sotto forma di mutuo di scopo) a persone fisiche, società di persone, società a responsabilità limitata semplice, associazioni o società cooperative per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa. Il finanziamento concesso deve rispondere a determinate caratteristiche puntualmente elencate all'art. 111 t.u.b., norma che disciplina il fenomeno e dalla quale emerge una distinzione netta e di rilievo tra due tipologie di microcredito: il microcredito di impresa e il microcredito solidale. Quest'ultimo si esplica in una dazione in prestito di somme di denaro di modesta entità finalizzate principalmente alla soddisfazione di bisogni primari dell'individuo. Per una panoramica dell'istituto cfr., *inter alios*, L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 49 ss.; sull'inquadramento delle origini dell'istituto del microcredito solidale, ID., *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in M. PAPA – G.M. PICCINELLI – D. SCOLART, *Il libro e la*

Il primo di questi fenomeni è tradizionalmente rappresentato dalle casse rurali e artigiane (108) prima e le cooperative di credito e le banche popolari poi.

Il fenomeno della cooperazione del credito in Italia nasce alla fine del XIX° secolo, ispirato ad un coerente insieme di principi etici e solidaristici (109) e precipuamente contraddistinto dal localismo. Proprio la conoscenza profonda e reciproca dei membri della comunità, della loro situazione familiare, e l'attenzione a salvaguardare la reputazione personale costituivano l'ambito in cui si individuavano le persone meritevoli di credito e i motivi che inducevano ad un uso attento del denaro ricevuto in prestito.

Ancora, una particolare tipologia di soggetti esercenti l'attività di concessione dei finanziamenti contraddistinti dall'operatività a carattere locale sono le casse peote (110). Disciplinate dall'art. 112, comma 7°, t.u.b., le casse

---

bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro, II, Napoli, 2011, p. 831 ss.; E.M. LOMBARDI, *Il microcredito e il mutuo ipotecario a tasso variabile continuo o adattivo come contratti realmente praticabili?*, in *Giust. civ.*, 2011, II, p. 25 ss.; L. SCIPIONE, *Commento* sub *art. 111 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013, p. 1172 ss.; G.A. VENTO – G.C. VECCHIO, *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, I, p. 118 ss.; G. BUSCEMA, *Accesso al microcredito: requisiti e procedura*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, p. 1005 ss.

(108) Per uno sguardo di insieme del fenomeno v., *ex multis*, P. GERMANI, voce *Casse rurali e agrarie*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 1098 ss.; G. TAMAGNINI, *Le casse rurali (principi-storia-legislazione)*, Roma, 1952, *passim*; G. TRIOLO, *L'evoluzione legislativa delle Casse rurali e artigiane. La riforma del T.U. vigente*, in G. BUCCI – A.CERRAI (a cura di), *La riforma della legislazione sulle cooperative*, Milano, 1979, p. 246 ss.

(109) Ispirati a valori fortemente cattolici: infatti, l'enciclica *Rerum novarum* di PAPA LEONE XIII del 1891 sollecitando i cattolici all'azione sociale e a forme di tipo solidaristico per vincere la solitudine dei più poveri e sottolineando la necessità di contrastare *l'usura vorax*, diviene il manifesto del credito cooperativo.

(110) In argomento cfr. F. TUTINO, *Le casse peote: peculiari organismi creditizi operanti nel Veneto*, in *Il risparmio*, 1975, p. 583; G. CARRARO, *Le casse peote del Veneto e la nuova legge bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 369 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le c.d. "casse peote" alla luce della delibera CICR 9 febbraio 2000*, in *Soc.*, 2000, p. 757 ss.; F. BELLI – E. MONACI – F. MAZZINI – C.G. CORVESE – M.E. SALERNO – A. BROZZETTI (a cura di), *L'impresa bancaria: profili generali*, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, p. 25 s.; A. URBANI, *Commento* sub *art. 155 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione², 2, Padova, 2001, p. 1190 ss.; M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in E. PICOZZA – E.

peote sono soggetti diversi dalle banche che raccolgono, senza fini di lucro e in ambito locale, somme di modesto ammontare ed erogano piccoli prestiti. Diffusesi prevalente in Veneto inizialmente sotto forma di associazioni organizzate secondo consuetudine e senza scopo di lucro, esse rappresentano un modello caratterizzato dal localismo e dalla conoscenza diretta e personale dei soci e delle persone che ad essa ricorrono. Ogni cassa peote deve dotarsi di uno statuto ove deve essere necessariamente indicata l'esclusione di un impiego in forma speculativa delle somme raccolte e promuovere il mutuo soccorso tra gli aderenti delle realtà locali in modo da contrastare il fenomeno dell'usura. Alle banche peote è consentito svolgere esclusivamente l'attività di raccolta ed impiego dei fondi in base ai vincoli imposti dalla deliberazione CICR 9 febbraio 2000 e dal d.m. Tesoro, Bilancio e Programmazione del 28 luglio 2000. Ad esse non si applicano i requisiti minimi di capitale versato di cui all'art. 106, comma 3°, lett. *b*), t.u.b., ma devono essere iscritte in apposita sezione dell'elenco generale di cui al citato articolo.

Da ultimo, stanno assumendo sempre maggiore importanza i confidi, enti privati costituiti per la prestazione di una garanzia collettiva per i finanziamenti concessi ai loro associati (normalmente piccole o medie imprese) dalle banche o da altri intermediari finanziari (111).

GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, VIII, Padova, 2010, p. 354; F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*[3], Milano, 2012, cit., p. 155.

(111) Per una definizione dei confidi e per l'illustrazione del fenomeno v. R. CAFFERATA, *I consorzi di garanzia collettiva dei fidi: diffusione, limiti e potenzialità di una forma di associazionismo tra piccole e medie imprese,* in *Econ. pol. ind.*, 1978, p. 37 ss.; A. BASSI, *I consorzi fidi nella legge di riconversione industriale*, in G. MINERVINI (a cura di), *La crisi dell'impresa industriale*, Napoli, 1980, p. 281 ss.; D. VITTORIA, *I problemi giuridici dei consorzi fidi*, Napoli, 1981; G. TUCCI, *Dalle garanzie codicistiche alle garanzie finanziarie collettive: l'esperienza dei consorzi fidi tra imprese minori*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, p. 1 ss.; M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982; G. CABRAS, *Le garanzie collettive*, cit.; R.RUOZI – L. ANDERLONI – M. PREDA, *Rapporto sui consorzi e sulle cooperative di garanzia collettiva fidi*, Milano, 1986; G.D. MOSCO, *I consorzi fidi e l'intermediazione finanziaria: nuovi interventi legislativi ed esperienze europee*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 540 ss.; ID., *Attuale disciplina e prospettive di evoluzione dei consorzi e delle cooperative di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 842 ss.; ID., *Confidi, p.m.i. e regole comunitarie*

Dalle croniche difficoltà di accesso al credito delle piccole e medie imprese è nata la cooperazione tra imprenditori finalizzata a superare la disparità di trattamento nella richiesta di garanzie bancarie.

La realtà associativa, ispirata ai princìpi della mutualità e dell'imprenditorialità (112) oggi assume un ruolo centrale nell'accesso al credito dell'imprenditoria media.

In realtà i confidi non svolgono un'attività bancaria in senso stretto (anche se, come si vedrà nel prosieguo, oggi tale affermazione è smentita dall'esistenza delle c.d. banche confidi) poiché non si occupano di erogazione del credito e di raccolta del risparmio, ma concentrano il loro operato nella

---

sugli aiuti di Stato, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 591 ss.; B. BIANCHI, *Consorzi e cooperative di garanzia collettiva dei fidi*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro De Vecchis*, I, Roma, 1999, p. 55 ss.; F. MASTROPAOLO, *I consorzi fidi come garanzie collettive*, in AA.VV., *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, LVIII, *In memoria di Lino Salis*, II, Torino, 2000, p. 935 ss.; A. URBANI, *Commento* sub *art. 155*, cit., p. 1184 ss.; M.L. PAVONE, *Nuove esigenze di aggregazione dei consorzi di garanzia collettiva fidi*, in M. PASSALACQUA, *Interessi pubblici e integrazione di imprese*, Pisa, 2004, p. 142 ss.; G. PETRELLI, *I confidi costituiti in forma di società cooperativa*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2006, p. 1663 ss.; G. BOCCUZZI, *I Confidi nel sistema finanziario italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capiriglione*, I, 2010, p. 301 ss., e in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, p. 255 ss.; M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari*, cit., p. 340 ss.; F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*[3], Milano, 2012, p. 191 s.; L. SCIPIONE, *Commento sub art. 112 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, cit., p. 1186 ss.; E. OLIVIERI, *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1368 ss.; A. CONSO – D. VARANI, *La nuova disciplina degli Intermediari finanziari e i Confidi*, in *dirittobancario.it*, 2015; S. DELL'ATTI – S. SYLOS LABINI, *Gli effetti della trasformazione dei Confidi in intermediari vigilati: prime evidenze empiriche*, *ibidem*, 2015; A. PROPERSI – G. ROSSI, *I consorzi*, Milano, 2016, p. 393 ss.

(112) Così R. COSTI, *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi*, cit., p. 43, che non dubita che l'esercizio dei consorzi fidi e delle cooperative di garanzia sia attività di impresa, volta alla produzione di servizi (*scilicet* le garanzie prestate agli istituti di credito) e, in particolare, di impresa commerciale. Nello stesso senso F. TESAURO, *Sul trattamento fiscale dei redditi dei consorzi-fidi*, ivi, p. 97 ss.; Comm. Trib. centr., 8 luglio 1979, n. 8890, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 168, con nota critica di G. CABRAS, *I consorzi fidi tra enti commerciali e non commerciali nella problematica fiscale*. *Contra*, oltre all'Autore da ultimo citato, v. Comm. trib. Trieste, 15 dicembre 1976, in *Dir. prat. trib.*, 1977, II, p. 173; Comm. trib. Como, 28 aprile 1976, *ibidem*, p. 177, con nota di M. GIUSTI, *Inassoggettabilità all'ilor dei Consorzi di garanzia fidi*.

prestazione di garanzie necessarie alle imprese per poter ottenere finanziamenti.

Essi possono essere consorzi con attività esterna, società cooperative, società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, che svolgono attività di garanzia collettiva dei fidi. Mirano all'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorire il finanziamento, specie a breve e medio termine da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (cfr. art. 13, comma 1, legge 24 novembre 2003, n. 326, c.d. legge confidi).

Senza entrare nel dettaglio della disciplina, oggi, a seguito di numerosi interventi legislativi si assiste ad una tripartizione delle tipologie di confidi. Il nuovo scenario normativo (a seguito del d.lgs. 14 agosto 2010, n. 141) presenta una netta differenziazione tra confidi maggiori (iscritti nell'elenco generale *ex* art. 106 t.u.b.) e confidi minori (che trovano la loro disciplina negli artt. 112 e 112-*bis* t.u.b.).

Nell'attuale contesto i confidi maggiori sono caratterizzati da un'attività complessa e possono svolgere l'attività di intermediari finanziari oltre a quella della garanzia collettiva dei fidi.

I confidi minori, invece, con un più modesto volume di attività finanziaria, ricomprendono anche i confidi di secondo grado. A differenza della previgente disciplina, ove l'iscrizione all'apposita sezione dell'elenco *ex* art. 106 t.u.b. aveva il solo scopo ricognitivo, oggi anche i confidi con una più limitata operatività sono soggetti alla vigilanza dell'Organismo che gestisce l'elenco di cui all'art. 112 previsto dall'art. 112-*bis* t.u.b. (113) e dotato di appositi poteri di

(113) Con d.m. Economia e Finanze 23 dicembre 2015, n. 228 è stato emanato il regolamento sulla disciplina della struttura, dei poteri e delle modalità di funzionamento dell'Organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi minori di cui all'art. 112-*bis* t.u.b., nonché l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità dei componenti degli organi di gestione e controllo

verifica e intervento.

Da quelle appena elencate si distinguono le banche confidi, ossia banche di credito cooperativo che costituiscono la terza tipologia di confidi disciplinata nella legge quadro e dal t.u.b. per la parte relativa alla materia di banche di credito cooperativo laddove applicabili. Ai sensi del comma 29° della legge confidi, «*L'esercizio dell'attività bancaria in forma di società cooperativa a responsabilità limitata è consentito, ai sensi dell'articolo 28 del testo unico bancario, anche alle banche che, in base al proprio statuto, esercitano prevalentemente l'attività di garanzia collettiva dei fidi a favore dei soci*».

A fronte di esperienze già note in altri ordinamenti europei (quali, ad esempio, quello tedesco con le *Bürgschaftsbanken* e quello francese con le *Sociétés de cautionnement mutuel*) (114), il legislatore del 2003 ha introdotto una nuova tipologia di confidi, che esercita l'attività bancaria (115).

Tale figura, la cui denominazione deve contenere, anche congiuntamente, le espressioni «*confidi*» o «*garanzia collettiva dei fidi*», in aggiunta all'indicazione «*società cooperativa*» (*ex* art. 2515 c.c.), nonché l'espressione «*credito cooperativo*» come previsto dall'art. 33, comma 2°, t.u.b., si applicano, nei limiti della loro compatibilità, numerose norme del t.u.b., in particolare quelle di cui agli artt. da 5 a 11, da 19 a 28 e da 33 a 37.

In assenza di uno specifico richiamo, è dubbia la compatibilità coi confidi della disposizione di cui all'art. 150-*bis* t.u.b., il quale individua quali norme di diritto comune in materia di società cooperative non si applicano alle banche cooperative (nulla prevedendo, al riguardo, per le banche confidi) (116).

---

dell'Organismo.

(114) Su cui cfr. G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 556 ss.

(115) In argomento v. G. TUCCI, *La riforma dei consorzi fidi*, cit., p. 387 s.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 445 s.; G. BOCCUZZI, *I confidi*, cit., p. 312 ss.; M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari*, cit., p. 347 s.; F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale*, cit., p. 191 s.

(116) Sul punto cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 446, il quale, in assenza di una specifica previsione, rileva l'incertezza sul fatto che le banche confidi debbano necessariamente

Anche per le banche confidi il carattere locale è elemento caratterizzante (117), tanto che il Provv. Banca d'Italia 28 febbraio 2008 recante «*Disposizioni di vigilanza Banche di garanzia collettiva dei fidi*», oltre a prevedere che esse adottino nella propria denominazione riferimenti utili a identificare la banca nelle specifiche aree di mercato in cui la stessa opera, dispone che nello statuto sociale della banca debba essere indicata la zona di competenza territoriale (118) entro cui sono acquisiti i soci, vengono assunti i rischi nei confronti della clientela e vengono aperte o trasferite le succursali. Al di fuori di tale zona le banche confidi non possono inoltre istallare sportelli automatici ATM (*Automated teller machine*), mentre non è previsto alcun limite territoriale per i POS (*Points of sale*).

Sono puntualmente descritte le condizioni alle quali la banca confidi possa aprire sedi al di fuori della zona di competenza territoriale (119), specie a seguito di operazioni di concentrazione (120).

Lo stretto legame tra banche confidi e il territorio di appartenenza si ravvisa

---

assumere la forma societaria della cooperativa a mutualità prevalente, se possano emettere strumenti finanziari o, ancora, sull'applicabilità delle norme che regolano la fusione e la trasformazione delle banche di credito cooperativo.

(117) In passato, in auspicio alla regionalizzazione degli enti costituiti a scopi di garanzia collettiva, v. R. COSTI, *Le istituzioni* ecc., cit., p. 181.

(118) La zona di competenza territoriale ricomprende la provincia in cui la banca ha la sede legale e le province ad essa limitrofe.

(119) Possono essere previste sedi distaccate, caratterizzate dal fatto che sono insediate in province non ricomprese nella zona di competenza territoriale. Tali province devono essere nominativamente indicate nello statuto. In tal caso la competenza territoriale della banca si estende alla provincia in cui è insediata la sede distaccata (cfr. Provv. del Governatore della Banca d'Italia del 23 marzo 2007 n. 311041). Per l'apertura di sedi distaccate è necessario che la banca abbia posto in essere nella nuova provincia una rete di rapporti con clientela ivi residente o operante e abbia raccolto almeno 200 adesioni da parte di nuovi soci. Inoltre, deve essere in linea con la disciplina in materia di requisiti patrimoniali, deve avere una situazione organizzativa ed un sistema dei controlli interni adeguati, in relazione ai rischi connessi alle differenti caratteristiche della nuova piazza di insediamento.

(120) La Banca d'Italia può autorizzare una banca di garanzia collettiva a estendere la propria zona di competenza territoriale alle province rientranti nella zona di competenza territoriale delle banche di garanzia collettiva partecipanti alle operazioni di concentrazione.

altresì con riguardo ai soci, analogamente alla disciplina dettata per le banche di credito cooperativo dall'art. 34, comma 2°, t.u.b.

Infatti, possono diventare soci e clienti di banche di garanzia collettiva i soggetti residenti, aventi sede o operanti con carattere di continuità (*scilicet* quando la zona di competenza territoriale costituisce un centro di interessi per l'aspirante socio, in quanto ivi svolge un'attività lavorativa oppure vi ha una qualsiasi forma di legame, quale ad esempio la titolarità di diritti reali su beni immobili siti nella zona di competenza territoriale della banca) nella zona di competenza territoriale delle banche medesime. Per le persone giuridiche si tiene conto dell'ubicazione della sede legale, della direzione, degli stabilimenti o di altre unità operative. Nel rispetto di tali requisiti, le banche di garanzia collettiva possono acquisire soci residenti o aventi sede in Paesi esteri, comunitari e extracomunitari, rientranti nella propria zona di competenza territoriale.

Lo statuto della banca di garanzia collettiva deve prevedere che le esposizioni non destinate ai soci siano assunte nei confronti di soggetti che siano comunque residenti o operanti nella zona di competenza territoriale. Facoltativamente si può anche prevedere che una quota non superiore al 5 per cento del totale sia assunta al di fuori di tale zona.

La recente riforma delle banche di credito cooperativo, intervenuta con il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito in legge 8 aprile 2016, n. 49, offre interessanti spunti di analisi circa il carattere locale che ha storicamente contraddistinto il fenomeno del credito cooperativo.

La più interessante novità è quella contenuta nel nuovo comma 1°-*bis* dell'art. 33 t.u.b., a mente del quale «*L'adesione a un gruppo bancario cooperativo è condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo*». Tale indirizzo normativo trova a suo fondamento la *ratio* che sta alla base di tale riforma, finalizzata al rafforzamento

della stabilità del sistema nel suo complesso e del patrimonio delle banche di credito cooperativo, tra le quali debbono ricomprendersi le banche confidi.

In sede di conversione del d.l. non è stata adeguatamente presa in considerazione l'ipotesi del gruppo cooperativo regionale, auspicata da una dottrina che ravvisava in tale figura un ruolo specificamente idoneo a salvaguardare le peculiarità che contraddistinguono le banche di credito cooperativo (e, a maggior ragione, le banche confidi), evitandone lo snaturamento causato dalla possibile loro traslazione in un contesto sovradimensionato (121).

Le banche di credito cooperativo, infatti, sono considerate dalla dottrina l'unico esempio di enti specializzati (122), la cui funzione sociale è il sostegno e la promozione dell'economia locale (123). Esse svolgono una funzione che sposta la gestione di servizio dalla riferibilità a taluni dati dell'essenza cooperativa al legame col territorio.

L'eventualità di un gruppo territoriale è stata introdotta solamente nell'ipotesi di costituzione di un sottogruppo che aderisca poi al gruppo bancario cooperativo [art. 37-*bis*, comma 1°, lett. *c*-bis), t.u.b.]. Anche in tal caso, però, la capogruppo deve essere una banca costituita in forma di società per azioni. Non sembrerebbe, dunque, che tale subgruppo territoriale possa risolvere compiutamente le criticità evidenziate dalla richiamata dottrina (124).

---

(121) Cfr. M. PELLEGRINI, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 4, p. 70, 79; M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 56 ss.

(122) V. TROIANO, *Tipologie soggettive bancarie e organizzazione di gruppo*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, I, Padova, 2010, p. 560; *contra* cfr. V. SANTORO, *Commento* sub *art. 35 t.u.b.*, in *Commentario* Porzio – Belli – Losappio – Rispoli Farina – Santoro, Milano, 2010, p. 345.

(123) A tal proposito cfr. G. PRESTI, *Dalle casse rurali e artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 191.

(124) L'adesione delle banche di credito cooperativo al gruppo è di tipo convenzionale (con il c.d. contratto di coesione, in base al quale le banche facenti parte del gruppo si assoggettano ai poteri di direzione e coordinamento di una capogruppo) ed è obbligatoria, tanto da non

Nello scenario a caratterizzazione territoriale delle nuove forme di finanziamento, anche non bancario, assumono inoltre peculiare rilevanza anche i cc.dd. circuiti di credito commerciale, nati in Sardegna col circuito *Sardex* e diffusosi in seguito in altre dieci regioni italiane (125).

Pur non essendosi ancora addivenuti a una loro regolamentazione giuridica, la loro crescente diffusione pone la riserva di attività economiche alla prova dell'innovazione tecnologica e della *sharing economy*.

Trattasi di circuiti economici integrati progettati per facilitare le relazioni tra soggetti economici operanti in un dato territorio e per fornire loro strumenti di pagamento e di credito paralleli e complementari. La loro finalità consta nel facilitare la collaborazione fra tutti gli attori economici del territorio, favorire

---

potersi dare corso al procedimento per l'iscrizione nell'albo delle società cooperative *ex* art. 2512, comma 2°, c.c. in assenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo, per la quale costituisce condizione necessaria l'adesione ad una *holding* (art. 33, comma 1°-*ter*, t.u.b.). In argomento cfr. M. PELLEGRINI, *La funzione delle BCC*, cit., p. 74; F. CAPRIGLIONE, *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 4, p. 18 s.; M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, ivi, p. 89 ss. Il modello da cui trae ispirazione siffatto contratto mediante il quale una società si assoggetta ad un'altra è la fattispecie di origine tedesca del contratto di dominio (*Beherrschungsvertrag*), disciplinato dal § 308 dell'*Aktiengesetz*, che ammette la vincolatività dell'attività di direzione a prescindere dalla congruità rispetto agli interessi della controllata. In argomento cfr. C. PASQUARIELLO, *Il recesso nei gruppi di società*, Padova, 2008, p. 61 ss; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*[2], IV, Padova, 2010, p. 332 ss.; D.U. SANTOSUSSO, *Gruppi di società*, in N. ABRIANI (a cura di), *Diritto commerciale*, Milano, 2011, p. 460, il quale rileva che una tale fattispecie appare legittima nel nostro ordinamento (seppure nei limiti di meritevolezza dell'attività di direzione e controllo) all'esito dell'introduzione dell'art. 2497-*septies* c.c., a mente del quale le disposizioni in materia di direzione e coordinamento di società si applicano anche alla società o all'ente che esercità tale attività sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti; L. DI BRINA, *I contratti tra società collegate nella legge tedesca sulle società per azioni (*Aktiengesetz vom 6 September 1965*)*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 201. V. anche Cass., 27 settembre 2001, in *Soc.*, 2002, p. 316, con nota di M.C. CARDARELLI, *Controllo dominante ed abuso della posizione dominante*.

(125) In Piemonte col circuito *Piemex*; in Lombardia con il circuito *Linx*; nelle Marche col circuito *Marchex*; nel Lazio con *Tibex*; in Abruzzo con *Abrex*; in Molise e nel Sannio (province di Benevento e Avellino) con *Samex*; in Emilia-Romagna col circuito *Liberex*; in Campania con *Felix*; in Umbria con *Umbrex* e in Veneto con *Venetex*.

la nascita di nuove relazioni e valorizzarne l'impatto economico e sociale, ancorare la ricchezza al territorio riattivando i consumi e le produzioni locali e offrire un supporto ed un sostegno reale agli operatori economici del territorio.

Il modello da cui siffatta esperienza trae ispirazione è quello del *Wir* svizzero, nato durante la crisi economica del 1929 allorquando molte imprese, restie a investire i loro capitali, levarono liquidità ai mercati. Per contrastare l'accumulo di capitali, fu creato un sistema valutario complementare, il *Wir*, il cui valore è agganciato a quello del Franco Svizzero (1 *Wir* = 1 Franco svizzero) privo di interessi.

Così come il *Wir*, il *Sardex* è equivalente all'euro come misura del valore (1 *Sardex* = 1 euro).

Il credito commerciale *Sardex* svolge una funzione anticiclica, andando a compensare la carenza di liquidità, contrastando il *credit crunch* e svolgendo alcune funzioni che l'euro non riesce a svolgere compiutamente. Nei momenti di congiuntura negativa, il circuito permette di supportare gli scambi interni, sostenendo la domanda e gli investimenti locali e fornendo alle imprese uno strumento finanziario e un canale commerciale aggiuntivo che va ad affiancarsi a quelli tradizionali.

Il *Sardex*, pur essendo una moneta virtuale, differisce dal *Bitcoin* (126) – la più nota e diffusa delle cc.dd. criptovalute – in quanto quest'ultima ha un tasso di cambio indicizzato ed è totalmente svincolato da un contesto territoriale di riferimento.

Un circuito di credito commerciale è un sistema economico integrato progettato per facilitare le relazioni tra soggetti economici operanti in un dato

(126) Su cui cfr. G. LEMME – S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 43, 2016; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del "Bitcoin": miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 415 ss.; N. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica del "Bitcoin"*, *ibidem*, p. 443 ss.

territorio. Attraverso l'implementazione di un sistema di conti *on-line* e l'utilizzo di una moneta digitale locale, il circuito offre la possibilità alle imprese e ai professionisti di finanziarsi reciprocamente senza interessi e di trasformare la propria capacità produttiva inespressa in liquidità supplementare. Così, oltre a riconnettere le imprese del territorio, si forniscono alle piccole e medie imprese e ai professionisti strumenti di pagamento e di credito paralleli e complementari a quelli tradizionali.

L'implementazione su un territorio di un circuito di credito commerciale avviene in tre fasi. Nella fase iniziale il circuito si rivolge al mondo dell'impresa (*business-to-business* o B2B), offrendo a professionisti e piccole e medie imprese un efficace strumento di supporto al capitale circolante. Esso non è solo un canale supplementare di finanziamento (senza interessi), ma anche un mercato supplementare capace di attrarre nuovo fatturato e nuovi clienti e di garantire una migliore valorizzazione ed efficientamento della capacità produttiva degli aderenti.

Nella seconda fase, parte il programma B2E (*business-to-employee*), unitamente all'apertura del circuito ai soggetti operanti nel c.d. terzo settore. Attraverso l'ingresso di queste nuove categorie di soggetti, il circuito si rafforza non solo in termini di possibilità e opportunità, ma anche di radicamento e sostegno al territorio, mostrando una grande capacità di rafforzare e creare legami fiduciari duraturi.

Infatti, con la terza fase, che prevede l'inclusione dei consumatori (*business-to-consumer* o B2C), il circuito è in grado di ancorare maggiore ricchezza al territorio e di generare un aumento esponenziale del numero di operazioni effettuate rendendo il rapporto degli aderenti con la moneta virtuale quotidiano e onnicomprensivo, portandolo ad abbracciare qualsiasi ambito della vita di tutti i giorni.

Uno degli strumenti per eccellenza della globalizzazione, internet, incontra così il locale per sfruttare le sue recondite potenzialità e consentire un vantaggio a favore della rete degli aderenti sia in termini di sviluppo che in termini di superamento della necessità di accedere ai convenzionali canali di credito.

Non è questa la sede ove svolgere approfondimenti circa la natura giuridica di tali circuiti di credito commerciale. Si può però sin d'ora affermare che, nonostante il nome, essi non hanno natura creditizia, in quanto allo schema è estraneo quello archetipico del mutuo, ove un soggetto consegna ad un altro una somma di denaro o un'altra *res* con l'obbligo di restituire il *tantundem*. Tantomeno, l'attività può essere ascritta a quelle forme di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma di cui all'art. 2 d.m. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53 (127), non essendovi da parte del circuito un attività di erogazione del credito.

Concludendo, emerge come il diritto dell'economia globalizzata al tempo della grande crisi economica sia sempre maggiormente caratterizzato da una tendenza alla commistione tra locale e globale.

Parlare di glocalizzazione nell'era della globalizzazione appare un discorso, in principio, antitetico. Eppure, tra le varie tensioni che i due fenomeni producono e di cui si è tentato di dare atto in queste pagine, deve rimarcarsi il

---

(127) Ai sensi dell'art. 2 d.m. Economia e Finanze 53/2015 per attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma si intende a concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma. Tale attività comprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di:

a) locazione finanziaria;

b) acquisto di crediti a titolo oneroso;

c) credito ai consumatori, così come definito dall'art. 121 t.u.b.;

d) credito ipotecario;

e) prestito su pegno;

f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma.

fatto che questa manifestazione di glocalismo è caratterizzata dalla compromissione, dalla contaminazione e dall'inclusione. Locale e globale non sono realtà separate, bensì inclusive, che, come si è visto, riescono a tenere assieme aspetti e criteri tipologicamente diversi e contrari (128).

(128) Cfr. M.R. FERRARESE, *La "glocalizzazione" del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, cit., p. 20.

CAPITOLO II

I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO ALL'ACQUISTO IMMOBILIARE NEL DIRITTO INTERNO: IL CREDITO FONDIARIO

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi e normativa di riferimento – 2. Il credito fondiario e l'art. 38 t.u.b. – 2.1. Nozione di credito fondiario – 2.2. Il limite di finanziabilità – 2.3. Credito fondiario e anatocismo – 3. Credito fondiario e mutuo di scopo: la legislazione delle Regioni a Statuto speciale (con particolare riferimento alla L.R. Sardegna 30 dicembre 1985, n. 32) – 4. L'ipoteca fondiaria – 4.1. Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dell'ente creditizio – 4.2. Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dei debitori – 4.3. La portabilità del contratto di finanziamento fondiario – 4.4. Rinegoziazione e surrogazione dei finanziamenti agevolati nella legislazione regionale sarda – 4.5. La cancellazione semplificata delle ipoteche – 5. L'apparto delle garanzie nei contratti di finanziamento all'acquisto immobiliare. Le assicurazioni a garanzia del credito (PPI) – 5.1. Le garanzie reali – 5.1.1. (*segue*) Altre figure similari al deposito in garanzia – 5.1.2. (*segue*) Le forme di pegno senza spossessamento o con spossessamento attenuato – 5.1.3. (*segue*) Seconda ipoteca e alienazioni in forma di garanzia – 5.1.4. (*segue*) Traferimenti in garanzia e rapporti con il divieto di patto commissorio – 5.2. Le garanzie personali – 5.3. Le garanzie dei confidi – 5.4. Le polizze assicurative abbinate ai finanziamenti: le cc.dd. *payment protection insurances* (PPI) – 6. L'estinzione anticipata del rapporto contrattuale di finanziamento – 7. Il procedimento di espropriazione – 8. Prospettive di evoluzione della disciplina alla luce della direttiva 2014/17/UE – 8.1. Gli obblighi di informazione e di consulenza precontrattuale nel credito immobiliare ai consumatori – 8.2. La violazione degli oneri informativi precontrattuali: una critica alla pretesa di una loro «contrattualizzazione» – 8.3. L'istruttoria reddituale e tecnico-legale nel credito immobiliare ai consumatori – 8.4. I finanziamenti in valuta estera – 8.5. L'autotutela esecutiva in caso di inadempimento del consumatore.

1. ***Profili introduttivi e normativa di riferimento*** **–** Il credito fondiario gode

storicamente di una peculiare disciplina per via della sua natura pubblicistica, concretantesi non solo nella funzione economica che le banche esplicano nella raccolta e nel reimpiego del risparmio, ma soprattutto nella funzione sociale che il sistema assolve, con un meccanismo che toglie al mutuante e al mutuatario ogni libertà di azione, imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia (129).

L'origine dell'istituto risale all'età moderna. L'archetipo dell'istituto lo si rinviene nel fenomeno di natura mutualistica e cooperativistica delle associazioni di proprietari, la prima delle quali fu costituita dal commerciante berlinese Wolfgang Büring il 12 giugno 1769, perseguendo l'intento di risollevare le sorti della proprietà terriera della Slesia a seguito della guerra dei sette anni. Il funzionamento venne disciplinato con regolamento emanato il 15 luglio 1770, che prevedeva l'emissione di obbligazioni al portatore, rimborsabili entro sei mesi a semplice richiesta del detentore per tutto l'importo del capitale ipotecario garantito sui beni dell'associazione (130).

Dopo un iniziale insuccesso, il credito fondiario si diffuse in larga parte d'Europa, in particolar modo con le banche fondiarie sorte in Scozia e in Francia nel XVIII secolo (131). Dopo travagliati tentativi di costituire istituti di credito fondiario nel Regno di Sardegna (132), nel nostro ordinamento

---

(129) Cfr. Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 243 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento fondiario*.

(130) Cfr. V. FALASCHI, voce *Credito fondiario*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 1128.

(131) F. SPINEDI, voce *Credito fondiario*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938, p. 423.

(132) Di cui dà conto, in una pregevole ricostruzione storica, F. SANNA, *Credito fondiario e credito mobiliare al tempo di Cavour*, in *Studi storici*, 2015, p. 433 ss., il quale identifica le cause del fallimento dei tentativi di introduzione del credito fondiario nelle troppo modeste risorse del Regno di Sardegna, che «*impedirono il decollo di istituzioni creditizie che necessitavano per la loro natura di un contesto più ampio e meglio disciplinato*». M. DELLA SETA, *Gli Istituti di Credito*, Milano, 1925, p. 107, riteneva che in Italia il credito fondiario nasce colla costituzione del Monte dei Paschi di Siena, in quanto i beni presi in considerazione nell'attività svolta dall'istituto erano beni immobili e le somme mutuate venivano reperite mediante l'emissione di speciali obbligazioni denominate luoghi di monte. Smentiscono la teoria, provvedendo ad una precisa

giuridico l'origine della fattispecie deve rinvenirsi nella legge 24 giugno 1866, n. 2983 e nel relativo regolamento di attuazione adottato con r.d. 25 agosto 1866, n. 3177.

L'art. 2, comma 2°, n. 5°, c. comm. 1865 ricomprendeva le operazioni di banca tra gli atti del commercio. La l. 2983/1866 rappresentava il primo esempio di legislazione speciale in materia di intermediazione finanziaria e di credito speciale (133). L'emanazione della disciplina rispose alle esigenze di mobilizzare la proprietà immobiliare, allo scopo di far confluire nuovi capitali per i quali non erano sufficienti le norme di diritto comune e il credito ipotecario, nonché di un credito di lunga durata ad un prezzo compatibile con la rendita della proprietà immobiliare (134).

Rispetto al contratto di mutuo ipotecario ordinario si registravano alcune differenze sostanziali, innanzitutto nella struttura contrattuale. Difatti, il contratto di credito fondiario si articolava in due atti distinti, un contratto di mutuo condizionato ed un successivo contratto di mutuo definitivo (*rectius* atto di erogazione delle somme dopo l'avvenuta iscrizione dell'ipoteca).

Più specificamente, l'art. 16 prevedeva la stipula di un contratto condizionato, che avrebbe avuto effetto dopo che fosse risultata l'acquisizione di idonea garanzia ipotecaria di primo grado. A questo avrebbe fatto seguito la conclusione di un contratto definitivo, con contestuale consegna delle cartelle corrispondenti all'entità del prestito.

---

ricostruzione delle ragioni muovendo dalla struttura dell'operazione, G. DELL'AMORE, *Il credito fondiario in Italia*, Milano, 1938, 53 s.; G. MOGLIE, *Manuale del credito fondiario*[2], Milano, 1966, p. 7 s., nt. 5.; ID., *Credito fondiario e edilizio*[2], Milano, 1989, p. 8, nt. 8, il quale riprende le argomentazioni di V. FALASCHI, voce *Credito fondiario*, cit., p. 1127.

(133) Così S. BOATTO, *Commento* sub *art. 38 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, I, Torino, 2013, p. 343, nt. 2; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 456.

(134) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*[6], Milano, 2006, p. 14. V. anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 456

Era poi previsto un criterio di proporzione rispetto al valore dell'immobile su cui era iscritta l'ipoteca (il 50 per cento) e l'erogazione si riferiva a titoli, denominati cartelle fondiarie, che venivano riacquistati da istituti diversi da quello mutuatario, tenute ad acquistare le cartelle in virtù di accordi di reciprocità con gli altri istituti, essendo i titoli previsti nella riserva obbligatoria.

Il mutuante riceveva perciò non una somma di denaro, ma titoli (135). Inoltre, il *quantum* riscosso era inferiore rispetto al loro valore nominale dei titoli, per l'operatività del c.d. scarto cartelle ossia della differenza tra il valore nominale e il valore reale al momento della vendita (136). È stato specificato a tal proposito che l'operazione di mutuo fondiario si perfezionava e chiudeva al momento della firma del contratto definitivo, con la dazione delle cartelle rappresentanti la valuta del mutuo e accettate dal mutuatario come denaro contante (137).

La specialità della disciplina non era però limitata alla sola operazione contrattuale, bensì anche ai soggetti deputati a svolgere quell'attività e, più in generale, all'intera struttura del mercato.

La disciplina comune, infatti, non prevedeva alcunché in ordine alle imprese bancarie. Il codice del commercio del 1882, difatti, oltre a confermare quanto previsto nel codice del 1865 sulla qualificazione delle operazioni di banca quali atti di commercio (art. 3, n. 11°), statuiva unicamente che «*Le società che hanno per principale oggetto l'esercizio del credito devono depositare presso il tribunale di*

(135) Le cartelle fondiarie erano dei titoli di credito che recavano la diretta obbligazione dell'istituto emittente di pagare alla scadenza la somma in essi indicata e, alle relative scadenze, gli interessi relativi. Erano titoli letterali ed autonomi, non ostando a ciò il fatto che fosse richiamato l'atto notarile di mutuo in virtù del quale la cartella veniva emessa. In materia cfr. C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 89 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 101 ss.; G. DELL'AMORE, *Il credito fondiario*, cit., p. 150 ss.; M. TONDO, *I crediti speciali*, Roma, 1959, p. 49.

(136) V., ancora, C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit. p. 15.

(137) C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 51 s.

commercio, nei primi otto giorni d'ogni mese, la loro situazione riferibile al mese precedente, esposta secondo il modello stabilito con regio decreto e certificata conforme alla verità con dichiarazione sottoscritta almeno da un amministratore e da un sindaco» (art. 177).

Così, venne stabilito che le operazioni di credito fondiario potevano essere compiute prevalentemente da enti pubblici non aventi scopo di lucro all'uopo autorizzati, con precisi limiti territoriali e gestionali alla loro operatività. Inoltre, al fine di garantire la solvibilità e la liquidità, la loro attività venne sottoposta a vigilanza governativa.

La *ratio* dell'intervento normativo doveva ravvisarsi perciò nell'esigenza di conciliare le esigenze del mercato, senza che lo Stato intervenisse in via diretta con una funzione intermediatrice o pagando parte degli interessi (138).

Il modello adottato era quello di ispirazione tedesca di enti a carattere regionale. Ben presto si tentò, però, di trasformare le basi istituzionali del credito fondiario mediante la costituzione, avvenuta in Roma il 7 febbraio 1891, dell'Istituto Italiano di Credito Fondiario, sulla scorta del modello francese del *crèdit foncier*. In concreto, però, questo ente si affiancò agli istituti regionali preesistenti e ad altri che successivamente vennero autorizzati, i quali mantennero la propria autonomia fermo il limite della competenza territoriale.

Questo modello trovò una più compiuta disciplina con il r.d. 16 luglio 1905, n. 646 (c.d. testo unico sul credito fondiario) e col relativo regolamento di attuazione (r.d. 5 maggio 1910, n. 472), rimasti in vigore per oltre novant'anni, fino all'entrata in vigore del t.u.b.

Il credito fondiario assunse le vesti di «*un istituto creditizio* (…) *che attinge al risparmio capitale in denaro mercé l'emissione di titoli di credito obbligazionari (cartelle fondiarie) per corrisponderlo a mutuo su garanzia immobiliare. Funzione quindi di intermediazione intesa a facilitare mutui a lungo termine ammortizzabili con*

(138) Cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 456 s.

il sistema delle annualità (art. 1883 c.c.)» (139). Le operazioni di credito fondiario si concretavano in inscindibili operazioni attive e passive. Le operazioni attive (artt. 12 ss. t.u. 1905), accomunate dal fatto di essere prestiti di danaro a proprietari di fondi o beni immobili rustici o urbani, con restituzione graduale a mezzo di ammortizzazione e con garanzia ipotecaria di primo grado sopra immobili e fino a metà del valore di questi (140), senza che il mutuatario fosse vincolato al perseguimento di un determinato scopo nel reimpiego del denaro concesso (141), erano distinguibili in tre tipologie: prestiti per prima ipoteca sopra immobili, acquisto per via di cessione o di surrogazione di crediti ipotecari e privilegiati, apertura di credito in conto corrente (142).

Le operazioni attive, come anticipato, erano legate da un nesso di causalità economico-giuridica non facilmente scindibile con le operazioni passive (143), consistenti nell'emissione delle cartelle fondiarie o nell'accredito di denaro (art. 14, comma 2°, t.u. 1905: «*I prestiti si fanno in cartelle fondiarie, le anticipazioni a conto corrente si fanno in denaro*»), che erano garantite dalle operazioni attive e dalle garanzie a loro corredo. Nelle operazioni di mutuo il tasso di interesse doveva pertanto essere tassativamente ancorato a quello delle cartelle emesse per effettuarle. Coi mutui in valuta legale (144), invece, l'istituto corrispondeva al mutuatario l'intera somma mutuata in contanti, anticipando con i suoi fondi l'eventuale scarto cartelle. Tale somma sarebbe poi stata rimborsata dal

(139) Così C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 3; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 4.

(140) Ancora C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 15; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 31.

(141) M. TONDO, *I crediti speciali*, cit., p. 31; P. GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1930, p. 401; A. GIANNINI, *Credito fondiario, credito agrario e credito agrario di miglioramento*, *in Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 503 ss.

(142) Cfr. M. TONDO, *I crediti speciali*, cit., p. 28 s.

(143) Cfr. C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 22 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 39 ss.; P. GRECO, *Le operazioni di banca*, cit., p. 430 ss.; F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1954, p. 430 ss.; E. COLAGROSSO – G. MOLLE, *Diritto bancario*^{2}, Roma, 1960, p. 545 ss.

(144) C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 57 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 123 ss. Il mutuo in valuta legale si distingueva dal mutuo tutto in contanti senza emissione alcuna di cartelle fondiarie.

mutuatario con gli interessi e gli accessori di legge, gradualmente al pari della stessa durata di ammortamento del mutuo. Tale anticipazione, essendo slegata all'emissione delle cartelle, non era pertanto ad essa collegata per la determinazione del tasso di interesse ed era oggetto di libera contrattazione tra le parti. La banca, così, si occupava del collocamento delle stesse cartelle, in cambio di una provvigione a carico del mutuatario. Costui, ricevendo denaro, ai sensi dell'art. 1813 c.c. non poteva che restituire la somma sotto la medesima specie, perdendo la facoltà della restituzione in cartelle.

Il regolamento di attuazione, all'art. 6, prevedeva che «*gli Istituti e le Società di credito fondiario non possono prestare che sopra immobili, i quali siano capaci di dare un reddito riconosciuto dall'Istituto o Società mutuante, certo o durevole per tutto il tempo del mutuo e superiore all'annualità dovuta dal mutuatario*». Ciò escludeva che il credito fondiario potesse essere utilizzato quale strumento di finanziamento per l'attività edilizia, in una fase storica nella quale gli agglomerati urbani iniziavano a svilupparsi. Come risposta a tale diversa domanda di finanziamento nacque il credito edilizio.

La nascita dell'istituto, almeno in una sua forma embrionale (145), viene ravvisata nella l. 31 maggio 1903, n. 254, la quale ampliava la capacità operativa di alcuni enti creditizi, assicurativi e di beneficienza, consentendo a questi di erogare prestiti a società cooperative.

Dopo l'altrettanto insufficiente r.d. 27 febbraio 1908, n. 89 (c.d. testo unico sulle case popolari ed economiche), l'autorizzazione alla creazione di una sezione autonoma per il credito edilizio presso l'Istituto nazionale di credito per la cooperazione (diventato poi Banca Nazionale del Lavoro) (146) anticipò

(145) Che non individuavano, però, un'autonoma organizzazione del credito edilizio e una disciplina generale per la sua erogazione: sul punto v. N. GARRONE, *Istituti speciali di credito*, Milano, 1942, p. 448 ss.

(146) Con d.l. 23 marzo 1919, n. 455.

l'emanazione di una compiuta disciplina di tale tipologia di credito, adottata con il r.d.l. 2 maggio 1920, n. 628 (convertito in l. 17 aprile 1925, n. 473).

Prevedendo un sistema analogo a quello fondiario, il citato testo normativo prevedette la costituzione dell'Istituto Nazionale di Credito Edilizio (costituito il 9 gennaio 1925 e autorizzato all'esercizio del credito edilizio con il r.d. 23 ottobre 1925, n. 2063) e determinò le modalità delle operazioni di raccolta e di impiego.

Ispirato al credito fondiario, tanto da basare la raccolta della provvista attraverso l'emissione di cartelle edilizie, il credito edilizio può essere impiegato solo per la costruzione ovvero – in caso di immobili versanti in condizioni inadatte o antigeniche - la trasformazione o l'ampliamento di case di abitazione non di lusso, non richiedendo che l'immobile ipotecando abbia la capacità di garantire un reddito certo o durevole per la durata del mutuo.

Le diverse *rationes* alla base dell'istituto giustificano inoltre il divieto per gli enti autorizzati a erogare il credito edilizio di compiere operazioni di credito fondiario (cfr. art. 2 r.d.l. 628/1920).

La reciproca autonomia degli istituti si incrinò nel secondo dopoguerra, allorché le esigenze di ricostruzione post-bellica indusse il legislatore a stabilire, prima con gli artt. 25 e 26 d.l.c.p.s. 10 aprile 1947, n. 261 e con l'art. 3 l. 29 luglio 1949, n. 474, poi, che gli istituti di credito fondiario, in deroga ai loro statuti e alle disposizioni di legge, fossero autorizzati a concedere anche mutui destinati alla ricostruzione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalente di abitazioni non di lusso.

La disciplina di ambedue le tipologie di crediti speciali venne fortemente incisa dalle riforme operate con l'art. 11 l. 16 ottobre 1975, n. 492 e, soprattutto, con il d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7.

Questa riforma ha modificato sensibilmente la rigida correlazione tra operazioni di provvista (concretantesi nell'emissione delle cartelle) e

operazioni di impiego (*scilicet* l'erogazione di finanziamenti fondiari e edilizi). Queste due operazioni venivano infatti separate, consentendo agli istituti mutuanti di raccogliere quando ritenevano più opportuno i mezzi necessari per l'esercizio della propria attività. Inoltre, venne eliminata la distinzione tra provvista destinata agli impieghi fondiari e quella destinata agli impieghi edilizi, con la consequenziale emissione delle cartelle al fine di alimentare indistintamente la provvista.

Infine, di grande rilevanza è anche l'espunzione del riferimento alla circostanza che l'immobile fosse in reddito.

In relazione alle due figure in dottrina si registrano differenti posizioni circa la loro autonomia. Una risalente corrente (147) aveva già individuato nel credito edilizio una branca e una sottospecie del credito fondiario (148). A tale orientamento si contrapponeva quello di chi poneva in risalto le differenze tra i due crediti speciali nel fatto che il credito edilizio fosse un mutuo di scopo (su cui *amplius* al § 3 del presente capitolo) in quanto destinato al reperimento dei

(147) G. FENOGLIO, voce *Credito edilizio*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938, p. 421.

(148) In tal senso v. anche E. COLAGROSSO – G. MOLLE, *Diritto bancario*, cit. p. 544; G. RUTA, *Lineamenti di legislazione bancaria*, Roma, 1965, p. 201. Si veda anche l'utilizzo dell'espressione «*credito fondiario edilizio*» di cui si è avvalso G. DI CARLO, *Problemi di credito fondiario edilizio*, in *Bancaria*, 1970, p. 1034 ss. Si veda anche la peculiare e risalente distinzione operata da M. DELLA SETA, *Gli istituti di credito*, cit., p. 87, tra «*credito fondiario edilizio*» o «*urbano*», ossia la tipologia di credito fondiario «*che si garantisce sulla proprietà edilizia costituita cioè da case o da fabbricati destinati all'industria e situati in città. Questa forma di credito suole giovare a coloro che vogliono costruire e riattare degli edifici, che vogliono liberare gli immobili dai pesi gravanti su di essi, che vogliono acquistarne a credito*» e «*credito fondiario rurale*», garantito invece dalla proprietà rustica «*e cioè tanto sui fondi rustici quanto sui fabbricati destinati ad abitazione dei coltivatori dei fondi e al deposito delle derrate. Esso rende possibile al proprietario di finir di pagare il prezzo di un fondo acquistato in parte a credito, gli permette di liberarlo da oneri eventualmente gravanti su di esso, gli fornisce in tempo di crisi il denaro necessario per la coltivazione, lo mette in grado di migliorare le culture*». Nonostante tale distinguo, le due specie di credito fondiario non trovano alcuna differenza sul piano della tecnica operativa.

capitali necessari alla costruzione o alla compravendita di immobili, a differenza del credito fondiario (149).

La riforma del 1976 ha posto solide basi per l'unificazione delle due categorie. L'art. 23 d.p.r. 7/1976, nel prevedere che i mutui e le anticipazioni destinati alla costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalente di abitazione non di lusso fossero concessi alle stesse modalità e condizioni del credito fondiario, fatte salve alcune specificità, è stato ritenuto la base normativa dell'unificazione dell'istituto.

Tale ricostruzione non appare però condivisibile. È indubbio che, come venne posto in risalto da un'attenta dottrina (150), le uniche differenze sul piano tecnico si rinvenivano nella fase dell'erogazione, in quanto variava il limite di finanziabilità (75 per cento del costo della costruzione nel credito edilizio, 50 per cento del valore dell'immobile nel credito fondiario) (151), mentre restavano identiche le norme sulla vigilanza, sulle procedure concorsuali e sulle provviste. Non può però trascurarsi il fatto che mentre il credito fondiario finanziava una persona fisica o giuridica e assumeva garanzia su un immobile, il credito edilizio finanziava l'immobile stesso, non potendosi tacciare di mero «*distinguo accademico*» (152) la qualificazione di quest'ultimo quale credito di destinazione.

La l. 6 giugno 1991, n. 175, nell'intento di revisionare la normativa in materia di credito fondiario, edilizio e alle opere pubbliche non cancellò ancora la

(149) Così L. FIORE, *Il credito edilizio*, Napoli, 1968, p. 73. Da ultimo, cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 461.

(150) C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 124; ID., *Credito fondiario*, cit., 192 ss., spec. 198 ss.

(151) R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 461, pone invece l'accento della distinzione tra le due figure sulla differenza del rapporto tra somma mutuabile e entità della garanzia, unitamente alla diversa tecnica di erogazione (essendo prevista la possibilità di erogare le somme concesse attraverso un'anticipazione in conto corrente).

(152) Così C. MOGLIE, *Credito fondiario*, cit., 194.

distinzione tra credito fondiario e credito edilizio, nonostante alcuni interessanti tentativi di *reductio ad unum* della fattispecie operati in ambito comunitario (153). Certo è che la specificità del credito edilizio iniziava ad essere meno marcata, essendo esso destinato a opere su immobili e non più su edifici ad uso prevalente di abitazione non di lusso, mentre venne estesa al credito fondiario l'anticipazione di credito quale modalità operativa di erogazione.

Con l'emanazione del t.u.b. la questione deve dirsi definitivamente risolta, attraverso l'eliminazione del credito edilizio tra le fattispecie legal-tipiche di crediti speciali e la pacifica inclusione di questo nel credito fondiario disciplinato agli artt. 38 ss. (154).

Oggi debbono ricondursi nell'ambito del credito immobiliare e del credito fondiario una molteplicità di forme speciali di credito affini alla figura negoziale in analisi, allorché attengano a opere edilizie (155).

Tra queste figure, possono innanzitutto segnalarsi il credito edilizio teatrale e il credito alberghiero e turistico, la cui specialità è venuta meno con l'emanazione del t.u.b. (cfr. art. 161 t.u.b.).

---

(153) Si veda la *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi nel campo del credito fondiario*, presentata al Consiglio il 4 febbraio 1985, modificata e ripresentata al Consiglio il 27 maggio 1987 e successivamente definitivamente abbandonata, il cui art. 1 definiva il credito fondiario come il credito consistente «*nel concedere mutui garantiti da ipoteca su proprietà immobiliari destinati all'acquisto e alla conversione della proprietà di terreni edificabili o di immobili esistenti o in progetto ovvero destinati al rinnovo o al miglioramento di immobili*». In argomento cfr. S. BONFATTI, *La proposta di direttiva CEE sul credito fondiario nel quadro della integrazione in campo finanziario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, p. 475 ss.

(154) Sull'unificazione delle nozioni di credito fondiario e di credito edilizio sotto la definizione di credito fondiario v. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 27; M. SEPE, *Commento* sub *art. 38 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], I, Padova, 2012, p. 429 ss.; A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 128.

(155) Diversamente, i finanziamenti non riguardanti opere edilizie devono essere ricondotti nell'ambito dei finanziamenti alle imprese *ex* art. 46 t.u.b.: così Così anche F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale*, cit., p. 610.

La loro specialità è quella propria dei mutui immobiliari di scopo e, caduta la specialità dell'ente erogante con l'affermazione della banca universale, agevolati.

Il credito alberghiero e turistico, introdotto dal r.d.l. 12 agosto 1937, n. 1561, convertito dalla l. 20 dicembre 1937, n. 2352, era destinato a favore di chi «*intende costruire, costruire ed arredare, ampliare o migliorare alberghi, stabilimenti idrotermali e balneari, locali e impianti in genere che costituiscono coefficienti per l'incremento turistico*» (art. 1) e, in seguito, oltre a ciò, «*per l'arredamento* (…) *l'ammodernamento e il rinnovo dell'arredamento di alberghi e pensioni a tipo alberghiero esistenti*» (art. 1 l. 4 agosto 1955, n. 691) e per le opere dirette a «*conseguire gli obiettivi di razionalizzazione e di equilibrato sviluppo territoriale e settoriale della ricettività alberghiera e turistica, fissati dal programma economico nazionale, nonché dai piani poliennali di coordinamento previsti rispettivamente per il Mezzogiorno e le zone depresse e montane del centro-nord*» (art. 1 l. 12 marzo 1968, n. 326).

L'erogazione, inizialmente attribuita esclusivamente a una sezione autonoma per l'esercizio del credito alberghiero e turistico presso la Banca Nazionale del Lavoro, è stata – così come è avvenuto per il credito edilizio – progressivamente concessa anche ad altri istituti (cfr. art. 5 l. 691/1955; art. 4 l. 326/1968) (156).

La concessione dei mutui alberghieri e turistici era subordinata all'iscrizione ipotecaria di primo grado a favore degli istituti di credito eroganti sugli immobili per i quali essi venivano concessi.

Era altresì previsto un limite di finanziabilità, individuato nel 50 per cento del costo della nuova costruzione (in esso compreso quello dell'area) e della trasformazione e dell'ampliamento, più il 25 per cento del costo

(156) In argomento v. C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 201 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 211 ss.

dell'arredamento. Deve specificarsi che per il finanziamento della spesa per l'arredamento la garanzia non doveva essere necessariamente ipotecaria.

Ai mutui e alle obbligazioni della sezione autonoma per l'esercizio del credito alberghiero e turistico sono applicabili tutte le disposizioni di legge e di regolamento concernenti gli istituti di credito fondiario

Le operazioni di provvista, oltre che con il collocamento delle cartelle, erano possibili anche con il capitale della sezione autonoma per l'esercizio del credito alberghiero e turistico (quantomeno per i finanziamenti erogati da essa) e con fondi provenienti da aperture di credito provvisorie da parte dei partecipanti e di altre aziende.

Nonostante l'art. 15 l. 2352/1937 prevedesse la possibilità di emettere cartelle, a differenza del credito fondiario ed edilizio, il credito alberghiero e turistico aveva una specifica disciplina relativa alle operazioni di provvista.

La specialità di questa figura di credito si rinveniva sia nell'ente erogante, sia nel fatto che si trattasse di un credito necessariamente agevolato, essendo previste provvidenze statali in conto interessi.

Il credito edilizio teatrale aveva, invece, una più stretta connessione con il credito fondiario. Introdotto dal r.d.l. 16 gennaio 1938, n. 1150, convertito in l. 18 gennaio 1939, n. 446 e successivamente disciplinata dalla l. 4 aprile 1940, n. 436, constava nell'erogazione di mutui a favore dei Comuni e altri enti predeterminati, anche privati, senza scopo di lucro, per la costruzione o il rinnovamento di immobili adibiti ad uso teatrale.

All'erogazione di questi finanziamenti era preposta la sezione autonoma di credito fondiario della Banca Nazionale del Lavoro e l'operazione di provvista era esercitata attraverso l'emissione di titoli obbligazionari equiparati alle cartelle fondiarie. Come nel credito fondiario, infine, l'operazione di provvista era strettamente interconnessa a quella di erogazione e assistita dalle medesime garanzie assunte a carico dei mutuatari.

Così come il credito turistico e alberghiero, anche il credito edilizio teatrale era un credito necessariamente agevolato.

Da ultimo, si segnala il credito sportivo (157), il quale pure – al ricorrere di determinate condizioni – può essere sussunto nel credito fondiario. Siffatta tipologia di credito è disciplinata dalla l. 24 dicembre 1957, n. 1295 (158). L'erogazione è esercitata dall'Istituto per il credito sportivo (*breviter* ICS), ente di diritto pubblico con personalità giuridica e gestione autonoma operante nel settore del credito per lo sport e per le attività culturali, banca pubblica ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 151 t.u.b.

Il credito sportivo consiste in mutui a medio e lungo termine concessi a favore di enti pubblici locali o altri enti pubblici (art. 3 l. 1295/1957) che, in base a progetti approvati ai sensi di legge, sentito il parere tecnico del C.O.N.I., intendano ampliare, attrezzare e migliorare impianti sportivi. Rispetto a quanto previsto dalla l. 1295/1957, lo Statuto dell'ICS (che, ai sensi dell'art. 151 t.u.b., è una delle fonti disciplinanti l'operatività, l'organizzazione e il funzionamento delle banche pubbliche: cfr. art. 12 l. 1295/1957) (159) prevede che l'Istituto esercita l'attività bancaria, raccogliendo risparmio tra il pubblico sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma ed esercitando il credito, sotto qualsiasi forma. Nell'esercizio delle attività creditizie e finanziarie, l'Istituto opera con ogni soggetto pubblico o privato che persegua, anche indirettamente, finalità sportive, ricreative e di sviluppo dei beni e delle attività culturali.

---

(157) La letteratura sull'argomento è piuttosto scarna: cfr. D. CACACE, *Le risorse finanziarie nello sport dilettantistico: agevolazioni fiscali, credito sportivo, formazione degli atleti, sponsor, "*merchandising*", e diritti di trasmissione*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2014, p. 29 ss.; F. MAZZINI, *Commento* sub *art. 151 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, II, Bologna, 2003, p. 2392 ss.; U. MAZZARINI, *Un aspetto dell'indebitamento degli enti locali: il credito sportivo*, in *Banche e banchieri*, 1977, p. 551.

(158) Successivamente modificata con l. 31 luglio 1959, n. 617, l. 29 dicembre 1966, n. 1277 e l. 10 maggio 1973, n. 278.

(159) E la cui ultima versione è stata approvata in data 24 gennaio 2014.

I mutui sono assistiti da garanzie mobiliari o immobiliari ovvero da delegazioni su imposte, sovrimposte e tributi permanenti che gli enti richiedenti i mutui siano autorizzati *ex lege* ad esigere con le norme stabilite per la riscossione delle imposte dirette e a cederle.

Proprio la concessione di garanzie ipotecarie immobiliari può indurre ad inquadrare l'operazione di finanziamento ipotecario per gli impianti sportivi nel credito fondiario e le altre operazioni nei finanziamenti alle imprese di cui all'art. 46 t.u.b., ma non possono escludersi operazioni di finanziamento ordinario, con garanzie mobiliari o delegazioni su tributi (160).

Sebbene in passato sia stato addirittura affermato che il credito agrario fosse «*filiazione del credito fondiario in senso lato*» e costituisse assieme a quest'ultimo una *species* del credito immobiliare (161), in seguito all'emanazione del t.u.b. queste affermazioni debbono essere affrontate con cautela.

Ante t.u.b., la distinzione tra «*credito agrario di esercizio*» e «*credito agrario di miglioramento*» di cui alla l. 5 luglio 1928, n. 1760 permetteva indubbiamente di qualificare quest'ultimo come credito fondiario in senso lato, in quanto diretto a consentire le trasformazioni del fondo che ne incrementassero il valore, direttamente – tramite opere fondiarie – o indirettamente, mediante l'aumento della produzione ottenibile dal fondo (162). Le operazioni di credito di miglioramento potevano avere una durata massima trentennale ed erano normalmente assistite da garanzia ipotecaria.

Oggi, l'art. 43, comma 1°, t.u.b., definisce il credito agrario come il credito avente ad oggetto «*la concessione, da parte di banche, di finanziamenti destinati alle attività agricole e zootecniche nonché a quelle a esse connesse o collaterali*».

(160) Così anche F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale*, cit., p. 609.

(161) C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 199; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 209.

(162) Cfr. L. MOSCO, *Il rapporto di credito agrario*, Napoli, 1964, p. 163 ss.

Analogo problema di qualificazione presenta il credito peschereccio (163), dopo l'eliminazione – anche in tal caso - della distinzione tra credito di esercizio e credito di miglioramento. Questo – come è noto – è, ai sensi dell'art. 43, comma 2°, t.u.b., il credito avente per oggetto «*la concessione, da parte di banche, di finanziamenti destinati alle attività di pesca e acquacoltura, nonché a quelle a esse connesse o collaterali*».

Sono attività connesse o collaterali l'agriturismo, la manipolazione, la conservazione, la trasformazione, la commercializzazione e la valorizzazione dei prodotti, nonché le altre attività individuate dal CICR con delibera 22 aprile 1995.

Credito agrario e credito peschereccio devono essere qualificati come mutui di scopo. I punti di contatto col credito fondiario si rinvengono, però, nella previsione di cui all'art. 44, comma 5°, t.u.b., laddove è previsto che «*Ove i finanziamenti di credito agrario e di credito peschereccio siano garantiti da ipoteca su immobili, si applica la disciplina prevista dalla sezione I del presente capo per le operazioni di credito fondiario*».

La norma, che ha suscitato una vivace discussione in merito alla portata e ai limiti di una tale estensione (164), mostra però una stretta connessione con il

---

(163) Introdotto nel nostro ordinamento dal t.u. sulla pesca (r.d. 8 ottobre 1931, n. 1604), ha ricevuto una prima regolamentazione organica con la l. 3 giugno 1935, n. 1281. Da ultimo, prima dell'entrata in vigore del t.u.b., ha ricevuto un'articolata disciplina dalla l. 28 agosto 1989, n. 302, con la quale veniva fornita una puntuale definizione di questo credito particolare e una minuziosa elencazione delle operazioni.

(164) In particolare, nell'ipotesi in cui venga concessa una garanzia ipotecaria non di primo grado. Nella congerie di opinioni si segnala quella di R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 487, secondo cui è prevista la peculiare operatività del regime di favore anche in presenza di ipoteche non di primo grado. Ancora, cfr. S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel "testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 1022 ss., a giudizio del quale la disciplina fondiaria è applicabile anche nel caso di operazioni a breve termine, ma non qualora si tratti di ipoteche di grado successivo al primo. *Contra*, cfr. la Comunicazione Banca d'Italia del febbraio 1994. Chiarimenti sul Testo Unico (d.lgs. n. 385/93), in *Bollettino di vigilanza*, 2, p. 62 ss. che ha indicato che la portata del rinvio di cui all'art. 44, comma 5°, t.u.b., deve intendersi riferito all'intera disciplina del credito fondiario, ivi compreso il grado

credito fondiario, tanto da poter arrivare ad affermare che che, qualora l'operazione di finanziamento a medio o lungo termine sia destinata alle attività agrarie o di pesca – anche connesse o collaterali – e garantita da ipoteca di primo grado, siamo di fronte ad una operazione *latu sensu* di credito fondiario, caratterizzata dalla destinazione agraria o peschereccia.

Il medesimo problema si manifesta anche per l'attività creditizia alle opere pubbliche di cui all'art. 42 t.u.b.

La norma, contenuta nel medesimo Capo dedicato al credito fondiario, oltre a definire siffatta forma di finanziamento come «*la concessione, da parte di banche, a favore di soggetti pubblici o privati, di finanziamenti destinati alla realizzazione di opere pubbliche o di impianti di pubblica utilità*» (comma 1°), prevede al comma 4° che «*Quando i finanziamenti siano garantiti da ipoteca su immobili, si applica la disciplina prevista dalla presente sezione per le operazioni di credito fondiario*». Devono perciò estendersi alle operazioni di credito per le opere pubbliche le medesime considerazioni svolte per l'applicabilità della disciplina fondiaria al credito agrario e peschereccio.

Infine, deve segnalarsi la peculiare fattispecie del credito minerario. Questo, inteso come il complesso dei finanziamenti destinati genericamente all'attività mineraria (165), presenta un particolare strumento di garanzia: l'ipoteca mineraria (166).

---

primario dell'ipoteca e la durata del finanziamento. In tal senso v. anche R. SGRULLETTA, *La nozione di credito agrario e peschereccio*, in P. FERRO LUZZI – G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, I, Milano, 1996, p. 676.

(165) Così R. COSTI, *Crediti speciali: I*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 10; B. CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, 2010, p. 204. *Contra* v. le definizioni fornite da M. TONDO, *I crediti speciali*, in *Enciclopedia della Banca e della borsa*, III, Roma – Milano, 1967, p. 806, ad avviso del quale trattasi di «*una speciale forma di credito mobiliare destinata a provvedere l'industria mineraria dei capitali di impianto e di miglioramento, nonché di quelli di esercizio, ed esercitata da istituti di credito specializzati*»; nonché da G. ABBATE, *Credito minerario*, in *Enc. giur.*, XI, Milano, 1962, p. 312, ad avviso del quale trattasi del credito «*destinato alle diverse lavorazioni delle sostanze comprese nella categoria miniere ed alle coltivazioni delle cave e torbiere*».

(166) Sull'ipoteca mineraria cfr. D. CALLEGARI, *L'ipoteca mineraria*, Padova, 1934, p. 347 ss.

Le miniere fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato: il loro sfruttamento è oggetto di concessione (temporanea) in base al r.d. 29 luglio 1927, n. 1443. Questa fonte normativa ha introdotto, con l'art. 22, la peculiare garanzia di cui si discute, subordinandone l'iscrizione all'autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

L'ipoteca mineraria non è quindi un'ipoteca immobiliare (*videlicet* sul giacimento e le sue pertinenze), bensì sulla concessione, lo *ius in re aliena* con disponibilità condizionata del concessionario, di natura immobiliare, e con parziale possibilità di possesso (167).

2. ***Il credito fondiario e l'art. 38 t.u.b.*** **–** La disciplina relativa alle operazioni di credito fondiario trova oggi la sua disciplina nel Titolo II, Capo VI, Sezione I del t.u.b. (artt. 38-41). Essa deve essere letta *in pendant* con i principi costituzionali di cui agli artt. 44 (che recita che «*Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge* (…) *aiuta la piccola e la media proprietà*») e, soprattutto, 47 cost. («*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*»). Con quest'ultimo si è data rilevanza costituzionale alla tutela del risparmio mediante il controllo (in senso lato) dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore creditizio. L'esercizio del credito – assieme alla raccolta del risparmio tra il pubblico – costituisce l'attività bancaria *ex* art. 10 t.u.b.

---

(167) In tal senso v. Cass., SS.UU., 30 gennaio 1967, n. 250, in *Foro it.*, 1967, I, p. 503 ss.; in dottrina, v. D. CALLEGARI, *L'ipoteca mineraria*, cit., p. 349; F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, cit., p. 606 s.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato* Cicu – Messineo, Milano, 1956, p. 182. *Contra*, cfr. E. PROTETTÌ, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 80 s.

Il primissimo dato che emerge rispetto alla precedente variegata disciplina è che oggi il credito edilizio debba ritenersi assorbito entro la nozione di credito fondiario, di cui costituisce una mera *species*. Una siffatta affermazione è corroborata dal riferimento al credito edilizio – in relazione agli artt. 38 ss. t.u.b. – di cui all'art. 2825-*bis* c.c.

Questa norma dispone che «*L'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all'articolo 2645-*bis*, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'articolo 39, comma 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare*».

La differenza rispetto ai mutui ipotecari ordinari risiede nella volontà delle parti e nella necessità – nel credito fondiario – del rispetto di una certa durata del finanziamento e delle percentuali di valore e costo dell'immobile (168).

Per quanto concerne la forma del contratto, bisogna fare riferimento a quanto previsto dal Titolo VI t.u.b. in materia di trasparenza delle operazioni contrattuali. Il contratto dovrà pertanto essere redatto per iscritto e una copia consegnata al cliente. La mancanza della forma scritta è sanzionata con la nullità del contratto, che ai sensi dell'art. 127 t.u.b. opera soltanto a vantaggio del cliente e – in seguito alle modifiche introdotte dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 – può essere rilevata d'ufficio dal giudice (169).

(168) Cfr. anche C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 38 s.

(169) Sulla portata della nullità di cui all'art. 127 t.u.b. cfr. *infra*, nt. 247.

Inoltre, a norma dell'art. 118 t.u.b. il contratto di mutuo può essere soggetto al c.d. *ius variandi* da parte della banca (170). Infatti, è ivi statuito che nei contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo. Se però il cliente non è un consumatore o una micro-impresa, nei contratti possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni predeterminati nel contratto.

Qualunque modifica *ex uno latere* delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula «*Proposta di modifica unilaterale del contratto*», con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente (171). Qualora non vengano state osservate tali prescrizioni, le modifiche sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione (172). In tal

(170) Sull'argomento cfr. P. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013, p. 10 s.; A. MIRONE, *Commento* sub *art. 118 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013, p. 1343 ss., spec. 1350, nt. 23 per una precisa analisi della tematica in relazione al contratto di mutuo.

(171) È onere della banca dimostrare l'avvenuta ricezione della comunicazione: v. Arbitro bancario-finanziario, Collegio di Roma, 10 novembre 2010, n. 1262.

(172) Sul punto cfr. Arbitro bancario-finanziario, Collegio di Milano, 4 marzo 2010, n. 1298. Nel senso che il mancato recesso costituisca un tacito consenso alla modifica da parte del cliente v. G. SANTONI, *Lo* jus variandi *delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 258 ss.; A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (*«jus variandi»*)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 412 ss.; ritengono, al contrario, che non possa ravvisarsi in alcun caso una modifica consensuale delle condizioni contrattuali A. MIRONE, *Commento* sub *art. 118 t.u.b.*, cit., p. 1351 s.; M. DE POLI, *Commento* sub *art. 118 t.u.b.*, in G. DE CRISTOFORO – A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 1428; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del c.d.* ius variandi *nei contratti bancari: prime note* critiche, in *Contr.*, 2011, p. 196.

caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

2.1 Nozione di credito fondiario – «*Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili*»: tale è la definizione di credito fondiario fornita dall'art. 38, comma 1°, t.u.b.

In primo luogo, emerge il requisito soggettivo di una delle parti del contratto, che necessariamente deve essere una banca. Il ricorso alla banca universale ha eliminato quella connessione tra credito speciale e soggetto erogatore che ha storicamente caratterizzato la disciplina dei crediti particolari (173). Se prima il legislatore individuava gli enti creditizi cui veniva concessa la facoltà di porre in essere le relative operazioni di credito, il t.u.b. ha sancito la «*despecializzazione operativa*» concedendo a tutte le banche l'esercizio di qualunque tipo di credito (eccezion fatta, unicamente, per il credito sportivo, *ut supra* esplicato) (174).

Il credito fondiario, infatti, ha per oggetto «*la concessione di finanziamenti*». È stato rilevato che tale formula, implicitamente, rivela l'unitarietà della categoria entro la quale rientra il precedente concetto di mutui e anticipazioni nonché la natura consensuale del contratto (175).

In dottrina è stato ritenuto che, a differenza del contratto di mutuo di cui agli artt. 1813 ss., i finanziamenti bancari sono «*contratti tipici consensuali di*

(173) Quella di crediti particolari o speciali non è una categoria omogenea, bensì una categoria riassuntiva entro la quale trovano spazio tutte le tipologie di credito diverse da quelle di diritto comune: cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 447 ss.; V. PONTOLILLO, *Il sistema di credito speciale in Italia*, Bologna, 1980, p. 77 ss

(174) V. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato* Iudica – Zatti, Milano, 1995, p. 748 s.

(175) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 36.

concessione di credito» (176). In essi non sarebbe perciò la consegna del denaro a perfezionare la fattispecie contrattuale, bensì l'accordo dei paciscenti, di talché la prima assume la veste di momento esecutivo del contratto. Questa tesi, però, travisa l'interpretazione funzionale fornita dalla Suprema Corte e dalla giurisprudenza di merito in più occasioni, rilevando che il mutuo è un contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna della cosa mutuata ovvero, in via equipollente, col conseguimento della sua giuridica disponibilità (177). Così, si prescinde dai tradizionali caratteri di indole strutturale dando preponderanza al risultato cui la consegna tende (178).

Per finanziamenti devono intendersi, oltre al tradizionale mutuo, le aperture di credito anche in conto corrente (179). Dibattuta è la possibilità di ricomprendere anche il credito di firma, il *leasing* finanziario (su cui *infra*, cap. III, § 1) e quegli strumenti contrattuali che assolvono a una funzione finanziaria, ma non smobilizzano cespiti immobiliari attraverso l'acquisizione di una garanzia ipotecaria (180).

---

(176) F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Manuale*, cit., p. 474, 567. Afferma la natura consensuale del contratto di credito fondiario anche Trib. Messina, 10 aprile 2015.

(177) Così Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *Foro it.*, 2016, I, c. 196 ss.; Cass. 30 novembre 2011, n. 25569; Cass., 28 giugno 2011, n. 14270, in Giust. civ., 2013, I, p. 1194 ss.; Cass., 3 gennaio 2011, n. 14, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1323; Cass., 28 agosto 2004, n. 17211, in *Contr.*, 2005, p. 147 ss., con nota di L. POLESE, *Perfezionamento del mutuo e realità*; Cass., 5 luglio 2001, n. 9074; Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 41 ss., con nota di R. TETI, *In tema di consegna del mutuo*; Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 21 ss.; Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Giur. it., 1*992, I, p. 2020 ss.; Cass., 12 giugno 1969, n. 2076; in giurisprudenza di merito, recentemente, v. Trib. Roma, 13 maggio 2015; App. Ancona, 2 dicembre 2014; Trib. Napoli, 20 giugno 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 813 (s.m.), con nota redazionale.

(178) Così A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 702. Cfr. anche A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La Costituzione del rapporto*, Milano, 1968, p. 181 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato* Grosso – Santoro Passarelli, Milano, 1972, p. 79 s.; M. LIBERTINI, *Del mutuo*, in *Commentario* Cendon, IV, Artt. 1655-2059, Milano, 1991, p. 1461 ss.

(179) Dubbiosi, in tal senso, F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, Milano, 2004, p. 35; M. SEPE, *Commento* sub *art. 38*, cit., p. 435.

(180) Appaiono escludere queste forme di finanziamento A.U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in A.U. PETRAGLIA (a

Per quel che specificamente concerne il credito di firma (181), deve porsi innanzi tutto in evidenza che con tali fattispecie contrattuali di garanzie personali tipiche e atipiche la banca offre al cliente, anziché la possibilità di utilizzare forme di denaro, la possibilità di avvalersi dell'assunzione di impegni di essa accreditante verso terzi. Con esso, la banca è esposta al rischio di dover successivamente intervenire con una erogazione per cassa.

Il contratto con cui viene concesso il credito di firma, rispetto allo schema tipico e lineare dei contratti di credito – il contratto di mutuo – viene stipulato

---

cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, p. 72 s.; M. SEPE, *Commento* sub *art. 38*, cit., p. 434.

(181) Nel prosieguo sarà data ampia trattazione delle fattispecie (*infra*, §§ 5.2 e, con specifico riferimento alle garanzie concesse dai confidi, 5.3 del presente capitolo), ma si può anticipare fin d'ora che esse sono ricomprese tra le attività di concessione di finanziamento in senso lato. Difatti, dapprima il d.m. Economia e Finanze 17 febbraio 2009, n. 29 (Regolamento recante disposizioni in materia di intermediari finanziari di cui agli articoli 106, 107, 113 e 155, commi 4 e 5, t.u.b.) e, da ultimo, il d.m. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53 (Regolamento recante disposizioni in materia di intermediari finanziari in attuazione degli artt. 106, comma 3°, 112, comma 3°, e 114, t.u.b, nonché dell'art. 7- ter, comma 1°-*bis*, l. 30 aprile 1999, n. 130) individuano per attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di: *a)* locazione finanziaria; *b)* acquisto di crediti a titolo oneroso; *c)* credito ai consumatori, così come definito dall'art. 121 t.u.b.; *d)* credito ipotecario; *e)* prestito su pegno; *f)* rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma. Salvo quanto si specificherà nel presente paragrafo, nel senso di una sua esclusione dalle fattispecie di finanziamento fondiario v. S. BONFATTI, *La disciplina*, cit., p. 1016. *Contra* anche M. SEPE, *Commento* sub *art. 38*, cit., p. 434, che richiama a sostegno Cass., 23 marzo 1994, n. 2786, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 916 ss., con nota di G. R(AGUSA) M(AGGIORE), *Apertura di credito di firma e posizione della banca di insinuazione al passivo fallimentare del debitore garantito*, che però non esclude in via generale la compatibilità della garanzia ipotecaria col credito di firma, bensì solo nel caso della c.d. fideiussione *omnibus*, in quanto pur essendo l'ipoteca riferibile sia a crediti già esistenti che a crediti futuri, purchè dipendenti da rapporti già esistenti, essa non può essere validamente concessa a una tipologia di credito di firma «*contemplante la prestazione da parte della banca di fideiussione a favore di terzi che si rendano eventualmente creditori del cliente, al fine di assicurare prelazione al diritto di regresso che acquisirà la banca stessa in caso di rilascio di quella fideiussione e di pagamento di quei terzi, atteso che tale diritto di regresso si collega solo in via mediata ed indiretta al contratto in corso al tempo dell'ipoteca medesima*». Deve dunque ritenersi, argomentando *a contrario*, che il credito di firma possa essere garantito da ipoteca e, ove ne ricorrano le condizioni, essere ricompreso tra i finanziamenti fondiari.

dal garante-mandatario nell'interesse del debitore ordinante allo scopo di attribuire al beneficiario-creditore di costui una garanzia di tipo cauzionale. La funzione di finanziamento del credito di firma è rivolta esclusivamente a favore dell'ordinante e non di colui a cui viene attribuita la facoltà di disporre della somma di denaro (182).

Il credito fondiario è necessariamente un finanziamento a medio o lungo termine. Trattasi di un concetto vago, che, in assenza di definizioni normative (183), sul quale la dottrina ha cercato di fare chiarezza.

Così è ritenuto credito a medio termine quello di durata originaria superiore a diciotto mesi (184), mentre per finanziamenti a lungo termine si intendono quelli di durata superiore a cinque anni (185).

La *fondiarietà* di un contratto di credito si rinviene anche nella garanzia ipotecaria su bene immobile di primo grado.

La previsione del grado primario dell'ipoteca è in linea con quanto previsto in altri Stati europei (ad esempio, Francia e Germania). La necessità che essa deve essere su un bene immobile esclude che i finanziamenti siano garantiti da altro genere di ipoteca, quale l'ipoteca navale o la citata ipoteca mineraria. Ciò, inoltre, costituisce un chiaro intendimento del legislatore di sottolineare la natura del credito fondiario quale operazione legata alla mobilizzazione della proprietà immobiliare (186).

---

(182) Così P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 462, nt. 289.

(183) Invero, un indiretto sostegno normativo lo si ritrova nell'art. 15 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, il quale – esclusivamente al fine di riconoscere l'esenzione dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative alle operazioni relative ai finanziamenti a medio e lungo termine effettuati da banche – considera a medio e lungo termine le operazioni con durata originaria maggiore a diciotto mesi.

(184) V. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 51; A. SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 982 s.; M. SEPE, *Commento* sub *art. 38*, cit., p. 435 ss.

(185) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 52.

(186) Cfr. M. SEPE, *Commento* sub *art. 38*, cit., p. 438.

Secondo un risalente orientamento della Suprema Corte (187), inoltre, in considerazione dell'elemento tipizzante della capacità satisfattiva dell'immobile concesso in garanzia, deve considerarsi ammissibile la figura del terzo datore di ipoteca.

Il riferimento, nella definizione di credito fondiario, alla concessione di finanziamenti e non soltanto e specificamente di mutui induce a concludere che siano sussumibili entro la categoria di contratti di credito fondiario tutti i contratti di finanziamento [e quindi non solo mutui, ma anche contratti di *leasing*, di acquisto di crediti a titolo oneroso, contratti di credito ipotecario in ogni forma (ad esempio, il prestito vitalizio ipotecario), contratti di credito ai consumatori, così come definiti dall'art. 121, comma 1°, lett. *c*), t.u.b. (188), contratti di prestito su pegno e contratti di credito di firma, come individuati, da ultimo, dal d.m. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53 (189)], che rigorosamente presentino i cc.dd. requisiti di fondiarietà, concretantisi nell'essere contratti a medio o lungo termine, aventi ad oggetto una somma che rispetti il c.d. limite di finanziabilità e garantiti da un'ipoteca di primo grado su bene immobile. Tutti i contratti di finanziamento che abbiano congiuntamente tutti i predetti requisiti godranno della speciale disciplina prevista dagli artt. 38 ss. t.u.b.

2.2. Il limite di finanziabilità – Il secondo comma dell'art. 38 t.u.b. prevede che «*La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina*

(187) Cass., 19 maggio 1977, n. 2068, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, II, p. 19 ss., con nota di C. MOGLIE, *Ipoteca concessa da un terzo per operazione di credito fondiario o edilizio.*

(188) Ossia «*il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria*».

(189) Ai sensi dell'art. 1, lett. *f*), d.m. 53/2015 costituisce attività di concessione di finanziamento altresì il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma, consistente nel rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma.

l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

La norma, pur rimandando alla disciplina secondaria la determinazione del *quantum*, ricalca la previsione di un rapporto tra somma mutuabile e entità della garanzia che assume storicamente un ruolo tipizzante di questa forma di credito, in quanto assolve all'esigenza di garantire al finanziamento una più certa copertura in caso di insolvenza del mutuatario, anche a fronte di oscillazioni del mercato immobiliare (190).

Attualmente il limite di finanziabilità è fissato all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire dalla deliberazione CICR 22 aprile 1995 e dal 109° aggiornamento del 26 giugno 1995 – riguardante *Particolari operazioni di credito* – alla circolare della Banca d'Italia n. 4 del 29 marzo 1988 [confluito, senza modificazioni, nelle *Istruzioni di vigilanza per le banche* (191)] con possibilità di elevarlo al 100 per cento qualora vengano prestate garanzie integrative (192).

Desta particolari problemi il mancato rispetto della percentuale di concessione dei finanziamenti. La materia del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario è stata oggetto di un recente *revirement* della Corte di Cassazione (193). Con tale pronuncia – confermata da nuovi pronunciati dello stesso Giudice di legittimità (194)– la Suprema Corte ha

(190) Cfr. M. SEPE, *Commento* sub *art. 38 t.u.b.*, cit., p. 439.

(191) Circolare della Banca d'Italia 21 aprile 1999, n. 229.

(192) Per quanto concerne le garanzie integrative si rinvia *infra*, al § 5 del presente capitolo.

(193) Ci si riferisce a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss., con note di A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit.; U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente:* est modus in rebus; U. MALVAGNA, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*; F. ONNIS CUGIA, *La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario.*

(194) V. Cass., 4 novembre 2015, n. 22446.

modificato un precedente orientamento (195) secondo il quale il fondamento delle direttive della Banca d'Italia in materia di limiti di finanziabilità consisterebbe nel potere normativo conferito a tale autorità creditizia dall'art. 117, comma 8°, t.u.b. e, in caso di inosservanza, il contratto sarebbe sanzionato con la nullità (parziale, in quanto riguardante parte del contenuto di un contratto divisibile, *scilicet* la parte di mutuo eccedente i limiti di legge).

La recente decisione della Suprema Corte, invero, non ha persuaso i suoi primi commentatori, i quali hanno ritenuto la decisione «*criticabile sotto ogni aspetto*» e «*tutt'altro che priva di sgrammaticature tecniche*» (196). Ciò che maggiormente è parso stridere è il parossismo della «*iperprotezione bancaria*» (197) al quale è giunto il giudice di legittimità. Affermare che la previsione del limite di finanziabilità appare a tutela delle banche e del sistema bancario – in quanto volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie oltre un limite di ragionevolezza a favore di terzi senza adeguate contropartite e garanzie – confligge, infatti, con quelle che sono le finalità proprie del credito fondiario. Il mutuo fondiario gode storicamente di una peculiare disciplina per via della sua natura pubblicistica, concretantesi non solo nella funzione economica che le banche esplicano nella raccolta e nel reimpiego del risparmio, ma soprattutto nella funzione sociale che il sistema assolve, con un

(195) Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, cit.; in giurisprudenza di merito v. Trib. Lodi, 24 aprile 2013, in *Il caso.it*; Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2052, con nota di A. BERTOLOTTI, *Nullità di mutuo fondiario e dilemma della convertibilità*; Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 387 ss., con nota di G. SETTANNI – M. RUGGI, *Contratto di mutuo fondiario, superamento del limite di finanziabilità e nullità del negozio*; Trib. Cagliari, 15 marzo 2012, inedita.

(196) Così A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit., p. 127 s.; nello stesso senso v. L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, 410 ss.; M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 534 ss., spec. 553 ss.

(197) Espressione coniata da C. COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo testo unico della legge in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 314.

meccanismo che nega al mutuante e al mutuatario ogni libertà di azione, imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia ed in particolar modo quelle che riguardano i limiti di somme erogabili e garanzie (198).

Come è stato posto in evidenza con una lucida analisi da una recente pronuncia di merito (199), la lettura della finalità della normativa sul credito fondiario fornita dalla Suprema Corte non appare condivisibile, in quanto la normativa di cui agli artt. 38 ss. t.u.b. è posta a tutela non dell'interesse bancario all'integrità patrimoniale, bensì dell'interesse del ceto creditorio nel suo insieme che viene isolato da un esercizio scorretto dell'erogazione del credito e ad un più generale interesse al corretto andamento economico e sociale.

A ciò conseguirebbe la sanzione della nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1°, c.c., atteso che le norme che dispongono il limite di finanziabilità sono norme imperative in quanto determinano l'oggetto del contratto stesso. In dottrina è stato recentemente criticato il ragionamento per cui la violazione del limite di finanziabilità condurrebbe ad una nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1°, c.c., in quanto il superamento della soglia sarebbe una vicenda inerente all'oggetto del contratto e rientra perciò nel perimetro applicativo della nullità strutturale *ex* art. 1418, comma 2°, c.c. (200).

Secondo tale argomentazione, inoltre, se pur si volesse continuare a discorrere di nullità virtuale, tale ragionamento non deve impuntarsi sulla contrarietà all'art. 38 t.u.b. quanto su quella alla norma di cui all'art. 2741 c.c.

---

(198) Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, cit.

(199) Trib. Firenze (ord.), 30 ottobre 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 463 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*. Nello stesso senso cfr. Trib. Monza, 29 settembre 2015, in *Il caso.it*.

(200) Così S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contr.*, 2014, p. 444; v. anche L. BALESTRA, *Il superamento*, cit., p. 419.

in quanto un mutuo oltrepassante la soglia dell'80 per cento del valore del bene ipotecato costituirebbe un'illegittima causa di prelazione (201).

La tesi maggioritaria in dottrina (202) e giurisprudenza (203) afferma inoltre che il contratto sarebbe affetto da nullità parziale (nonché la corrispondente e dipendente iscrizione ipotecaria) solo per la somma eccedente i limiti di legge. Il contratto rimarrebbe invece astrattamente valido ed efficace con riferimento alla parte di mutuo erogata nei limiti indicati dalla legge, in ossequio alla regola dell'inestensibilità della nullità parziale all'intero contratto (e all'intera

(201) S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB*, cit., p. 445

(202) Cfr., *ex pluribus*, C.M. TARDIVO, *Inderogabilità*, cit., p. 263 e, nello stesso senso, S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB*, cit., p. 446, nonché M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità*, cit., p. 563 ss., i quali specificano che la tecnica preferibile è quella di una nullità parziale intesa come riduzione conservativa *ope iudicis* per la parte che eccede entro i limiti di legge. *Contra* F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 40 ss., secondo cui è preferibile la soluzione della nullità totale del contratto di finanziamento e sua conversione in finanziamento ipotecario ordinario, «*in quanto rispettosa della necessità che i requisiti di fondiarietà di un finanziamento siano tassativamente osservati (pur esponendo il mutuatario al rischio di perdere – incolpevolmente – il regime di favore accordatogli ai sensi degli art. 38 ss. t.u.b., a meno di non voler ritenere tale circostanza "squilibrata" dalla corrispondente perdita dei privilegi spettanti alla banca erogante*»; v. anche G. PRESTI, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 215, nt. 20, secondo cui si tratta di «*di una riqualificazione del contratto sulla base del suo effettivo contenuto*».

(203) Cfr. Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, cit.; Trib. Lodi, 24 aprile 2013, cit.; Trib. Cagliari, 4 aprile 2013 cit.; Trib. Cagliari, 15 marzo 2012 cit. *Contra* Trib. Milano, 26 ottobre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 485, con nota di A.U. PETRAGLIA, *Crediti fondiari e nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, che ha dichiarato la nullità del contratto nella sua interezza e la sua conversione in mutuo ipotecario ordinario, ricorrendone i presupposti; Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi rom.*, 1989, p. 80 con nota di A. PIETROLUCCI e massima in *Banche e banchieri*, 1990, p. 353, con nota di C.M. TARDIVO, *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi*, che hanno dichiarato la nullità del contratto di credito fondiario per la parte eccedente il limite di finanziabilità e la conversione di detta parte in mutuo ipotecario ordinario. Una tesi intermedia è offerta da Trib. Firenze, 10 ottobre 2014, e da Trib. Venezia, 26 luglio 2012, citt., le quali escludono l'applicabilità dell'art. 1419 c.c., argomentando però la loro contrarietà tenendo conto del caso di una conversione della parte eccedente in mutuo ipotecario, in quanto si giungerebbe al paradosso del consolidamento dell'ipoteca per la parte fondiaria e dell'assoggettabilità alla revocatoria fallimentare *ex* art. 67 l.f. per la porzione ipotecaria. Le curie in discorso, inoltre, ritengono inapplicabile l'istituto della conversione in quanto le parti difficilmente avrebbero concluso un contratto di mutuo ipotecario, stanti i privilegi offerti dalla disciplina del credito fondiario.

ipoteca).

L'adesione alla soluzione prospettata dalla recente sentenza della Corte di Cassazione, secondo cui il superamento del limite di finanziabilità provoca soltanto mere sanzioni amministrative a carico della banca (204) appare, pertanto, non in linea con l'inquadramento sistematico del credito fondiario. In particolare, risulta discordante con le finalità poste alla base della soglia. Esse non possono essere circoscritte a quelle della sola tutela della stabilità patrimoniale della banca erogante nei confronti della quale l'istituto già offre un ampio regime di *favor*.

Altrettanto non condivisibili appaiono le diverse argomentazioni adottate da altri Giudici del merito (205), che individuano nel mutuo fondiario una *species* dei contratti di finanziamento, la validità dei quali non è inficiato dall'assenza dei requisiti dal fondiario. Non convince l'affermazione secondo

(204) Nello stesso senso, oltre alle più recenti pronunzie di Trib. Oristano, 28 gennaio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 463 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Discordanze giurisprudenziali*, cit.; Trib. Cagliari, 29 marzo 2016 e 30 marzo 2016, entrambe di prossima pubblicazione in *Riv. giur. sarda* con nota di F. ONNIS CUGIA (che, invero, aderiscono a tale orientamento in maniera perplessa, nella consapevolezza che la questione, allo stato, non appare sopita dai recenti arresti della Suprema Corte); Trib. Nuoro, 17 maggio 2016, in *Fall.*, 2016, p. 1241 s., con nota di V. SANGIOVANNI, *Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario ed effetti sul contratto*; nonché Trib. Monza, 2 luglio 2016, in *Il caso.it*, v. App. Roma, 4 maggio 1992, segnalata da C.M. TARDIVO, *Inderogabilità*, cit., p. 258 s.; v. anche Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. Fall.*, 2003, I, 116 ss., con nota di R. TRINCHIERI, *In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario.* Appare peculiare il decreto emesso da Trib. Milano, 30 giugno 2016, in *Il caso.it*, che condivide l'orientamento della Suprema Corte, ma sulla base di un diverso percorso argomentativo non ancorato sull'esclusione della nullità alla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, in quanto appare difficilmente negabile che la violazione del limite di finanziabilità non concerne una mera norma di comportamento. In dottrina cfr. G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contr.*, 2014, 452 ss; M. PIAZZA, *Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *Corr. giur.*, 2014, 926 ss.; D. TOMMASINI, *Note sul contenzioso dell'impresa in tema di mutuo ipotecario: limiti al finanziamento, operazioni di consolidamento e scioglimento del rapporto*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2013, 7.

(205) Trib. Udine, 29 maggio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 463 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Discordanze giurisprudenziali*, cit.

cui «*non si vede una ragione per cui ciò che sarebbe perfettamente valido ed efficace qualora le parti non avessero fatto alcun riferimento al "credito fondiario" (ovverosia l'erogazione di un finanziamento per importo superiore al valore del bene ipotecato) dovrebbe essere dichiarato nullo nel caso di invocazione delle norme del "credito fondiario" in mancanza di uno dei requisiti necessari per l'operatività di quelle norme*» (206), per cui alla violazione della disciplina sul credito fondiario conseguirebbe, *sic et simpliciter*, la disapplicazione della stessa. Dequalificando il contratto da mutuo fondiario ad ipotecario, viene meno tutta la disciplina di *favor* che il t.u.b. riserva all'ente creditizio [esenzione da revocatoria per la concessione di ipoteche a garanzia dei finanziamenti e per i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari (art. 39, comma 4°), diritto della banca di poter continuare o iniziare l'esecuzione individuale pur in presenza di fallimento del debitore (art. 41, comma 2°), destinazione alla banca delle rendite degli immobili ipotecati (art. 41, comma 3°)], garantendo comunque alla stessa il riconoscimento del privilegio dei mutui ipotecari ordinari. Il rimedio della disapplicazione della disciplina di cui agli artt. 38 ss. t.u.b. non rappresenta affatto una soluzione funzionale, in quanto le parti difficilmente avrebbero concluso un contratto di mutuo ipotecario, stanti i privilegi offerti dalla disciplina del credito fondiario.

Il nodo centrale della polemica si articola attorno al tema dell'iperprotezione bancaria nella disciplina del credito fondiario e della *ratio* sottesa alla disciplina stessa.

L'affermazione operata dalla Suprema Corte secondo cui la prescrizione del limite di finanziabilità opera al fine di impedire un'esposizione delle banche oltre un limite di ragionevolezza stride inequivocabilmente non solo da un punto di vista concettuale, in quanto le argomentazioni della Corte di

(206) Trib. Udine, 29 maggio 2014, cit. Tale orientamento, in dottrina, è stato condiviso da V. SANGIOVANNI, *Superamento dei limiti di finanziabilità*, cit., p. 1242 ss., spec. 1248 s.

Cassazione fanno diventare «*profilo di "stabilità" quello che in sé si pone, per contro, come prescrizione di efficienza*» (207), ma anche sotto il profilo della legittimità costituzionale della disciplina, che ingiustificatamente offre una disparità di trattamento a favore dell'ente creditizio. Ebbene, con siffatta tesi la Corte di Cassazione, per escludere il paradosso di pregiudicare – con la declaratoria di nullità del contratto e la conseguente caducazione della garanzia ipotecaria – il valore che la disciplina speciale intende proteggere, giunge all'altrettanto paradossale conseguenza di premiare l'irragionevolezza salvaguardando la disciplina privilegiata del credito fondiario.

Una lettura della disciplina esclusivamente *pro* banca, ancora, risulta assai fallace, in quanto esula da tutte le considerazioni relative alla lesione della *par condicio creditorum* a sfavore dei terzi creditori del mutuatario. Infatti, detto principio può essere derogato solo da una legittima causa di prelazione e tale non è un'ipoteca che sia stata posta a garanzia di un certo ammontare del credito, qualora siffatto limite venga superato (208).

La norma comportamentale mirante a impedire che le banche si espongano oltre un limite di ragionevolezza non deve ravvisarsi tanto nell'art. 38, comma 2°, t.u.b., quanto nei più generali principi contenuti nell'art. 5 t.u.b., che elenca i differenti valori ai quali deve rispondere la banca quando svolge l'attività bancaria tradizionale («*sana e prudente gestione*», «*stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario*») e presta servizi di investimento (cura dell'«*interesse dei clienti*», «*integrità dei mercati*») (209). Questi generali obblighi comportamentali, nella prassi si concretano nelle istruttorie reddituali svolte dalle banche nei confronti dei clienti allorché costoro consegnano la richiesta

(207) Così, efficacemente, A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit., p. 132.

(208) Così Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, cit.

(209) In argomento cfr. D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, Atti del primo convegno nazionale di Diritto Bancario *Contratti di credito e contratti di garanzia tra banca e clienti* tenutosi a Milano il 3 ottobre 2013, p. 1 ss.

di finanziamento alla banca, consegnando la documentazione idonea a valutare la capacità reddituale e autorizzandola al trattamento dei propri dati personali anche ai fini dell'interrogazione della Centrali dei rischi della Banca d'Italia e dei *credit bureau* privati.

Ciò consente alla banca di svolgere l'istruttoria della pratica di finanziamento, con la quale si analizza la documentazione inerente la situazione reddituale del cliente e si valuta la sua sostenibilità del finanziamento, per poi procedere alla c.d. delibera reddituale, ossia alla valutazione di fattibilità del finanziamento che la banca comunica al cliente in caso di esito favorevole dell'istruttoria. È solo dopo la valutazione del *rating* creditizio della clientela che la banca procede alla valutazione tecnica e giuridica dell'immobile oggetto di garanzia del finanziamento con la perizia che ne attesta il valore e la relazione notarile preliminare con cui un notaio certifica la titolarità effettiva dell'immobile e l'assenza di precedenti gravami ed ipoteche. Successivamente la banca comunica la delibera finale con cui, in caso di esito favorevole delle verifiche sull'immobile, esprime l'effettiva disponibilità a concedere il finanziamento, trasmettendo al cliente la proposta contrattuale di mutuo (che nella prassi bancaria è irrevocabile per un determinato periodo di tempo compreso, di norma, tra i tre e i sei mesi).

Il giudice di legittimità ha superato la concezione della previsione del limite di finanziabilità quale norma imperativa posta a presidio di un interesse generale rilevando che la stessa disposizione intende tutelare l'interesse particolare delle banche. Se in passato la giurisprudenza ha utilizzato il criterio della tutela dell'interesse generale per far rientrare nell'ipotesi di cui all'art. 1418, comma 1°, c.c. le norme imperative sprovviste di espressa sanzione di nullità (210), oggi la conclusione favorevole alla nullità del contratto – in assenza di un'esplicita previsione delle conseguenze derivanti dalla violazione

(210) Cfr. per tutte Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Foro pad.*, 1979, I, 364.

della norma – è conseguente ad una valutazione caso per caso della compatibilità tra previsione contrattuale ed interessi che l'ordinamento intende garantire attraverso la norma imperativa (211). È compito dell'interprete ricercare l'equilibrio tra regola e interessi particolari, giungendo alla scelta della nullità solo qualora quest'ultima non risulti esorbitante rispetto alla *ratio* sottesa alla norma violata.

È palese, pertanto, la confusione in cui sono incorse la recente giurisprudenza di legittimità e parte della successiva giurisprudenza di merito. Le sanzioni amministrative, così come la mera disapplicazione della disciplina di cui agli artt. 38 ss. t.u.b., non assicurano né la tutela degli interessi pubblici sottesi alla disciplina speciale del credito fondiario né quella della *par condicio creditorum* con la costituzione di una ipoteca illegale, espressione di norme imperative alla cui violazione consegue, necessariamente, la nullità del contratto *ex* art. 1418, comma 1°, c.c.

Ciò induce a soffermarci sul carattere di detta nullità rilevato dalla giurisprudenza maggioritaria. Alla base delle argomentazioni della tesi maggioritaria vi è la considerazione che, trattandosi di obbligazioni pecuniarie e, pertanto, divisibili (212) il contratto sarebbe riducibile ad un contenuto minore qualora vi sia una tale volontà delle parti. La previsione di cui all'art. 38, comma 2°, t.u.b. assumerebbe dunque i caratteri di una imperatività tipologia (213). In tali casi il rimedio sarebbe quello della nullità parziale con la conseguente sostituzione della clausola invalida.

---

(211) V. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato* Roppo, IV, 1, Milano, 2006, p. 37 ss., spec. 47. Cfr. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 186.

(212) *Contra* A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit., p. 132, nt. 10, secondo il quale «*la pattuizione relativa al montante di credito oggetto del finanziamento risulta, in sé, non segmentabile in più e distinte porzioni, per atteggiarsi invece come unità compatta*».

(213) È stata infatti ravvisata l'imperatività di una norma qualora essa determini la misura di una prestazione: cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative,* Milano, 1993, p. 61 s.; in tal senso v. anche A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 243 ss.

Non bisogna però confondere la questione della nullità parziale con la conversione del contratto nullo (o di parte dello stesso), come invece parrebbe fare certa recente giurisprudenza (214). La tesi della nullità parziale espressa dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione esclude la conversione per la parte eccedente in quanto l'istituto di cui all'art. 1324 c.c. presuppone la riconoscibilità di un contratto diverso. Convertendo la parte eccedente da mutuo fondiario a mutuo ipotecario, si consentirebbe comunque il conseguimento di quelli effetti vietati sia in tema di tutela di interessi pubblicistici sia di tutela della parità tra i creditori. Come è stato precisamente ravvisato, «*il riconoscimento della prelazione ipotecaria ad un contratto di mutuo fondiario dichiarato nullo consentirebbe al creditore di soddisfare il proprio interesse eludendo le norme imperative, così realizzando lo stesso scopo (privilegio sul bene) cui avrebbe avuto diritto se il mutuo fondiario fosse stato validamente concluso, risultato questo incompatibile con la volontà della legge di stabilire dei limiti alla concessione del credito fondiario e dunque ai limiti del negozio in frode alla legge*» (215).

Analoga critica può essere mossa alle argomentazioni addotte da chi riconosce l'ammissione allo stato passivo in via privilegiata della banca, rilevando la semplice disapplicazione della disciplina speciale senza che la violazione del limite di finanziabilità infici la validità del contratto (216).

Pertanto, le argomentazioni contrarie alla tesi della nullità parziale, pur partendo dalla considerazione fondamentale per cui le parti difficilmente avrebbero stipulato un mutuo ipotecario ordinario in luogo di uno fondiario, giuste le specificità ed i privilegi per l'ente creditizio mutuante del credito fondiario, sono corrotte dal fatto che tengono conto di una conversione della porzione di mutuo eccedente il limite di finanziabilità che effettivamente creerebbe una diversità di disciplina tra le due porzioni di mutuo e, non da

(214) Trib. Firenze, 30 ottobre 2014, cit.

(215) Così Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, cit.

(216) Trib. Udine, 29 maggio 2014, cit.

ultimo, premierebbero l'irragionevolezza della banca. Ebbene, escludendo la conversione *ex* art. 1424 c.c., la tesi della nullità parziale appare essere la giusta sintesi tra la volontà della legge e gli interessi delle parti, in quanto si preserva sia l'intento di stabilire dei limiti alla concessione del credito fondiario, sia - da un lato - si consente di mantenere al cliente (il quale deve escludersi abbia un incondizionato interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità) (217) l'accesso al credito che può consentire anche il superamento di condizioni di crisi dell'impresa, che di conservare - dall'altro - i benefici previsti dalla disciplina a favore dell'ente creditizio finanziatore (218).

Elemento comune a tutte le pronunce, a partire dal *revirement* della Suprema Corte, è l'esclusione di un rapporto tra il credito fondiario e la normativa di cui al Titolo VI t.u.b., in particolare con l'art. 117, comma 8°.

In proposito era sorto un orientamento, formato da una nota pronunzia dello stesso giudice di legittimità (219) e da una copiosa giurisprudenza di

(217) Rileva efficacemente L. BALESTRA, *Il superamento*, p. 421, che siffatta conclusione si fonda sulla considerazione erronea e *naif* secondo cui il finanziamento produrrebbe un incremento patrimoniale, che è invece controbilanciato dall'obbligo di restituzione il capitale, a cui si aggiunge l'obbligazione di corrispondere gli interessi maturati: sul punto v. U. MINNECI, *Mutui fondiari*, cit., 135; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Il caso.it*, 4 ss. Sull'interesse del cliente ad impugnare cfr. A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit., p. 131; S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB*, cit., p. 442 s., il quale ravvisa che fornisce ampia dimostrazione di ciò il fatto che le curatele fallimentari si oppongono alle pretese delle banche al fine di «*evitare lo scorporo dalla massa di un immobile quale cespite gravato da un'ipoteca di primo grado*» ovvero al fine di rimuovere, con la declaratoria di nullità, l'ipoteca di primo grado «*senza dubbio incidente in modo deteriore sulla quotazione commerciale di un immobile che magari un terzo potrebbe, nel frattempo, aver maturato l'intenzione di acquistare*».

(218) Sotto questo aspetto risulta pertanto condivisibile l'osservazione di S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB*, cit., p. 450, secondo cui una nullità totale risulterebbe eccessiva, considerato che così cadrebbe anche la parte del mutuo fondiario fino al limite del massimo finanziabile. Nello stesso senso v. M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità*, cit., p. 563 ss.

(219) Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, cit.

merito (220).

In proposito si era statuito che il fondamento delle precisazioni della Banca d'Italia in materia di limiti di finanziabilità consisterebbe nel potere normativo conferito a tale autorità creditizia dall'art. 117, comma 8°, t.u.b. Dal predetto assunto ne è discesa la statuizione secondo cui, in caso di difformità rispetto alle Istruzioni della Banca d'Italia emanate in attuazione dell'art. 38, comma 2°, t.u.b., il contratto non sfugge dalla sanzione di nullità posta dall'art. 117, comma 8°, t.u.b.

La norma appena richiamata è di particolare rilievo sistematico (221) ed esprime due regole (222) di diversa portata. Con la prima si attribuisce alla Banca d'Italia il potere di prescrivere per determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, un contenuto tipico determinato; la seconda introduce la sanzione della nullità per i contratti difformi dalle predette prescrizioni.

La Corte di Cassazione (223), al contrario, ha escluso la nullità del contratto *ex* art. 117, comma 8°, t.u.b. statuendo che il limite di finanziabilità non rientra in una delle ipotesi genericamente previste dalla norma. La Suprema Corte svolge le proprie argomentazioni su due differenti piani che corrispondono proprio alle due regole desumibili dalla disposizione del testo unico bancario.

Con riguardo al potere della Banca d'Italia di prescrivere il contenuto di determinati contratti, in dottrina sussistono due orientamenti (224). Il primo

(220) V., *ex pluribus*, Trib. Lodi, 24 aprile 2013; Trib. Cagliari, 4 aprile 2013; Trib. Venezia, 26 luglio 2012; Trib. Cagliari, 15 marzo 2012, citt.

(221) L. DE ANGELIS, *Commento* sub *art. 117 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1698.

(222) Come lucidamente ravvisa U. MAJELLO, *Commento* sub *art. 117 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, II, cit., p. 1943.

(223) Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit.

(224) Che A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma 31 gennaio 1997, *Quaderni di ricerca della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n.

riconosce che alla Banca d'Italia sia stato attribuito un potere di tipizzazione dei contratti (225). L'altro, prevalente, rileva in capo alla stessa Banca d'Italia un più limitato potere di connotazione (226).

Secondo l'interpretazione estensiva, la Banca d'Italia avrebbe un potere di natura creativa di nuovi contratti, imponendo una «*forma-contenuto*» (227). La norma consentirebbe una potenziale «*amministrativizzazione dei contratti bancari tale da sottrarre pressoché integralmente il contenuto degli stessi all'esplicazione*

49, 1999, p. 22 ss., definisce rispettivamente «*forte*» e «*debole*».

(225) Aderiscono a questa tesi A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, p. 583; U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel- la nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1254; V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impr. soc.*, 1994, p. 182; A. TIDU, voce *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, p. 6 s.; P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*[2], I, Torino, 2005, p. 183 ss.

(226) La posizione è sostenuta da G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, II, p. 935 ss.; ID., *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art 117, comma 8 del Testo Unico Bancario*, in AA.VV., *Fondamento* ecc., cit., p. 65 ss.; ID., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 210 ss.; A.A. DOLMETTA, *Normativa*, cit., p. 22 ss., spec. 26; R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela,* in AA.VV., *Fondamento* ecc., cit., p. 71 ss., spec. 83 ss., ove supera quanto scritto in *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 222 ss., a proposito del «*potere di tipizzazione di "contratti e titoli" attribuito alla Banca d'Italia*» utilizzando le espressioni «*conformazione contrattuale*», «*normalizzazione contrattuale*» e affermando che «*parlare di un potere di "tipizzazione" dei contratti è eccessivo, e meglio potrebbe essere ricorrere al concetto di "connotazione"*»; G. AGRESTI, *Le norme sui contratti*, in P. FERRO LUZZI – G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, III, Milano, 1996, p. 1843 ss.; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 168; A. MIRONE, *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 280 ss.; R. RESTUCCIA, *Profili del contratto di gestione patrimoniale individuale*, Milano, 2009, p. 192 ss.; L. DE ANGELIS, *Commento* sub *art. 117*, cit., p. 1700 s. V. anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 724 s., il quale nonostante utilizzi l'espressione «*tipizzazione amministrativa dei contratti bancari*» fornisce una lettura «*debole*» della norma, concludendo che «*questa norma introduce certamente un limite all'autonomia contrattuale, ma non nel senso di precludere la stipulazione di contratti atipici o di emettere titoli non tipizzati, ma più semplicemente impedendo che certi contratti o titoli espressamente e normalmente individuati con un nome o un contenuto consolidato, presentino contenuti diversi da quelli che, prima la prassi e poi l'autorità creditizia hanno determinato*».

(227) Così R. LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 222.

dell'autonomia contrattuale» (228).

Una simile prospettazione non è condivisa da chi offre una lettura della norma meno ampia. Secondo tale opinione una diversa interpretazione penalizzerebbe l'autonomia privata (229). Si afferma quindi che alla Banca d'Italia non è conferito dall'art. 117, comma 8°, t.u.b. un potere creativo, bensì una funzione meramente ricognitiva dei contratti bancari e finanziari socialmente tipici (230) al fine di garantire la trasparenza con particolare riguardo all'uniformità dei linguaggi informativi (231).

In particolare si è osservato che il potere normativo della Banca d'Italia sarebbe finalizzato ad evitare possibili confusioni in capo al cliente nella identificazione del tipo contrattuale (232). La norma conferirebbe alla Banca d'Italia il potere di prescrivere un contenuto tipico determinato, ossia di stabilire le caratteristiche che un contratto deve possedere per poter essere indicato con un determinato *nomen iuris* (233). I contratti possono essere «*individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi*». È doveroso riscontrare che finora la Banca d'Italia ha utilizzato il

(228) Così A. TIDU, voce *Trasparenza*, cit., p. 6 s.

(229) Si soffermano opportunamente su tale profilo G. AGRESTI, *Le norme sui contratti*, cit., p. 1844; G. DE NOVA, *Trasparenza*, cit., p. 937 ss., spec. 941. Ancora, sulla relazione tra autonomia privata e il potere normativo della Banca d'Italia, v. ampiamente M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 122 ss.; M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 78 ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, *ibidem*, p. 97 ss. Sulla problematica che la standardizzazione per via amministrativa dei contratti bancari possa limitare la concorrenza tra le banche v. R. LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 224 ss.; ID., *Il controllo amministrativo* ecc., cit., p. 84 ss.; F. MAZZINI, *Contratti bancari e tutela del cliente*[2], Siena, 2010, p. 9 ss.

(230) G. AGRESTI, *Le norme sui contratti*, cit., p. 1844 s.

(231) V. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 725.

(232) Da G. DE NOVA, C*ontratti bancari DOC*, in *Contr.*, 1993, p. 525.

(233) Espressamente in tale direzione G. DE NOVA, *Trasparenza*, cit., p. 938 s., il quale afferma altresì che «*la necessaria correlazione tra* nomen *e contenuto minimo si traduce in due precetti: a quel* nomen *deve corrispondere quel contenuto tipico minimo; a quel contenuto tipico minimo deve corrispondere quel* nomen».

suo potere con parsimonia, limitandosi a prescrivere le caratteristiche tipiche minime di determinate forme negoziali già recepite nella realtà socio-economica (234).

La Suprema Corte ha introdotto alcune argomentazioni dirimenti per la riconducibilità del provvedimento emanato dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 38, comma 2°, t.u.b. alle ipotesi previste dall'art. 117, comma 8°, t.u.b. statuendo innanzitutto che è la prima delle due norme a determinare quale sia il contratto su cui l'autorità creditizia deve intervenire e non, invece, quest'ultima con proprio apposito provvedimento (235). Inoltre secondo la S.C. non compete alla Banca d'Italia nemmeno la individuazione del contenuto tipico del contratto, in quanto è sempre lo stesso art. 38 t.u.b. a tipizzare e rendere necessaria la clausola sull'ammontare massimo del finanziamento. Alla Banca d'Italia – in conformità delle deliberazioni del CICR – è dunque demandata unicamente la determinazione della percentuale massima di concessione in rapporto al valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire (236). La previsione del limite di finanziabilità è, in conclusione, un'ipotesi autonoma e distinta rispetto a quelle di previsione del contenuto tipico minimo del contratto di cui all'art. 117, comma 8°, t.u.b.

L'esclusione della clausola sul limite di finanziabilità dal contenuto tipico minimo del contratto *ex* art. 117, comma 8°, t.u.b. appare altresì coerente con

(234) V. F. MAZZINI, *Contratti bancari*, cit., p. 9. Cfr. anche G. DE NOVA, *Trasparenza*, cit., p. 940, secondo il quale la Banca d'Italia può solo recepire contratti diffusi nella prassi, ma il potere di connotazione è inteso dalle autorità creditizie in un senso molto lato, comprensivo anche di un potere creativo di titoli e contratti: ne è esempio la Deliberazione CICR, 3 marzo 1994, che menziona titoli nuovi quali i certificati di investimento.

(235) In un'analoga prospettiva v. G. FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, p. 707.

(236) Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori: cfr. le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, Titolo V, Capitolo 1, Sezione II, Paragrafo 1.

l'evoluzione giurisprudenziale in materia di potere di incisione *ab extra* del contratto ad opera delle autorità di vigilanza.

L'asserzione che i provvedimenti di Banca d'Italia e Cicr non siano idonei ad integrare il contratto di mutuo fondiario con la clausola che determina il *quantum* del limite di finanziabilità, rimettendo comunque la valutazione estimatoria dell'immobile all'istruttoria tecnica, è coerente con il consolidato orientamento secondo cui il precetto dell'autorità amministrativa è di diretta regolamentazione del contratto quando non lascia alcuno spazio d'azione al destinatario del provvedimento (237).

In proposito appare coerente l'argomentazione con cui la Suprema Corte ha posto in evidenza come il limite di finanziabilità non faccia parte del contenuto del contratto, non avendo la Banca d'Italia prescritto l'indicazione degli elementi in riferimento ai quali è determinata la somma massima erogabile (19). Il tetto massimo di finanziabilità non è individuabile dal testo del contratto e «*può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto*» (238). Ciò conduce ad escludere definitivamente che possa essere ravvisata una nullità per illiceità dell'oggetto

(237) Trattasi di pronunce in materia di contratti di utenza di energia elettrica che, come è stato puntualmente ravvisato da M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit. p. 186, esprimono un principio di diritto decisamente suscettibile di generalizzazione: cfr., *ex multis*, Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 897 ss., con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333 (ord.), in *Corr. giur.*, 2013, p. 603 ss., con nota di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*; Cass., 17 giugno 2014, n. 13764, in *De jure*.

(238) Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit. Viene così inoltre fatta chiarezza sull'impossibilità di conferire potere eteronomo a quei provvedimenti che integrano il contratto con una clausola determinabile, a cui le citate pronunzie in materia di eteronimia del contratto avevano lasciato qualche spiraglio di legittimità *ex* art. 1346 c.c., ma con la puntualizzazione che «*l'onere di specificazione si trasferisce almeno al procedimento ed ai contenuti della determinazione*»: sul punto cfr. in particolare Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit.

del contratto *ex* art. 1418, comma 2°, c.c. (239).

L'accertamento del valore dell'immobile avviene in una fase prodromica e preparatoria alla concessione del finanziamento richiesto, ove la banca è tenuta ad esaminare i dati relativi alla finanziabilità dell'operazione proposta e all'affidabilità economico-patrimoniale del mutuatario (240). L'istruttoria si compone di una fase tecnica e di una fase legale: nella prima, attraverso la perizia di un professionista di fiducia della banca, viene individuato il valore del bene o il costo delle opere in rapporto al quale è determinato l'importo massimo finanziabile (241). La perizia è «*il primo cardine per la corretta concessione del finanziamento*» (242), ma occorre sottolineare che l'indicazione dell'importo massimo finanziabile di regola non fa parte del contenuto negoziale. È significativo rilevare come anche nello *Schema A.B.I. di Contratto di finanziamento fondiario stipulato in atto unico e annesso Capitolato* (243) (al quale le banche nella prassi si ispirano nella redazione dei contratti) sia indicata soltanto la somma mutuata e non il valore dell'immobile o delle opere da eseguire risultante dall'istruttoria tecnica né tantomeno il rapporto tra importo finanziato e valore del bene o delle opere (244). Ciò considerato, sarebbe erroneo ricomprendere il limite di finanziabilità nel contenuto tipico del contratto di credito fondiario determinato *ex* art. 117, comma 8°, t.u.b. dalla Banca d'Italia.

---

(239) V. gli Autori citati *supra* alla nt. 200.

(240) Sul processo di istruttoria da parte delle banche cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 59 ss.; F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 49 ss.

(241) Sui criteri di stima del valore degli immobili si segnala l'attenta ed approfondita disamina di G. SETTANNI – M. RUGGI, *Contratto di mutuo fondiario*, cit., p. 392 ss.

(242) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 62.

(243) Definito dall'A.B.I. e dalle più rappresentative associazioni di consumatori il 23 marzo 2000.

(244) Anche C.M. TARDIVO – M. VENTOLA, *Il credito fondiario ed edilizio nella legislazione vigente*[2], Roma, 1988, p. 48 s., nell'individuare il contenuto tipo del contratto di credito fondiario, facevano riferimento solo alla somma determinata concessa a mutuo e non al valore del bene o delle opere in rapporto al quale la somma mutuata doveva essere stata determinata.

Nella prospettiva di irriconducibilità della determinazione dei limiti di finanziabilità al potere normativo – a prescindere dagli ulteriori dubbi circa la sua qualificazione come tipizzante o connotativo – della Banca d'Italia propende anche chi (245) ritiene che la prescrizione dei suddetti limiti, inserendosi tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi «*fondiario*», non sia ascrivibile a quel contenuto tipico minimo determinato dall'autorità creditizia. Tale conclusione sarebbe avvalorata dal fatto che le Istruzioni della Banca d'Italia non solo non attengono alla prescrizione del contenuto del contratto, ma nemmeno contengono la denominazione di un contratto e tantomeno richiamano tra le fonti normative l'art. 117, comma 8°, t.u.b. (246).

L'indipendenza del credito fondiario dall'art. 117, comma 8°, t.u.b., inoltre, postula inequivocabilmente l'esclusione dell'applicabilità della nullità di protezione *ex* art. 127, comma 2°, t.u.b., il quale – come è noto – statuisce che le nullità previste dalle norme contenute nel Titolo VI t.u.b. «*operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*».

Senza soffermarsi sulla portata della nullità prevista dall'art. 127 t.u.b. (247),

---

(245) G. FALCONE, *Riflessioni*, cit., p. 707 s.

(246) V. S. BONFATTI, *Le procedure concorsuali e le garanzie bancarie. La verifica dei requisiti di regolarità formale e l'assoggettabilità delle garanzie a revocatoria fallimentare dopo il nuovo testo unico*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1996, I, p. 58.

(247) Sulla quale si segnala il recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 113 ss. e massime in *Corr. giur.*, 2015, p. 88, con nota di V. CARBONE, *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; la sentenza n. 26242/2014 è pubblicata altresì in *dirittobancario.it* con nota di U. MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione* ex *art. 127 TUB*), le quali, con due sentenze gemelle, ravvisano che la rilevabilità officiosa della nullità *ex* art. 127, comma 2°, t.u.b. «*rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata*», per cui il rilievo officioso delle nullità di protezione sarebbe riservato al solo interesse del contraente debole, evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri del giudice per un proprio interesse, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela. *Contra*, cfr. Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013,

questa non appare possa trovare rilievo nel momento in cui si esclude un rapporto tra il credito fondiario e la norma di cui all'art. 117, comma 8°, t.u.b.

Pertanto, risulta incongruente la critica mossa da chi rileva che la sentenza della Suprema Corte - affermando l'inservibilità della norma nelle ipotesi di nullità del contratto di credito fondiario – offre una lettura riduzionista della nullità di protezione di cui all'art. 127 t.u.b., in quanto predicare la pertinenza delle logiche di funzionamento di siffatta nullità alla nullità conseguente alla violazione dei limiti di finanziabilità (248) trascura evidentemente il fatto che la nullità protettiva speciale si riferisca esclusivamente alla disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti.

La specialità della nullità di cui all'art. 127 t.u.b. allontana inoltre qualsiasi

---

I, p. 15 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, secondo cui il rilievo delle nullità di protezione è espressamente rimesso alla volontà della parte debole. Sul punto si veda inoltre la recente sentenza Trib. Torino, 31 ottobre 2014, in *Il caso.it*, la quale considera le nullità previste dal Titolo VI t.u.b. quali nullità c.d. unilaterali, *scilicet* nullità che possono essere fatte valere esclusivamente dal cliente (quantomeno nel testo anteriore alla riforma operata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che non prevedeva la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice). Per siffatta giurisprudenza di merito a ciò consegue che, se il cliente preferisce chiedere l'esecuzione del contratto bancario ancorché amorfo o in ogni caso non ne eccepisce la nullità «*il giudice non può rilevarla d'ufficio in deroga alla generale rilevabilità ex art. 1421 c.c. della nullità contrattuale. Il testo attualmente vigente dell'art. 127 è, incidentalmente, ancora più chiaro, consentendo bensì la rilevabilità da parte del giudice di una nullità prevista dalle norme di trasparenza, ma soltanto alla condizione che essa operi "a vantaggio del cliente", secondo il modello delle c.d. nullità di protezione*». Ritiene che la nullità di protezione fosse sicuramente rilevabile d'ufficio anche prima che l'art. 127 come novellato dalla riforma del 2010 A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 43, nt. 9. Sulla non riducibilità della regola dell'operatività a vantaggio del cliente alla legittimazione relativa cfr. anche U. MALVAGNA, *Credito fondiario*, cit., p. 139 ss., che in particolare discute dell'eventualità di un'estensione della legittimazione ai terzi creditori non garantiti. Per una compiuta ed approfondita disamina delle tematiche connesse all'art. 127 t.u.b. v. anche il pregevole contributo di M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'*obiter *delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 172 ss.

(248) Così, per l'appunto, da U. MALVAGNA, *Credito fondiario*, cit., p. 142, che afferma l'applicabilità dello statuto nullità di protezione, sul presupposto che la norma sul limite di finanziabilità possieda una caratteristica di imperatività tipologica, così come ritiene A.A. DOLMETTA, *Identità*, cit., p. 129. Si tratta di un'ipotesi cui già faceva cenno G. PRESTI, *Costituzionalità*, cit., p. 216.

possibile dubbio circa il fatto che la teorizzata nullità virtuale conseguente al superamento del limite di finanziabilità possa essere ricompresa tra le cc.dd. nullità di protezione virtuale (249), in quanto la violazione del limite non giustifica l'applicabilità di una nullità con funzione protettiva, considerati gli esposti interessi tutelati dalla disciplina del credito fondiario e quelli sottesi alla disciplina del Titolo VI t.u.b., volta a tutelare i soggetti ritenuti più deboli di fronte ad una situazione di disparità di posizione contrattuale assoggettando le parti ad una differente disciplina (250). Come rilevato da un'autorevole dottrina (251), infatti, la stessa nullità di protezione, essendo posta all'esclusivo servizio del vantaggio del cliente, deve essere qualificata come struttura rimediale a tutela diretta della posizione del cliente nel sinallagma, con la conseguenza che l'estraneità tra la disciplina del credito fondiario ed il rimedio della nullità di protezione affermata sia dalla Suprema Corte che dalla successiva giurisprudenza di merito appare fisiologica in una lettura sistematica tanto della disciplina di protezione del cliente quanto del credito fondiario.

2.3. Credito fondiario e anatocismo **–** Altra questione sulla quale si è sviluppato un annoso dibattito è quello relativo sia alla normativa da applicare *ratione temporis*, sia alla legittimità nei contratti di credito fondiario di una clausola anatocistica (252).

---

(249) Su cui cfr. Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, citt.

(250) Sul fondamento normativo della regola di protezione cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 43 ss.

(251) Ancora, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 44.

(252) Sull'argomento, cfr. F. ONNIS CUGIA, *Anatocismo e interessi corrispettivi nei contratti di credito fondiario*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 88 ss.; G. CAPALDO, *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2010, p. 169 ss.; C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit. p. 265 ss.; F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 155 ss.; A.U. PETRAGLIA, *Anatocismo ed usura nei contratti a medio e lungo termine*, in *Fall.*, 2001, p. 1315 ss.; G. FALCONE, *I contratti di finanziamento fondiario alla luce delle delibere Cicr in tema di anatocismo e di*

Fino all'entrata in vigore del t.u.b. era positivamente riconosciuta la validità dell'anatocismo nel credito fondiario, giusta la previsione che le somme dovute e non pagate producessero, di pieno diritto, interessi dal giorno della scadenza (253). Il t.u.b. non ha riproposto la disposizione previgente, lasciando un vuoto normativo colmatosi solo con l'art. 3 della delibera CICR 9 febbraio 2000 (254) che ha definitivamente regolamentato e legittimato la produzione di effetti anatocistici nel credito fondiario. La delibera CICR opera però *ex nunc*, quindi sussistono numerosi dubbi interpretativi circa la disciplina applicabile ai contratti conclusi tra il 1° gennaio 1994 e il 22 aprile 2000, rispettivamente date dell'entrata in vigore del t.u.b. e della delibera.

In dottrina si sono formati due orientamenti. Secondo taluno (255) per i contratti conclusi dall'entrata in vigore del t.u.b. fino alla delibera del CICR la pretesa di interessi anatocistici non ha fondamento ed è quindi viziata da nullità per violazione dell'art. 1283 c.c. Viceversa, un'altra corrente di pensiero (256) riconosce l'esistenza di un uso normativo che deroga al divieto di cui all'art. 1283 c.c.

Secondo tale opinione la costante previsione dell'anatocismo nel mutuo fondiario a far data dall'entrata in vigore del d.p.r. 646/1905 ed il suo riconoscimento da parte di dottrina e giurisprudenza permette di ravvisare il

---

anticipata estinzione, in *Bancaria*, 2000, 10, p. 46 ss.

(253) V. l'art. 38, comma 2°, r.d. 646/1905; art. 14, comma 2°, d.p.r. 7/1976; art. 16, comma 2°, l. 175/1991, il quale però demandava ad un decreto del ministro del tesoro, sentito il CICR, la determinazione della misura degli interessi di mora. La deroga prevista dalla previgente disciplina è però da escludere per quei contratti conclusi posteriormente al 1° gennaio 1994, in quanto non è stata reiterata dal t.u.b., il quale all'art. 161 prevede che si continui ad applicare la previgente disciplina ai contratti in essere al 1 gennaio 1994.

(254) Sulla delibera CICR 9 febbraio 2000 in generale v. P. DE GIOIA CARABELLESE, *L'anatocismo nei rapporti tra banca e cliente: la deliberazione del CICR*, in *Contr.*, 2000, p. 411 ss.

(255) P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ. Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, IV, 17, Napoli, 2004, p. 140.

(256) G. CAPALDO, *L'anatocismo*, cit., p. 180 ss.; A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Mutuo fondiario e divieto di anatocismo: falso problema o persistente* querelle*?*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 394 ss.

presupposto dell'*opinio iuris ac necessitatis* che la Corte di Cassazione ha escluso sussistere, invece, negli usi – aventi mero carattere negoziale – applicati nella pratica anatocistica bancaria a partire dal *revirement* del 1999 (257). Se anche non si volesse accogliere la tesi della sussistenza di un uso normativo (258), c'è chi giustifica la deroga della disciplina previgente nell'ottica di evitare una soluzione di continuità nell'applicazione di uno stesso trattamento a fattispecie negoziali strutturalmente identiche, evitando così una disparità di trattamento fondata sulla sola data di stipulazione del contratto (259).

La giurisprudenza di legittimità fino a non molto tempo fa si è occupata solamente di contratti di credito fondiario conclusi anteriormente al 1 gennaio 1994 (260), adeguandosi al tenore della normativa applicabile *ratione temporis* e non dubitando mai, pertanto, che, il mancato pagamento di una rata di credito fondiario comportasse l'obbligo di corrispondere gli interessi di mora

(257) Cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2374 (sull'anatocismo nei contratti di mutuo) e Cass., 30 marzo 1999, n. 3096 (sull'anatocismo nel contratto di conto corrente bancario), entrambe in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 399 ss., con note di M. SPADA (senza titolo); E. GINEVRA, *Sul divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*; A.A. DOLMETTA – A. PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo*. Tale orientamento è stato definitivamente rafforzato da Cass., SS.UU., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Corr. giur.*, 2005, p. 214 ss., con nota di B. INZITARI, *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*.

(258) Sul punto cfr. G. GRASSO, *Cassazione, anatocismo e istituti di credito: possono le banche vantare un legittimo affidamento sull'interpretazione uniforme della Suprema Corte di Cassazione?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 61 ss.; B. INZITARI, *Le sezioni unite*, cit., p. 217 ss.

(259) Così G. CAPALDO, *L'anatocismo*, cit., p. 182, la quale ipotizza che l'assenza di una previsione delle regole speciali in tema di anatocismo nel credito fondiario sia stata una scelta del legislatore del t.u.b., il quale ha voluto snellire e sintetizzare la materia in quanto sarebbe stato «*inutile e ridondante*» riprodurre una regola considerata «*un vero e proprio uso normativo*». In giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 11 luglio 2011.

(260) V., Cass., 25 settembre 2013, n. 21885; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4020; Cass., 14 febbraio 2013, n. 3656; Cass., 3 maggio 2011, n. 9695; Cass., 29 gennaio 2009, n. 2213; Cass., 31 gennaio 2006, n. 2140, in *Corr. giur.*, 2007, p. 394 ss., con nota di A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Mutuo fondiario*, cit.; Cass., 20 febbraio 2003, n. 2593, in *Corr. giur.*, 2003, p. 874 ss., con nota di S. BASTIANON, *Tassi bancari ultralegali e anatocismo: il punto di vista della giurisprudenza di merito e della Cassazione*; in *Banca borsa e tit. cred*, 2003, II, p. 505 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *Divieto di anatocismo e mutui bancari. Riflessi per i finanziamenti fondiari*.

sull'intero suo ammontare, inclusa la parte che rappresentava gli interessi di ammortamento, mentre nei pochi precedenti relativi a contratti di credito fondiario conclusi tra il 1994 e la delibera CICR del 2000 propende – così come la giurisprudenza di merito – per l'applicabilità della disciplina prevista per i contratti di mutuo ordinario (261). Secondo tale orientamento dovrà pertanto ritenersi nulla la clausola che prevede interessi anatocistici e illegittima l'applicazione della stessa sulle rate scadute e non pagate. Tali somme dovranno essere restituite nei modi e nei termini di cui all'art. 2033 c.c. (262).

Deve però segnalarsi una giurisprudenza di merito (263) che, senza soffermarsi su un'analisi della normativa applicabile *ratione temporis* al caso di specie, aderisce a quell'orientamento maggioritario in dottrina, ma non accolto nelle decisioni della giurisprudenza di merito (e dell'Arbitro Bancario-Finanziario), secondo cui nei contratti di mutuo fondiario deve considerarsi valida la clausola che permette di conteggiare gli interessi di mora anche sulle somme dovute a titolo di interesse corrispettivo.

L'adesione all'orientamento che ammette un'applicazione ultronea della disciplina derogatoria previgente al t.u.b. si allontana dalla più recente giurisprudenza delle SS.UU. (264). La S.C., infatti, ha affermato che la

(261) V. Cass., 22 maggio 2014, n. 11400; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Napoli, 9 agosto 2012, n. 2756; Trib. Nocera Inferiore, 6 dicembre 2011; Trib. Nuoro, 10 marzo 2008, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2009, II, p. 576 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *Brevi note in tema di interessi anatocistici e usurari nel finanziamento fondiario*. Parrebbero affermare implicitamente lo stesso principio, pur occupandosi di un contratto di credito fondiario stipulato anteriormente al 1° gennaio 1994, App. Napoli, 18 giugno 2010; Trib. Palmi, 21 luglio 2004. Aderisce pedissequamente al principio di diritto espresso da Cass., 22 maggio 2014, n. 11400, cit., pur non essendo specificata la data di conclusione del contratto, Cass., 7 giugno 2016, n. 11638.

(262) Così Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Napoli, 9 agosto 2012, n. 2756, cit.

(263) Trib. Cagliari, 26 giugno 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 85 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Anatocismo*, cit.

(264) Cass., SS.UU., 19 maggio 2008, n. 12639, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1145 ss., con nota di C. LEGGIERI, *Mutuo fondiario ed inadempimento del mutuatario: calcolo degli interessi di mora*. Deve comunque sottolinearsi, per completezza, che la decisione delle SS.UU. ha alla base un contratto per il quale, *ratione temporis*, si applicava la disciplina del d.p.r. 7/1976.

risoluzione del contratto conseguente all'inadempimento del mutuatario comporta che costui deve provvedere, oltre al pagamento integrale delle rate già scadute, all'immediata restituzione della quota di capitale ancora dovuta, ma non al pagamento degli interessi corrispettivi conglobati nelle semestralità a scadere. Sul credito così determinato vanno successivamente calcolati gli interessi di mora al tasso convenzionalmente pattuito se superiore al saggio legale. Se, quindi, alla luce dell'intervento della giurisprudenza di legittimità, tramonta la concezione della rata di mutuo fondiario come *unicum* (265) in favore di una visione che distingue la quota per capitale da quella per interessi (266).

Con specifico riferimento alla disciplina e alle problematiche relative ai contratti di credito fondiario conclusi con un consumatore per finanziare

(265) La concezione della rata di mutuo fondiario come *unicum* porta a ritenere che allora la condizione risolutiva prevista rispettivamente dall'art. 39 r.d. 646/1905, dall'art. 15 d.p.r. 7/1976 e dall'art. 16 l. 175/1991 comporterebbe non la risoluzione del contratto, bensì una decadenza dal beneficio del termine alla stregua del disposto dell'art. 1186 c.c. Aderiscono a tale orientamento in giurisprudenza di legittimità Cass., 31 gennaio 2006, n. 2140, cit.; Cass., 12 luglio 2005, n. 14584, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2854 ss., con nota redazionale; Cass., 2 novembre 2000, n. 14377, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1014 ss.; Cass., 10 aprile 1991, n. 3763, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 2023, con nota di S. SOTGIU, *Ritardato pagamento del credito fondiario e risoluzione del mutuo*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 279 ss., con nota di C. CAMARDI, *In tema di condizione risolutiva* ex *art. 39 t.u. sul credito fondiario*; Cass., 14 dicembre 1990, n. 11916, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, II, p. 18 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *A proposito del frazionamento di mutui fondiari e edilizi*; Cass., 19 giugno 1990, n. 6153; Cass., 8 luglio 1986, n. 4451; in giurisprudenza di merito Trib. Torino, 3 novembre 2006; Trib. Palmi, 21 luglio 2004, cit.; Trib. Napoli, 8 giugno 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, II, p. 90 ss., con nota (senza titolo) di N. DE LUCA; Trib. Torino, 22 gennaio 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 91 ss.; Trib. Roma, 13 luglio 1985, in *Fall.*, 1986, p. 213 ss.; in dottrina B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 273; A.U. PETRAGLIA, *Anatocismo*, cit., p. 1315.

(266) In questi termini App. Santa Maria Capua Vetere, 9 novembre 2010. Questa è la soluzione accolta da Cass., SS.UU., 19 maggio 2008, n. 12639, cit., laddove ritiene che l'esercizio della condizione risolutiva da parte dell'istituto di credito mutuante in caso di inadempimento del mutuatario sia applicazione di una clausola risolutiva espressa. In senso con- forme a questo orientamento v. Cass., 29 gennaio 2009, n. 2213, cit.; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20449, in *Dir. giust.*, 2006, p. 32 ss.; Cass., 20 febbraio 2003, n. 2593, cit.; Cass., 8 luglio 1998, n. 6668; Cass., 2 marzo 1988, n. 2196; Cass., 6 maggio 1977, n. 1724; Cass., 29 novembre 1971, n. 3479.

l'acquisto di un immobile si rimanda a quanto più nel dettaglio si dirà *infra*, al § 8 del presente capitolo.

3. ***Credito fondiario e mutuo di scopo: la legislazione delle Regioni a Statuto speciale (con particolare riferimento alla L.R. Sardegna 30 dicembre 1985, n. 32)*** **–** Prima dell'entrata in vigore del t.u.b., la dicotomia credito fondiario – credito edilizio si manifestava anche, e soprattutto, nella destinazione delle somme mutuate. Se nel credito fondiario dette somme non erano gravate da alcuna previsione di vincolo di destinazione (267), altrettanto non può dirsi per il credito edilizio, a cui l'art. 23 d.p.r. 7/1976 attribuiva uno scopo legal-tipico (268) in virtù del quale il danaro concesso dall'istituto creditizio doveva necessariamente essere destinato a specifici scopi edificatori (269).

(267) Come ha rilevato Cass., 24 ottobre 1967, n. 2621, «*quando la legge ha voluto che il mutuo fondiario sia destinato al miglioramento dei fondi sui quali è costituita l'ipoteca, a garanzia del credito fondiario, l'ha detto espressamente*».

(268) Si parla di mutuo di scopo legale allorché la legge preveda e regoli la destinazione della somma ad uno scopo corrispondente ad un interesse proprio anche del mutuante. La realizzazione di siffatto interesse è affidata all'adempimento, da parte del sovvenuto, di un'obbligazione avente ad oggetto il conseguimento dell'attività necessaria al conseguimento della finalità perseguita dalla legge. Sul punto cfr., *inter alios*, M.C. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016, p. 126 ss., ove ampi riferimenti bibliografici; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, p. 57 ss.; V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI – M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, p. 201.

(269) Cfr. Trib. Milano, 28 marzo 1991, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, p. 215 ss.

Giurisprudenza (270) e dottrina (271) concordano nell'escludere che col credito fondiario si sia in presenza di un mutuo di scopo. Diverso è il caso – pur ammesso (272) – in cui le parti prevedano una clausola di destinazione, inserendo nella struttura contrattuale uno scopo da perseguire mediante il vincolo della provvista.

Il mutuo fondiario non è dunque mutuo di scopo poiché nessuna delle norme da cui esso è regolato impone una specifica destinazione del finanziamento concesso né vincola il mutuatario al conseguimento di una finalità specifica e l'istituto mutuante al controllo dell'utilizzazione della somma erogata (273).

In tale contesto devono però registrarsi casi in cui la legislazione regionale ha previsto fattispecie di credito fondiario in cui le somme debbono essere destinate alla realizzazione dello scopo cui la legge ricollega la concessione del

(270) V. Trib. Mantova, 21 ottobre 2015; Cass., 20 aprile 2007, n. 9511, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1239 ss.; App. Napoli, 12 marzo 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 274 ss.; Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Fall.*, 2001, p. 1214 ss. , con nota di D. PLENTEDA, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario*; in *Giur. it.*, 2002, II, p. 782 ss., con nota di A.V. GUCCIONE, *La «fattispecie» del mutuo di scopo nella giurisprudenza*; in *Contr.*, 2001, p. 466 ss., con nota di M. SANTA MARIA, *La valutazione dell'intenzione delle parti nella qualificazione del contratto quale mutuo di scopo*. Si veda anche il vaglio di costituzionalità della disciplina fornito dalla Consulta con sentenza 10 giugno 2004, n. 175, in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 330 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *Ancora sui finanziamenti fondiari e mutui a medio o lungo termine con garanzia ipotecaria effettuati da banche: identità di fattispecie concrete e disparità di trattamento*, che ha ravvisato come l'intento di favorire la "mobilizzazione" della proprietà immobiliare – e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore, non vincolando costui a una specifica destinazione delle somme mutuate – costituisca una scelta di politica economica del legislatore, assolutamente razionale.

(271) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 30; ID., *Credito fondiario e alle opere pubbliche*, cit., p. 485; R. COSTI, voce *Crediti speciali*, cit., p. 5.

(272) Ancora, C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 30.

(273) Per una definizione di mutuo di scopo come quel contratto in ragione del quale una parte si impegna a provvedere temporaneamente di mezzi finanziari l'altra, la quale si obbliga a sua volta alla realizzazione delle attività o dei risultati convenuti, alla eventuale corresponsione di interessi e alla restituzione del capitale cfr. S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1.

mutuo. Il mutuatario, quindi, non si obbliga solo a restituire la somma pattuita, con i relativi interessi, ma anche a realizzare l'attività programmata che assume rilievo causale nell'economia del contratto.

La mancata destinazione delle somme erogate al raggiungimento dello scopo legale cui era preordinato il finanziamento implicherebbe la nullità del contratto (274). La Suprema Corte ha affermato che nel mutuo di scopo non sussiste un divieto ad una parziale utilizzazione delle somme ad estinguere i debiti precedentemente contratti dal mutuatario verso il mutuante, non determinando così la nullità del contratto per mancanza originaria della causa qualora sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi (275). In tal caso il raggiungimento dello scopo – secondo la giurisprudenza – va però provato dall'istituto erogante (276).

I finanziamenti agevolati presentano importanti criticità interpretative in virtù del pregnante intreccio tra elementi privatistici e pubblicistici, consensuali e provvedimentali nonché dalla coesistenza di elementi e atti di diversa natura (277).

In dottrina è stata operata una *summa divisio* tra le tipologie di finanziamenti agevolati, a seconda del tipo di intervento pubblicistico nell'erogazione. In proposito si distingue tra finanziamenti su fondi pubblici a tasso agevolato e finanziamenti bancari assistiti da agevolazione pubblica (278).

---

(274) Così, da ultimo, Trib. Asti, 12 gennaio 2016, in *Il caso.it*.

(275) Cass., 8 aprile 2009, n. 8564; Cass., 17 luglio 1997, n. 6572, in *Foro it.*, 1998, I, c. 169 ss.

(276) Cfr. Trib. Asti, 12 gennaio 2016, cit.

(277) Cfr. V. CAREDDA, *Osservazioni in tema di contratti di finanziamento assistiti da agevolazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 524.

(278) In tal senso v. A. GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino, 1982, p. 771 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 638 ss.; ID., voce *Mutuo di scopo*, cit., p. 10 ss.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 55 s., 246 ss.; V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 524 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il mutuo di scopo*, in V. BUONOCORE – A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti di impresa*, Milano, 1993, p. 1322 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 769 ss.

La prima tipologia si concreta in quello che dalla dottrina maggioritaria è considerato un contratto di diritto privato della pubblica amministrazione (279), la cui struttura è costituita da un prestito concesso da un ente pubblico sui propri fondi ad un tasso di interesse inferiore rispetto a quelli praticati sul mercato. Il finanziamento può essere erogato o direttamente dalla pubblica amministrazione ovvero per il tramite di un istituto di credito (280).

I finanziamenti su fondi pubblici a tasso agevolato sono ritenuti dei contratti di mutuo di scopo legale (281), in quanto il soggetto pubblico che eroga il finanziamento a condizioni agevolate è portatore di uno specifico interesse pubblico alla destinazione dedotta in contratto.

Il secondo *genus* di finanziamenti agevolati è invece caratterizzato dall'intervento indiretto dell'ente pubblico sovventore, che finanzia l'ente creditizio. Sarà poi quest'ultimo a erogare il finanziamento al mutuatario (282). In tale caso, la differenza è tutta nell'articolazione dell'operazione, in quanto in tale caso è la banca che concede il finanziamento con fondi propri, mentre l'ente pubblico interviene contribuendo al pagamento degli interessi erogando una somma di danaro direttamente all'ente creditizio ovvero, più raramente,

---

(279) Così D. SERRANI, *Lo stato finanziatore*, Milano 1971, p. 275 ss.; A. GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, cit., p. 766 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 662 s.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 246 ss. *Contra*, ricomprendendoli entro l'area dei contratti di diritto pubblico o della concessione-contratto, F. FALCONI, *Impresa privata, contrattazione e programmazione economica*, Padova, 1978, p. 242 ss.; V. OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica del credito agevolato*, in R. COSTI- M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici*, cit., p. 226 ss. Sul tema cfr. anche le interessanti considerazioni di V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 525, nt. 46.

(280) S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 662 s.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 55 ss., 246 ss.; V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 524.

(281) Così S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 662; V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 524 s.; M. LIBERTINI, *Del mutuo*, in *Commentario* Cendon, IV, Artt. 1655-2059, Torino, 1991, p. 1470 s.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 772.

(282) Sull'esistenza di un divieto di discriminazione nei confronti della clientela gravante sulla banca, ma sull'inesistenza di un obbligo a contrarre – anche se vi sono dubbi se questo invece sussista qualora sia già intervenuto il provvedimento di ammissione al beneficio – cfr. G. FAUCEGLIA, *Il mutuo di scopo*, cit. p. 1324.

al privato (283).

I finanziamenti convenzionati trovano oggi la loro disciplina nell'art. 47 t.u.b. (284), con il quale vengono disposte le modalità di assegnazione, erogazione e gestione dei fondi pubblici di agevolazione creditizia. In dottrina è stata recisamente esclusa la natura fondiaria delle operazioni in parola, ponendo in evidenza come il concetto di finanziamento agevolato possa sì qualificare la sottostante operazione di finanziamento – che mantiene la sua natura – determinando l'applicabilità di norme particolari, purché non si tratti di credito fondiario (285).

Questa tesi non convince appieno. L'art. 47, infatti, pur trovando il suo inquadramento normativo in una sede diversa da quella riservata al credito fondiario (sez. III, Capo VI, Titolo II t.u.b.), non detta i caratteri dell'operazione contrattuale bensì solo i rapporti tra pubblica amministrazione ed ente creditizio e le modalità di gestione dei fondi pubblici, con ciò potendo ammettersi qualsiasi tipologia di credito agevolato, sia esso speciale o

(283) Così V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 525.

(284) Sui finanziamenti agevolati *ex* art. 47 t.u.b. v. G. FALCONE, *Protezione del credito bancario e «particolari operazioni di credito»*, Napoli, 2012, p. 194 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 447 ss.; C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 351 ss.; ID., *Credito fondiario e alle opere pubbliche*, cit., p. 514 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. Bigiavi*[2], Torino, 1999, p. 241 ss.; G. CASTALDI, voce *Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1998, p. 84 ss.; S. AMOROSINO, *Il credito agevolato nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1995, I, p. 194 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Il credito speciale dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 1994, p. 349 ss.; M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 575 ss.; A. NOTO, *Il credito speciale nella nuova legge bancaria*, in *Il risp.*, 1993, p. 69 ss. Sui finanziamenti agevolati prima dell'entrata in vigore del t.u.b. cfr. L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1694; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 638 ss.; A. GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, cit., p. 771 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione*, Milano, 1985, p. 177 ss.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit,, p. 246 ss.

(285) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 354, nt. 4.

ordinario (286).

Inoltre, la stessa dottrina che critica la riconducibilità al credito fondiario dei finanziamenti agevolati che ne presentino i caratteri, ritiene che il richiamo al finanziamento edilizio e agli artt. 38 ss. t.u.b. di cui all'art. 2825-*bis* c.c. ricomprenda anche i finanziamenti previsti dall'art. 47 t.u.b., «*indipendentemente dalla presa di posizione sulla natura fondiaria dei finanziamenti in esame*» (sic) (287).

La commistione tra il credito fondiario e i finanziamenti agevolati trova un fulgido esempio nella l.r. Sardegna 30 dicembre 1985, n. 32, la quale offre anche spunti per una ulteriore riflessione sul tema del diritto privato regionale, di cui si sono tracciate le linee generali *supra*, al cap. I, par. 3.

È doveroso premettere che lo Statuto speciale per la Sardegna (288), all'art. 3, statuisce che «*in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica*», la Regione Sardegna ha potestà legislativa, *inter alios*, nella materia delle opere di miglioramento agrario e fondiario ed emana norme legislative – entro i limiti dello Statuto speciale e dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato – nella materia dell'istituzione ed ordinamento degli enti di credito fondiario ed agrario, delle casse di risparmio, delle casse rurali, dei monti frumentari e di pegno e delle altre aziende di credito di carattere regionale nonché sulle relative autorizzazioni.

La l.r. Sardegna 32/1985 ha previsto l'istituzione di un fondo regionale per l'edilizia, mediante il quale la Regione Sardegna contribuisce all'abbattimento

(286) In tal senso cfr. M. RISPOLI FARINA, *Commento* sub *art. 47 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, I, Bologna, 2003, p. 677.

(287) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 363. Non si comprende il perché un finanziamento dovrebbe essere qualificato come edilizio *ratione privilegiorum*.

(288) L. cost. 26 febbraio 1948, n. 3.

degli interessi di ammortamento delle rate per la restituzione del mutuo fondiario (289) concluso con gli enti creditizi convenzionati prescelti dall'Assessore dei lavori pubblici di concerto con l'Assessore degli enti locali, finanze ed urbanistica (290).

La contribuzione dell'ente territoriale è finalizzata a interventi nel settore edilizio destinati all'acquisto, alla costruzione ed al recupero della prima abitazione.

Al contributo sono ammessi, per un periodo massimo di ventisei semestralità della durata del mutuo ed entro il limite massimo di 120.000 euro coloro che stipulino mutui nel rispetto dei limiti posti dalla legislazione sul credito fondiario.

Per l'abbattimento degli interessi gli istituti di credito prelevano, previa autorizzazione dell'Assessore dei lavori pubblici, per ogni operazione ed in unica soluzione da appositi conti correnti vincolati presso il tesoriere della Regione intestati alle banche convenzionate. L'ammontare è calcolato in relazione al reddito dei beneficiari ed attualizzando le semestralità di

(289) Deve però specificarsi che l'art. 2, comma 3°, l.r. Sardegna 4 agosto 2011, n. 17 prevede che gli interventi di cui alla l.r. Sardegna 32/1985 a favore dei nuclei familiari percettori di reddito sino a 40.775 euro, costituiti da giovani coppie ovvero a favore di interventi di recupero e di acquisto con recupero di abitazioni situate nei centri storici o nei centri matrice, sono riconosciuti, entro il tetto massimo del mutuo concedibile, secondo le seguenti opzioni alternative: *a*) una quota massima del 10 per cento, non eccedente 10.000 euro, dell'importo del mutuo concesso quale contributo a fondo perduto, oltre la riduzione del tasso bancario d'interesse nella misura del 50 per cento sulla residua quota dello stesso importo di mutuo; *b*) la riduzione del tasso bancario di interesse nella misura del 70 per cento sul mutuo concesso.

(290) Fino al 2 giugno 2017, le convenzioni in vigore sono quelle stipulate in data 21 giugno 2004, tra la Regione Autonoma della Sardegna e Banco di Sardegna, Banca di Sassari, Banca Cis e Unipol Banca, nonché la convenzione stipulata, in data 22 giugno 2004, tra la R.A.S. e Banca Intesa. Con delibera G.R. 2 dicembre 2016, n. 64/24 la Giunta regionale della Regione Autonoma della Sardegna ha revocato dette convenzioni conferendo mandato all'Assessorato della Programmazione, Bilancio, Credito e Assetto del territorio di predisporre un nuovo bando per la selezione di nuovi enti creditizi da convenzionare ai sensi della l.r. Sardegna 32/1985 tenendo conto delle direttive e linee guida emesse dall'Assessorato dei Lavori Pubblici, su cui ci si soffermerà specificamente *infra*, al § 4.4 del presente capitolo.

contributo secondo le modalità contenute nella convenzione, tenuto conto del costo della provvista riconosciuto agli istituti di credito diminuito di 1 punto.

Per l'ottenimento dei benefici previsti dalla legge in analisi deve essere presentata, a seguito di pubblico avviso emanato dalla Regione Sardegna, domanda di mutuo e contributo alle banche convenzionate e all'Assessorato regionale dei lavori pubblici unitamente ad apposito atto notorio nel quale deve essere dichiarato da parte dei singoli richiedenti il possesso dei requisiti soggettivi previsti dalla legge.

Sono ammessi alle provvidenze i beneficiari di mutuo il cui reddito annuo complessivo, riferito al nucleo familiare, non superi il limite massimo attualmente previsto di 43.466 euro, eccezion fatta per il caso di interventi di recupero e di acquisto con recupero di abitazioni situate nei centri storici (291), nei centri matrice (292) o nei piccoli comuni (293).

---

(291) Trattasi delle cc.dd. «*Zone A*», agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico, di particolare pregio ambientale o tradizionale la cui perimetrazione è definita dallo strumento urbanistico generale comunale

(292) Trattasi delle matrici di sviluppo dei centri di antica e prima formazione dei centri storici, letti dalla cartografia storica, comprensivi anche dei centri di fondazione moderni e contemporanei, i nuclei specializzati del lavoro e l'insediamento sparso e comprendono in particolare i nuclei di primo impianto e di antica formazione; i sistema delle sette città regie (Iglesias, Cagliari, Sassari, Castelsardo, Oristano, Bosa, Alghero); i centri rurali; i centri di fondazione sabauda; le città e i centri di fondazione degli anni '30 del '900; i centri specializzati del lavoro (villaggi minerari e industriali e villaggi delle bonifiche e delle riforme agrarie dell'800 e del '900; gli elementi dell'insediamento rurale sparso (*statzus*, *medaus*, *furriadroxius*, *boddeus*, bacili e *cuiles*): art. 51 n.t.a. del Piano Paesaggistico Regionale (l.r. Sardegna 25 novembre 2004, n. 8), allegato alla delibera g.r. 5 settembre 2006, n. 36/7.

(293): L'art. 3-*bis*, l.r. Sardegna 19 gennaio 2011, n. 1, introdotto dalla l.r. Sardegna 30 giugno 2011, n. 12 e rubricato «*Misure di sostegno dei piccoli comuni*» considera piccoli comuni quelli con popolazione pari o inferiore a mille abitanti, compresi in una delle seguenti tipologie: *a*) comuni collocati in aree territorialmente dissestate o in zone caratterizzate da situazioni di criticità dal punto di vista ambientale; *b*) comuni in cui si registrano evidenti situazioni di marginalità economica o sociale, con particolare riguardo a quelli nei quali si è verificato un significativo decremento della popolazione residente rispetto all'ultimo censimento; *c*) comuni caratterizzati da specifici parametri di disagio insediativo, definiti in base all'indice di vecchiaia, alla percentuale di occupati rispetto alla popolazione residente e all'indice di ruralità; *d*) comuni siti in zone, in prevalenza montane o rurali, caratterizzate da difficoltà di

Per poter beneficiare delle provvidenze sono inoltre previsti ulteriori requisiti sia soggettivi che oggettivi. Per quel che concerne i requisiti soggettivi, i beneficiari dei mutui debbono possedere la cittadinanza cittadinanza europea o di Stato extracomunitario purché in regola con le disposizioni in materia di immigrazione e soggiorno, la residenza o l'attività lavorativa nel comune in cui vengono acquistati, realizzati o recuperati gli alloggi (294) e non essere titolari – essi stessi e i membri del loro nucleo familiare – del diritto di proprietà, di usufrutto, di uso e di abitazione su alloggio adeguato insistente nei comuni del comprensorio o nell'ambito intercomunale di intervento qualora questo comprenda più comprensori (295).

---

comunicazione ed estrema perifericità rispetto ai centri abitati di maggiori dimensioni, ovvero il cui territorio è connotato da particolare ampiezza e dalla frammentazione dei centri abitati; *e*) comuni comprendenti frazioni che presentano le caratteristiche sopraindicate. In questi casi gli interventi previsti fanno riferimento alle frazioni. Non sono comunque considerati piccoli comuni quelli con popolazione pari o inferiore a mille abitanti nei quali si registra un'elevata densità di attività economiche e produttive, anche per la vicinanza con importanti aree urbane. Le agevolazioni di cui al presente articolo possono essere estese, attraverso una procedura negoziata territorializzata concordata con i partenariati pubblico-privati locali, anche nei comuni con popolazione superiore ai mille abitanti aventi le caratteristiche di cui sopra, nei quali non si registra un'elevata densità di attività economiche e produttive, anche per la vicinanza con importanti aree urbane. La norma prevede altresì che per sostenere il riequilibrio insediativo ed il recupero dei centri abitati, venga concesso un contributo a fondo perduto, fino ad un massimo di 30.000 euro a beneficiario, per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione di immobili da destinarsi a prima abitazione in favore di coloro che trasferiscono la propria residenza da un comune con popolazione superiore a cinquemila abitanti a un piccolo comune, impegnandosi a non modificarla per dieci anni. Il mancato rispetto degli impegni assunti comporta l'obbligo per il beneficiario di restituire le somme già corrisposte, maggiorate degli interessi legali, in proporzione al periodo di mancato rispetto del vincolo.

(294) Fatta salva la facoltà dell'amministrazione regionale di indicare ambiti di intervento intercomunali. Da tali requisiti si prescinde nel caso in cui il contributo sia richiesto da emigrati dalla Sardegna.

(295) È considerato adeguato l'alloggio la cui superficie utile – determinata ai sensi dell'art. 13 l. 27 luglio 1978, n. 392 – non sia inferiore a 45 mq per un nucleo familiare composto da 1 o 2 persone, non inferiore a 60 mq per 3-4 persone, non inferiore a 75 mq per 5 persone, non inferiore a 95 mq per 6 persone ed oltre. Si considera comunque adeguato l'alloggio di almeno due vani, esclusi cucina e servizi, quando il nucleo familiare è costituito da due persone e quello di un vano esclusi cucina e servizi, per il nucleo di una persona. In caso di titolarità di uno dei suddetti diritti reali su alloggio inadeguato, il titolare medesimo dovrà impegnarsi

Inoltre, i beneficiari non devono avere ottenuto l'assegnazione in proprietà ovvero con patto di futura vendita di un alloggio costruito, anche solo parzialmente, con l'utilizzo di contributi pubblici.

Per ottenere le sovvenzioni regionali *de quibus*, infine, gli alloggi non debbono avere caratteristiche di lusso né essere accatastati nelle categorie A1, A8, A9 (296). Sono inoltre previste specificazioni circa la superficie massima delle abitazioni da costruire.

L'art. 7 l.r. Sardegna 32/1985 prevede che i soggetti che usufruiscono dei finanziamenti debbono impegnarsi, con atto trascritto nella conservatoria dei registri immobiliari, ad abitare, in maniera stabile e continuativa, l'alloggio realizzato, recuperato o acquistato, per un periodo non inferiore a nove anni, pena la decadenza dal finanziamento. La locazione o l'alienazione dell'alloggio

---

all'atto della concessione del contributo a locare l'alloggio stesso ad uno dei soggetti indicati dal comune.

(296) Ossia abitazioni di tipo signorile (unità immobiliari appartenenti a fabbricati ubicati in zone di pregio con caratteristiche costruttive, tecnologiche e di rifiniture di livello superiore a quello dei fabbricati di tipo residenziale); abitazioni in ville (per ville devono intendersi quegli immobili caratterizzati essenzialmente dalla presenza di parco e/o giardino, edificate in zone urbanistiche destinate a tali costruzioni o in zone di pregio con caratteristiche costruttive e di rifiniture, di livello superiore all'ordinario); castelli, palazzi di eminenti pregi artistici o storici (rientrano in questa categoria i castelli ed i palazzi eminenti che per la loro struttura, la ripartizione degli spazi interni e dei volumi edificati non sono comparabili con le unità tipo delle altre categorie; costituiscono ordinariamente una sola unità immobiliare). La struttura estimale nel catasto fabbricati è ormai da tempo ritenuta obsoleta e non più rispondente ai caratteri moderni del mercato immobiliare. Il sentimento da più parti espresso di una profonda revisione non solo della entità degli estimi, ma anche del quadro delle categorie e dei criteri di classamento ha trovato finalmente una risposta da parte del legislatore nella l. 11 marzo 2014, n.23, la quale conferisce una delega al governo per la realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita. L'art. 2 della legge delega il governo ad attuare, con più decreti legislativi (di cui si darà conto nei successivi paragrafi) alla riforma del catasto dei fabbricati. Il secondo decreto attuativo della riforma, riguardante la modifica delle categorie catastali doveva essere vagliato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2015, ma è stato rinviato senza alcuna particolare spiegazione. Per un primo commento della riforma cfr. P. ZANELLI, *Prime note sulla riforma* in itinere *del catasto*, in *Vita not*., 2014, p. 1469 ss.; si rimanda anche allo studio elaborato da *Il Sole 24 ore* in collaborazione con Agefis e pubblicato in data 9 marzo 2015, basatosi sulla bozza di decreto con cui è stato stilato un primo quadro delle future categorie catastali.

nei primi nove anni, quando sussistano gravi e sopravvenuti motivi, sono autorizzate dall'Assessore regionale ai lavori pubblici. Il lavoratore emigrato dalla Sardegna è dispensato dall'obbligo di occupare e risiedere nell'alloggio nel caso in cui debba prolungare la permanenza all'estero, fermo restando il divieto di vendita dell'alloggio stesso.

La norma pone alcuni interrogativi circa la previsione della sanzione della decadenza dal finanziamento nel caso del mancato rispetto del divieto di alienazione o locazione dell'immobile, permettendo al contempo di poter svolgere alcune più generali considerazioni su questo peculiare mutuo fondiario agevolato e sull'ammissibilità di un credito fondiario di scopo.

In primo luogo, la pretesa irriconducibilità dei finanziamenti agevolati al credito fondiario non trova riscontro nella prassi contrattuale bancaria, che esplicitamente riconduce tali contratti al credito fondiario, sottoponendoli alla disciplina di cui agli artt. 38 ss. t.u.b. e, più in particolare, di credito fondiario ai consumatori, che oggi – a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 72/2016 – trova la sua puntuale disciplina nel Capo I-*bis*, Titolo VI, t.u.b. sul credito immobiliare ai consumatori (su cui, più nel dettaglio, *infra*, al § 8 del presente capitolo).

Innanzitutto, l'utilizzo del riferimento alla decadenza deve essere vagliato alla luce della ricostruzione che si fa dell'intera operazione contrattuale.

In dottrina, difatti, non c'è un'uniformità interpretativa sulla composizione strutturale dell'operazione. Parte della dottrina esaurisce agevolazione e contratto di credito in un unico procedimento, con l'ulteriore distinguo tra chi sostiene trattarsi di un'intera vicenda ricondotta nell'alveo del diritto amministrativo (297) ovvero di un atto unitario trilatero di natura privatistica (298).

(297) Così V. OTTAVIANO, *Argomenti*, cit., p. 221 ss.

(298) Cfr. A. GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, cit., p. 772 ss.; P. SCHLESINGER, *Credito agevolato e mutuo di scopo*, in R. COSTI – M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici*, cit., p. 276 s.

Secondo una diversa impostazione, c.d. binaria, i finanziamenti assistiti da agevolazione sono una operazione complessa, frutto dell'intrinsecarsi del procedimento pubblicistico e di quello contrattuale, che mantengono una relativa reciproca autonomia (299).

In tale contesto, appare pienamente condivisibile la teoria che colloca l'obbligazione di scopo nella struttura del contratto di credito, facendo nascere in capo al finanziato un'obbligazione di destinazione della provvista (300).

Se si affronta la problematica aderendo – come parrebbe preferibile – alla teoria binaria, il riferimento alla decadenza operato nella l.r. Sardegna 32/1985 appare essere esempio di pessima tecnica legislativa, dovendosi al più inferire la risolubilità del contratto *ex* artt. 1453 ss. c.c. ovvero la nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1°, c.c., per violazione delle norme imperative in relazione agli

(299) V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, cit., p. 269 ss.; L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento*, cit., c. 1698; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 650 ss.; ID., voce *Mutuo di scopo*, cit., p. 10 ss.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano 1984, p. 134 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione*, cit., p. 172 ss.; ID., *Il mutuo di scopo*, cit, p. 1320; G. COLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1986, p. 54 s.; V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 528 ss.; M. LIBERTINI, *La formazione dei rapporti e la tutela. Introduzione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987, p. 317 ss.; R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988, p. 218 ss.; R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento.* Leasing *e* factoring, Torino, 1989, p. 47 s. In giurisprudenza, v. Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687 ss.

(300) In tal senso V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, cit., p. 268 s.; L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento*, cit., c. 1694; G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione*, cit., p. 172 ss.; Cass. 10 giugno 1981, n. 3752, cit. *Contra*, sostenendo che l'obbligazione di scopo assume una posizione corrispettiva solo nei confronti del contributo pubblico, mentre la rilevanza dello scopo nel contratto di credito sarebbe rimessa all'autonomia dei privati beneficiari e delle banche, v. S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 650 ss., spec. 653; G. COLLURA, *Finanziamento agevolato*, cit., p. 54 s.; V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 529 ss., spec. 531 s.; R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia*, cit., p. 218 ss.; R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 47 s. Nel senso che debba valutarsi caso per caso (anche se nella prassi contrattuale bancaria è costante la previsione espressa dell'obbligazione di scopo o di clausole risolutive collegate all'inadempimento di essa) se la destinazione prevista dalla legge assuma una rilevanza tale da tradursi o meno in un'obbligazione di realizzare lo scopo del soggetto finanziato nei confronti della banca mutuataria A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 777 s.

obiettivi cui il credito è finalizzato.

Sebbene la dottrina maggioritaria abbia ravvisato che in caso di inattuazione dello scopo debbano applicarsi i rimedi civilistici di cui all'art. 1453 ss. (301), una recente giurisprudenza di merito ha dichiarato la nullità del mutuo agevolato che, anche solo parzialmente, sia stato in concreto destinato ad un fine diverso da quello cui il finanziamento era preordinato dalla legge (302).

La previsione della nullità risulta essere in via generale sistematicamente coerente col fatto che il contratto è destinato alla concessione di credito a condizioni di favore per il raggiungimento di uno scopo a rilevanza pubblica e non anche alla semplice erogazione del finanziamento (303). Più che di nullità virtuale, però, pare maggiormente appropriato rilevare una nullità strutturale, aderendo all'orientamento che ravvisa una penetrazione del profilo agevolativo nella struttura negoziale, fino ad insinuarsi nella causa del contratto di credito arricchendolo e distinguendolo sia dal mutuo codicistico che dal mutuo di scopo legale (304). La mancata utilizzazione delle somme comporterebbe «*un'effettiva deviazione dal modello legale ossia il difetto in concreto della causa che caratterizza il mutuo di scopo*» (305).

Se, invece, si circoscrive il discorso entro il solo ambito pubblicistico, dando esclusiva rilevanza allo scopo in seno al rapporto agevolativo, non potranno essere applicati gli ordinari rimendi civilistici e il richiamo all'istituto della decadenza operato dalla l.r. Sardegna 32/1985 appare corretto, in quanto il provvedimento con cui viene adottata la misura è motivato

(301) Cfr. per tutti A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 782 s., ove ampi richiami bibliografici, nonché V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 532 ss. *Contra*, individuando il rimedio nel recesso per giusta causa *ex* art. 1819 c.c., M. FRAGALI, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 618 s.; S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 656 s.

(302) Così Trib. Asti, 12 gennaio 2016, cit.

(303) Cfr. G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione*, p. 233 ss.; ID., *Il mutuo di scopo*, cit., p. 1336.

(304) Di cui sarebbe un sottotipo: così A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 778.

(305) Ancora, in questi termini, Trib. Asti, 12 gennaio 2016, cit.

dall'inadempimento degli obblighi di risiedere nell'immobile e non alienarlo per un determinato periodo di tempo (306). Mediante tale «*revoca-decadenza*» (o «*revoca-sanzione*»), l'amministrazione può disporre, nei casi previsti dal legislatore, il ritiro di un provvedimento favorevole come specifica conseguenza della condotta del destinatario, quando essa violi specifiche previsioni normative. In questi casi, infatti la revoca non dipende da valutazioni di opportunità, ma è la conseguenza (vincolata) di una violazione della legge (307).

È discussa la sorte del contratto nel caso della revoca del contributo pubblico. Se da un lato è esclusa una conversione del contratto *ex* art. 1424 c.c. (308), dall'altro sono state proposte diverse soluzioni, prima fra tutte quella che ammette senz'altro la prosecuzione del contratto qualora vi sia un'apposita clausola contrattuale che disponga in tal senso (309). Altra dottrina (310) ha invece configurato la vicenda come rilevante esclusivamente sotto il profilo del rapporto di agevolazione intercorrente tra ente pubblico e soggetto privato (311). In ragione di ciò, viene meno l'accollo del contributo in conto interessi o in conto capitale da parte dell'ente pubblico e il rapporto di credito rimarrebbe

(306) Sulla decadenza nel diritto amministrativo cfr. Cons. Stato, 23 settembre 2008, n. 4589, in *Foro amm. CDS*, 2008, 9, 2503 (s.m.). Sui caratteri delle misure pubblicistiche applicabili in caso di inattuazione dello scopo nei finanziamenti agevolati cfr. M. RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, in *Trattato* Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 730 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 1329 ss.

(307) Così Cons. Stato, 13 luglio 2010, n. 4534, in *Ragiusan*, 2011, p. 31. In tali ipotesi non si pone neanche il problema della corresponsione di un indennizzo, *ex* art. 21-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, essendo il ritiro del provvedimento legato ad una condotta addebitabile alla parte privata e non certo a valutazioni di opportunità da parte dell'amministrazione.

(308) Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 783.

(309) Ancora, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 783.

(310) V. CAREDDA, *Osservazioni*, cit., p. 536.

(311) Si veda, in tal senso, la l.p. Bolzano 2 aprile 1962, n. 4, a norma della quale a violazione del vincolo per cui la somma mutuata è destinata a finanziare la ristrutturazione dell'alloggio non determina la nullità della costituzione di diritti reali sull'immobile, ma comporta soltanto la revoca delle agevolazioni concesse dalla Provincia.

inalterato con la sola conseguenza che il beneficiario sia tenuto nei confronti della banca, *ex nunc* (mentre all'ente sovventore dovrà restituire l'agevolazione ottenuta *ex tunc*), al pagamento degli interessi al tasso ordinario.

I dubbi sull'inquadramento tra le operazioni fondiarie dei mutui agevolati, allorché ne presentino le caratteristiche, debbono essere allontanati (312). Infatti, anche in tal caso si manifesta la pluralità di schemi in cui si concreta il credito fondiario, variabili anche in misura significativa, ma caratterizzati da una comune destinazione funzionale.

L'analisi di tale provvedimento legislativo della Regione Sardegna conduce ad un ritorno alle origini della tematica del diritto privato regionale (313), nata agli albori dell'Italia repubblicana (314) con una vicenda giurisprudenziale che riguardava proprio alcune leggi regionali sarde in materia di affitti agrari (le l.r. 24 febbraio 1950, n. 9; 6 marzo 1950, n. 10; 15 novembre 1950, nn. 59 e 60) (315) e che ha aperto la stagione liberale della potestà regionale in diritto privato, nella quale con cui la Corte costituzionale ha ammesso un intervento

(312) *Contra*, C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 353 ss.

(313) La tematica, come già affermò in passato P. RESCIGNO, *Recensione a E. Sailis*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, p. 316 ss., è di grande interesse per i civilisti, sebbene sia stata per lungo tempo trascurata. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 6 s., dipinge uno scenario di faida tra civilisti e costituzionalisti sulla competenza nello studio della tematica. Sul diritto privato regionale in altri Stati europei v., per l'esperienza scozzese, H.L. MACQUEEN, *Diritto privato e* «devolution» *in Scozia*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006, p. 87 ss.; per l'esperienza tedesca, M.G. CUBEDDU, *La competenza legislativa dei* «Länder» *in Germania. Il diritto privato regionale*, *ivi*, p. 111; G. BOGNETTI, voce *Federalismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 286; per l'esperienza spagnola, R. TORINO, *Il diritto privato regionale spagnolo*, cit., p. 315 ss.; G. PALAO, *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea: il caso spagnolo*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *op. loc. cit.*, p. 160.

(314) Con la sentenza della Corte cost., 2 luglio 1956, n. 7.

(315) La Corte di Cassazione, a partire da Cass., SS.UU., 4 luglio 1949, n. 1659, in *Foro pad.*, 1951, IV, p. 125 ss., con nota di P. VIRGA, *Ordinamento giudiziario e competenza legislativa regionale*, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, ha avuto modo di pronunciarsi sulle tematiche del diritto privato regionale con alcune decisioni che contenevano la autonoma legislativa regionale entro confini angusti. Fornisce un'ampia ricostruzione di questa fase giurisprudenziale E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 11 ss.

regionale in materia di diritto privato allorché esso sia strumentalmente diretto al raggiungimento dei fini di interesse pubblico che giustificano la creazione della Regione come ente pubblico decentrato (316). L'evoluzione della disciplina (317) è stata rianimata dalla riforma costituzionale del 2001 e dall'inserimento tra le materie di competenza esclusiva dello Stato di quella dell'ordinamento civile (318) e troverà senz'altro rinnovata centralità all'esito della riforma costituzionale *in itinere*.

La l.r. Sardegna 32/1985 (319) – anche se il discorso può estendersi a tutte quelle leggi regionali agevolative che costruiscono il credito fondiario come mutui di scopo – incide sui rapporti tra soggetti privati ponendosi in contrasto con la disciplina di cui agli artt. 38 ss. t.u.b. che dipingono uno schema scevro da meccanismi di controllo sull'effettivo utilizzo delle somme erogate.

Appare interessante rapportare quanto già anticipato *supra* (cap. I, § 3) alla materia del credito fondiario, anche in considerazione del fatto che «*il diritto privato non è materia a sé stante, bensì è elemento di varie materie che la stessa Costituzione attribuisce alla competenza regionale*» (320), sia che l'art. 117, comma 3°, cost. assegna la materia degli «*enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale*» alla legislazione concorrente regionale.

Il d.lgs. 18 aprile 2006, n. 171, recante «*Ricognizione dei principi fondamentali*

---

(316) La Consulta aderisce integralmente all'impostazione offerta in dottrina da G. MIELE, *La Regione*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, 1950, II, p. 316.

(317) Per una ricostruzione storica dell'evoluzione interpretativa del diritto privato regionale da parte della Consulta v. P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, cit., p. 281 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 59 ss.; nonché E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 27 ss.

(318) Si veda la dottrina richiamata *supra* alla nt. 95. Per una ricostruzione delle diverse tesi fornite dalla dottrina sulla portata della riserva esclusiva della materia ordinamento civile cfr. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 262 ss.

(319) Emanata, peraltro, nella fase di massima chiusura della giurisprudenza costituzionale nei confronti del diritto privato regionale: cfr. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 52 ss.

(320) Così, efficacemente, G. ALPA – M. BESSONE, *Elementi di diritto privato*, Bari, 2001, p. 16.

in materia di casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale» individua le caratteristiche di una banca a carattere regionale nell'ubicazione della sede e delle succursali nel territorio di una stessa regione, nella localizzazione regionale della sua operatività, nonché, ove la banca appartenga a un gruppo bancario, la circostanza che anche le altre componenti bancarie del gruppo e la capogruppo presentino carattere regionale. L'esercizio di una marginale operatività al di fuori del territorio della regione non fa venir meno il carattere regionale della banca.

La previsione, però, che la competenza regionale in materia sia limitata all'istituzione di un albo delle banche a carattere regionale e all'adozione di provvedimenti autorizzativi per l'esercizio dell'attività bancaria (cfr. art. 2, comma 3°, d.lgs. 171/2006) circoscrive la competenza regionale (concorrente) agli aspetti autorizzativi e non anche all'attività contrattuale della banca avente carattere regionale nell'esercizio del credito fondiario.

Lasciando da parte l'autorevole, sebbene isolata, dottrina secondo cui l'espressione «*ordinamento civile*» implicherebbe un riferimento implicito alla varietà delle materie e istituti sussumibili entro l'alveo del diritto privato, con la conseguenza che all'interno di quest'ultima categoria si possano distinguere vari settori di competenza, in parte attribuiti allo stato e in parte suscettibili di ricevere una disciplina differente *ratione loci* (321), la naturale sconfinata ampiezza del diritto privato ha indotto la giurisprudenza costituzionale a riconoscere come l'ordinamento civile non possa essere ricondotto all'interno di un ambito materiale rigorosamente circoscritto (322). La Consulta propende per una configurazione dell'ordinamento civile come competenza trasversale

(321) G. ALPA, *Il limite del diritto privato*, cit., p. 604 ss.

(322) Così P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, cit., p. 314.

(323), concetto dalla maggiore flessibilità che permette alla disciplina di intrecciarsi con altre competenze, ivi compresa quella regionale in applicazione dei principi di leale cooperazione e reciproco supporto (324).

Riprendendo, dunque, quanto già esposto, la legge regionale penetra nel terreno del diritto privato, ma in maniera diseguale tra i vari settori (325). È stata accortamente individuata (326) una *summa divisio* tra il diritto privato non patrimoniale (o, per definirlo diversamente, il diritto privato fortemente connesso con posizioni costituzionalmente tutelate) (327) e il diritto privato patrimoniale. Il primo è caratterizzato da un'alta resistenza alla differenziazione regionale, mentre il secondo deve essere a sua volta distinto in riferimento ai diritti reali, terreno di minor resistenza del diritto privato regionale (328), e ad obbligazioni, contratti, impresa e società, settori contraddistinti da una resistenza media (329).

---

(323) Cfr. Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. it.*, 2003, c. 417 ss., con nota di C. SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*.

(324) In tal senso P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, cit., p. 312 ss.

(325) P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni*, cit., p. 754.

(326) Da A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 127 ss.

(327) In questo senso G. ALPA, *Il limite del diritto privato*, cit., p. 604 ss.

(328) Così assume anche P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni*, cit., p. 754, prendendo come fulgido esempio la legislazione della provincia autonoma di Bolzano in materia di masi chiusi, con cui si è occupata degli aspetti di diritto privato evitandone il frazionamento tramite la previsione del frazionamento negli atti *inter vivo*s e nelle successioni *mortis causa*. Sull'istituto cfr. A. TRABUCCHI *Il rinnovato riconoscimento legislativo del "maso chiuso"*, in *Giur. it.*, 1954, IV, p. 177 ss.; ID., *A proposito di costituzionalità dei masi chiusi*, *ivi*, 1956, I, p. 625 s.; C. FRASSOLDATI, voce *Maso chiuso*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 292 ss.; A. DE CAPRARIIS, voce *Maso chiuso*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma 1990, p. 1 ss.; G. GABRIELLI, voce *Maso chiuso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 205 ss.; N. FERRUCCI, *La nuova legge provinciale sul maso chiuso: spunti per una riviviscenza dell'istituto*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, I, p. 86 ss.; S. MAYR, *L'istituto del maso chiuso nella Provincia di Bolzano*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1547 ss.; F. VALENZA, *Le norme successorie relative al maso chiuso*, in G. BONILINI (diretto da), *Il diritto delle successioni: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente* more uxorio, Torino, 2004, p. 322 ss.

(329) *Contra* V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 106, che ritiene insussistenti gli spazi per gli adattamenti regionali della disciplina comune del diritto dei contratti.

Il diritto regionale privato ha un triplice limite in termini di materia (*ex* art. 117 cost.), di ragionevolezza intrinseca e di ragionevolezza estrinseca (330). Il criterio di ragionevolezza, come interpretato dalla Consulta (331), ha però un significato terzo rispetto a quello della giustificabilità della disciplina differenziata in ragione delle peculiarità della regione legiferante (332), che sarebbe così specificazione del principio di uguaglianza sostanziale sancito dalla carta costituzionale all'art. 3, comma 2° (333).

Sotto questo doppio filtro della ragionevolezza, la giurisprudenza costituzionale allora è riuscita a fornire una efficace specificazione del limite della legislazione regionale nell'ordinamento civile, nel senso che essa può intervenire «*con propri atti normativi, con misure di sostegno idonee a studiare il fenomeno in tutti i suoi profili e a prevenirlo o limitarlo nelle sue conseguenze. Deve, viceversa, ritenersi certamente precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali*» (334).

L'intervento delle regioni, dunque, è ammissibile in ambito privatistico qualora sia espressione delle finalità pubbliche che l'ente persegue nelle materie di sua competenza (335). Ecco che, così, una norma che incontrerebbe il limite *ratione materiae* nella competenza esclusiva statale sull'ordinamento civile trova ogni più ampia giustificazione nella potestà legislativa con finalità

(330) Così V. ROPPO, *Diritto dei contratti*, cit., p. 91.

(331) Si ricorda, con sentenza 6 novembre 2001, n. 352, cit.

(332) E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 80.

(333) Così P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, cit., p. 306.

(334) Così Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1692 ss., con nota (senza titolo) di A.M. PERRINO; in senso analogo v. anche Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1156 ss.

(335) P.M. PUTTI, *Il diritto privato regionale*, cit., p. 311. Sulla differenza tra norme regionali che *sono* di diritto privato e norme che *sembrano* di diritto privato (e nel senso che solo le seconde siano idonee a superare il limite del diritto privato regionale) v. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 43 ss.

pubblicistica – sancita dallo Statuto regionale – nella materia delle «*opere di miglioramento agrario e fondiario*», che consente alla Regione di perseguire tale scopo avvalendosi di (e incidendo su) strumenti privatistici disciplinati da una legge dello Stato (336).

L'ordinamento civile, in definitiva, non sarebbe identificabile completamente col diritto privato. Come efficacemente sostenuto da un'autorevole dottrina (337) e dalla Consulta (338), la formulazione del 2001 dell'art. 117 cost. ha suddiviso il diritto privato in cerchi concentrici, in cui il più interno è rappresentato dall'ordinamento civile, il diritto privato in senso stretto, costituito dagli istituti di diritto civile e dalle regole contenute nel codice nonché i diritti della personalità e la loro tutela. Nei cerchi più ampi, invece, trovano sede le materie privatistiche attribuite alla esclusiva competenza statale, quelle attribuite alla competenza concorrente e, infine, quelle di competenza residuale regionale (339).

---

(336) Cfr. anche A. JANNARELLI, *L'agricoltura tra materia e funzione: contributo all'analisi del nuovo art. 117 Cost.*, in A. GERMANÒ (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, p. 121 ss., il quale ritiene che la formula contenuta nell'art. 117 cost. riservi allo stato solamente i principi fondamentali delle relazioni interprivati, mentre è lasciato sempre spazio ad una legislazione di diritto privato regionale di dettaglio.

(337) G. ALPA, *"Ordinamento civile" e "principi fondamentali" nella recente giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Rass. for.*, 2004, p. 20 s., a giudizio del quale non dovrebbero trovare spazio regole regionali integrative della disciplina statuale dell'ordinamento civile. *Contra*, v. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 37 ss.

(338) Corte cost. 18 marzo 2005, n. 106, in *Le regioni*, 2005, p. 986 s., con nota di E. LAMARQUE, *Legge della Provincia di Bolzano, surrogazione legale della Provincia e ordinamento civile*.

(339) Secondo altri autori, invece, la riserva allo Stato dell'ordinamento civile rappresenta solamente l'emersione testuale del vecchio limite del diritto privato della potestà legislativa regionale, con la sopravvivenza del vecchio assetto delle competenze e senza sottratte alle Regioni ambiti di competenza che erano a loro riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale immediatamente precedente alla riforma del 2001. In tal senso, seppur con alcuni distinguo, v. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 42 s., 87 ss. (v. anche p. 85, dove rileva che – in caso contrario e senza mantenere un approccio realistico – ci si troverebbe di fronte ad un effetto paradossale per cui «*in un momento nel quale si apre alle Regioni [fino al punto, e non senza eccessi, di vedere nella riforma toni di un "federalismo"] – sul diritto privato le Regioni* […] *si s*(arebbero) *ritrovate, con la riforma, a perdere terreno; mentre lo Stato centrale, per converso, s*(i

Aderendo alle posizioni dottrinarie più radicali in materia, deve rilevarsi che la descritta problematica appare comunque essere frutto di un atteggiamento antiregionalistico della Consulta nell'interpretazione delle materie regionali volta a far valere limiti e divieti da quelli indicati nella Costituzione italiana e negli Statuti regionali (340).

Un diritto privato multilivello è utile a integrare, connotare e adattare il diritto privato di fonte statuale (341), entro gli specificati limiti, senza per questo minare l'unità politica e ordinamentale dello Stato italiano. Tale pericolo è paventato da un approccio psicologico e politico più che giuridico, nascente in un «*profondo sedimento sentimentale costituitosi in una realtà legislativa uniforme più che unitaria*» (342). Il diritto privato regionale è soggetto ai limiti dei principi generali dell'ordinamento e non contrasta l'unità, bensì solamente l'unicità dell'ordinamento statale (343).

4. *L'ipoteca fondiaria* – Il t.u.b., all'art. 39, dedica un'ampia disciplina all'ipoteca fondiaria.

Come s'è visto, la garanzia ipotecaria assume un ruolo centrale nel credito fondiario, essendo tale un contratto di finanziamento garantito da ipoteca di primo grado e ammontante all'80 per cento del valore del bene ipotecato o dei

---

sarebbe) *trovato a guadagnarne*»); E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., p. 275 ss.; N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003, p. 12 ss.; P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, *ivi*, p. 31 s.; V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., p. 30. In tale senso cfr. anche Corte cost., 28 luglio 2004, n. 282, in *Foro it.*, 2005, I, c. 28 ss.

(340) In tale direzione L. PALADIN, *Diritto regionale*[7], Padova, 2000, p. 82.

(341) Potendo anche assurgere al ruolo di *natural laboratories* ove sperimentare nuove leggi con benefici effetti per l'efficienza del sistema normativo nel suo complesso: cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 31; P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, cit., p. 195.

(342) Così E. SAILIS, *Autonomia regionale e disciplina dei rapporti privati*, Padova, 1960, p. 213.

(343) Cfr. A. CLARIZIA, *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1983, p. 181 ss.; E. SAILIS, *Autonomia regionale*, cit., p. 348 ss. V. anche A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 100.

lavori da realizzare.

Possono costituire oggetto di ipoteca tutti quei beni immobili contemplati dall'art. 2810, n. *1*), c.c. Chi scrive è indotto a ritenere che, considerata la formulazione dell'art. 38 t.u.b., debbano essere esclusi gli altri diritti che possono formare oggetto di ipoteca ai sensi degli altri numeri dell'art. 2810 c.c. Ciò troverebbe conferma anche nelle *Istruzioni di vigilanza* della Banca d'Italia (Titolo V, Capo I, sez. I), che ricomprende, a titolo esemplificativo «*terreni, fabbricati, componenti tecnologiche fisse dei complessi aziendali – quali impianti fissi, serbatoi, impianti di depurazione – qualora sia possibile considerarle beni immobili o pertinenze di immobili*». Come visto *supra* (§ 2.1 del presente capitolo), la precisazione che l'ipoteca deve essere su un bene immobile esclude che i finanziamenti siano garantiti da altro genere di ipoteca, quale l'ipoteca navale o la citata ipoteca mineraria. Ciò, inoltre, costituisce un chiaro intendimento del legislatore di sottolineare la natura del credito fondiario quale operazione legata alla mobilizzazione della proprietà immobiliare.

Deve poi escludersi la prevedibilità dell'istituto, introdotto nell'ordinamento francese, dell'ipoteca ricaricabile, utilizzabile esclusivamente da un professionista, proprietario dell'immobile vincolato, nell'esercizio della sua attività professionale e con cui è concessa, a vantaggio dello stesso creditore oppure di successivi, la possibilità di riutilizzo dell'ipoteca pur sempre da individuarsi tramite una convenzione da stipularsi per atto notarile e da sottoporsi a pubblicità presso il registro immobiliare (344). Una siffatta garanzia integra un'erosione dell'accessorietà, laddove l'estinzione del debito non ne determina la perdita di efficacia (345).

La disciplina del t.u.b. in materia è per molti aspetti derogatoria rispetto a

(344) Sull'istituto v. A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: l'euroipoteca e l'ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 553 ss., spec. 561 s.; L. COLOMBO, *L'ipoteca ricaricabile*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 34, 2016.

(345) Così F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Not.*, 2006, p. 493.

quella codicistica, in considerazione del ruolo centrale e caratterizzante che ha la garanzia reale di cui si discute in tale tipologia di credito. Inoltre, l'art. 39 t.u.b. presenta una disciplina di favore per l'ente creditizio finanziatore (commi da 1° a 4°), nonché per il beneficiario del finanziamento (commi da 5° a 7°) (346).

4.1. ***Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dell'ente creditizio*** **–** I primi quattro commi dell'art. 39 t.u.b. (cui deve aggiungersi, anche l'art. 41, su cui *infra*, § 7 del presente capitolo) connotano l'intera disciplina fondiaria di una «*iperprotezione bancaria*» (347).

Le condizioni di favore storicamente riconosciute dalla disciplina trovavano inizialmente la propria giustificazione nella rigida connessione tra le operazioni di provvista e le operazioni di reimpiego, che imponeva una sicurezza nei rimborsi a favore dei risparmiatori ottenibile solamente per mezzo di una sicurezza nella riscossione dei crediti nascenti dai mutui erogati (348).

Venuta meno la connessione tra provviste e impieghi, la disciplina derogatoria al principio della *par condicio creditorum* ha continuato a sussistere anche con l'entrata in vigore del t.u.b., anche se non sono mancate opinioni che ravvisano l'incostituzionalità della disciplina, non apparendo ragionevole la disparità di trattamento che il credito fondiario dispone (349).

La prima deroga la si rinviene al comma 1°, che prevede – rispetto a quanto

(346) Cfr. G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, 2000, p. 40 s.

(347) Espressione coniata da C. COSTA, *Le operazioni di credito speciale*, cit., 314.

(348) R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 465 s.

(349) In generale, sul punto, v. G. PRESTI, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, 1996, I, p. 220; G. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo T.U. bancario*, Padova, 1996, p. 53 ss., spec. 59 ss. In giurisprudenza v. Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 577 ss., con nota di C. MARIANI, *Credito fondiario e fallimento*.

statuito dall'art. 2839, comma 2°, n. 2), c.c. – che la banca ha la facoltà (e non più l'obbligo, come nella disciplina previgente) di eleggere domicilio nel luogo della sua sede (e non nella circoscrizione del Tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari) (350).

Interessante, anche nell'ottica dell'evoluzione dell'istituto, è la previsione di cui al 2° comma dell'art. 39 t.u.b., in virtù della quale allorchè la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti. In tal caso l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa. Anche questa norma costituisce una deroga alle regole di diritto comune (e specificamente all'art. 2855 c.c.).

È quindi oggi prevista la possibilità di concludere un unico contratto per tutti i mutui fondiari (prima ciò era precluso per i mutui edilizi) (351). Tradizionalmente, però, l'operazione di credito fondiario manifesta una articolazione in due contratti: il contratto condizionato e il contratto definitivo.

Col contratto condizionato il mutuatario (o il terzo datore di ipoteca) consente nelle forme di legge che l'ente creditizio iscriva l'ipoteca sull'immobile, mentre la banca stabilisce le condizioni alle quali subordina il perfezionamento del contratto e la conseguente erogazione della somma concessa (352). Una volta concluso il contratto condizionato e iscritta la

(350) Rileva M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 447, che ciò permette alla banca finanziatrice di gestire in maniera accentrata le questioni relative alle iscrizioni ipotecarie a suo favore.

(351) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 96; dello stesso Autore, con riferimento ai problemi del contratto unico, *Contratto unico e mutui fondiari (brevi note sull'art. 2, legge 27 ottobre 1988, n. 458)*, in *Riv. amm.*, 1988, p. 1539 s.

(352) C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 256; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 365.

garanzia ipotecaria a favore della banca, nonché effettuate tutte le verifiche sulla libertà del fondo anteriore all'iscrizione ipotecaria a garanzia del mutuo, si provvederà alla conclusione del contratto definitivo con l'erogazione della somma mutuata (353).

Ai sensi della norma in analisi, in caso di contratto condizionato è stabilita l'enunciazione della misura degli interessi in sede di iscrizione ipotecaria, impedendo che la stessa possa essere indicata mediante una successiva annotazione al momento della conclusione del definitivo e, quindi, dell'erogazione del denaro (354).

Ancora, il terzo comma prevede l'individuazione del tetto ipotecario in presenza di clausole di indicizzazione. Ciò in deroga alle statuizioni degli artt. 2809, comma 1°, 2838, 2839, comma 2°, n. *4*), e 2841, comma 1°, c.c., che impongono che l'ipoteca sia iscritta per una somma determinata di denaro (355). L'art. 2825-*bis* c.c. consente invece in caso di preliminare di vendita con dichiarazione di accollo del futuro finanziamento fondiario, trascritto anteriormente all'iscrizione di ipoteca fondiaria, l'adeguamento automatico del debito e dell'anzidetta ipoteca in ossequio alla previsione di cui all'art. 39, comma 3°, t.u.b.

È quindi prevista la possibilità di iscrivere un'ipoteca per un credito determinabile *ex ante per relationem* a parametri di indicizzazione. Ai sensi della disposizione in analisi, per ottenere l'adeguamento automatico dell'ipoteca è infatti sufficiente indicare nella nota di iscrizione ipotecaria la clausola di indicizzazione, con la conseguenza che l'ammontare della somma iscritta

(353) Ancora, C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 269 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 388 ss.

(354) Tra i due atti la banca potrà cautelarsi nelle maniere più opportune, secondo gli ordinari strumenti di diritto privato: cfr. Comunicazione Banca d'Italia del febbraio 1994. *Chiarimenti sul Testo Unico*, cit., p. 62. In passato, era d'uso adoperare il deposito a garanzia: cfr. C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 260 ss.; ID., *Credito fondiario*, cit., p. 373 ss.

(355) Sul punto v. anche C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 101 ss.; G. GORLA – P. ZANNELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 224.

aumenta automaticamente e di pieno diritto dell'importo occorrente per la copertura della rivalutazione del capitale mutuato.

In dottrina, a commento della prima norma che ha inserito l'automaticità dell'adeguamento dell'ipoteca per effetto di clausole di indicizzazione (art. 15, comma 2°, l. 5 agosto 1978, n. 457, recante «*Norme per l'edilizia residenziale*»), si è affermato – non senza critiche (356) – che in tal maniera il legislatore avrebbe inteso privilegiare la tutela del credito indicizzato e la protezione del risparmio rispetto all'interesse alla certezza della garanzia (357). Più di recente, è stato posto in luce che la norma si fonda sulla esigenza di consentire la simmetria tra tetto della garanzia e l'importo del credito garantito, qualora questo sia indicizzato (358).

Da ultimo, tra le norme a tutela della banca erogante, si registra quella che prevede l'esonero dalla revocatoria fallimentare (art. 39, comma 4°, t.u.b.). In deroga all'art. 67 l. fall. – che, ai sensi della norma in analisi, non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari (359) – è stabilito

(356) V. C. MOGLIE, *Credito fondiario*, cit., p. 315, il quale nutre perplessità circa i riflessi dell'indicizzazione sull'iscrizione ipotecaria, in quanto l'automaticità dell'adeguamento cozzerebbe con il principio della pubblicità ipotecaria, dal momento che il terzo che debba trattare con il debitore iscritto un negozio che implichi una garanzia ipotecaria sullo stesso immobile non sarebbe così in grado di valutare il rischio massimo cui può esporsi per non restare carente di garanzia. L'Autore ravvisa la soluzione nell'indicazione di un importo forfettario della somma per la quale l'iscrizione è presa. Che l'indicizzazione comporti una maggiore rischiosità per i terzi è dato noto anche ad altri commentatori, che hanno posto in luce come sia più difficile per il proprietario del bene offrire in garanzia ipotecaria di grado successivo un bene su cui già grava una iscrizione indicizzata: così G. PRESTI, *Le particolari operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in U. MORERA – N. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, 1996, p. 109.

(357) Così A. GUARNIERI, *Commento all'art. 15, l. 5 agosto 1978, n. 457*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 17.

(358) G. PRESTI, *La gestione del rapporto ipotecario alla luce dell'art. 39 T.U.*, in AA.VV., *Atti del convegno Paradigma: La nuova disciplina del credito fondiario: contratti e modalità di erogazione*, Milano, 1994, p. 4.

(359) Questa norma, invero superata dalla riforma della legge fallimentare del 2005, che prevede che le disposizioni dell'art. 67 l. fall. non si applicano alle operazioni di credito fondiario: cfr. S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*[4], Padova, 2011, p. 279.

che «*le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento*».

Il consolidamento abbreviato dell'ipoteca è un istituto tradizionale del credito fondiario, presente fin dal t.u. del 1905 (artt. 18 e 24) e mantenuto anche nelle successive leggi (art. 4 d.p.r. 7/1976 e art. 6 l. 175/1991), mentre non trova più sede l'automatica rinnovazione delle ipoteche (oggi regolata dall'art. 2847 c.c.) da parte del conservatore, senza spese e con responsabilità di costui in caso di mancato rinnovo (360).

Non fruiscono dell'esenzione dalla revocatoria le garanzie aggiuntive (*infra*, § 5 del presente capitolo) (361) e qualsiasi prestazione non avente carattere monetario, in considerazione dell'eccezionalità dell'istituto (362). Inoltre, l'esenzione dalla revocatoria ha riferimento esclusivamente ai pagamenti effettuati dal debitore e non anche nel caso di adempimento del terzo (363).

Dibattuta è la legittimità costituzionale del privilegio: se alcuni lo ritengono un retaggio anacronistico di un ordinamento bancario oramai superato (364), altri Autori lo ravvisano quale strumento di riequilibrio delle posizioni dei paciscenti (365).

Vi è però da segnalare che la norma può dirsi oggi superata a seguito della

---

Sono, invece, pacificamente ritenute applicabili le altre fattispecie di revocatoria previste dagli artt. 64, 65 e 66 l. fall.: così S. BONFATTI, *La disciplina*, cit., p. 1028; A.U. PETRAGLIA, *Il credito fondiario*, cit., p. 126.

(360) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 104. V. anche P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 863, secondo il quale l'obbligo era già venuto meno con la l. 175/1991.

(361) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 107, nt. 10.

(362) G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 50; M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 453. *Contra*, A.U. PETRAGLIA, *Note sulla disciplina giuridica del credito fondiario e alle opere pubbliche dopo il nuovo Testo Unico 385/93 delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 339.

(363) V. M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 453.

(364) Così G. PRESTI, *La costituzionalità*, cit., p. 220; v. anche G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 60.

(365) G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 95 s.

novella dell'art. 67 l. fall. che ha esteso per le operazioni di credito fondiario l'esenzione dalla revocatoria fallimentare a tutti gli atti contemplati nella medesima norma e, con specifico riferimento alla costituzione dell'ipoteca, a prescindere dal decorso di dieci giorni dalla sua iscrizione. Deve convenirsi con quella dottrina che ha segnalato come oggi, pertanto, la prassi bancaria di attendere il trascorrere dei dieci giorni per l'erogazione della somma finanziata sia oggi del tutto inconferente (366).

Il consolidamento abbreviato è stato stigmatizzato per il presunto utilizzo abusivo a cui si presta, permettendo di garantire così finanziamenti finalizzati al ripianamento di precedenti esposizioni creditizie, non altrettanto garantite. Ebbene, seppur l'orientamento maggioritario ravvisi un'ipotesi di simulazione del negozio di fronte ad un utilizzo del credito fondiario finalizzato non ancora alla funzione tipica di favorire la diffusione della proprietà immobiliare, bensì a dissimulare una garanzia ipotecaria per un credito preesistente non fondiario, cui consegue l'inapplicabilità ad esso del disposto dell'art. 39, comma 4°, t.u.b. (367), in un'ottica sistematica – attesa anche l'esclusione che il credito fondiario possa essere qualificato nel suo schema tipico come un mutuo di scopo – il problema deve essere impostato secondo una diversa prospettiva (368).

Anche la tesi che attribuisce rilevanza alla causa in concreto del negozio non

---

(366) Cfr. M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 454.

(367) Il problema è stato puntualmente affrontato da C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 109 ss. In giurisprudenza, per la tesi della simulazione, v. App. Milano, 17 ottobre 2006; Trib. Cagliari, 26 febbraio 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 737 ss., con nota di V. CAREDDA, *Brevi appunti in tema di simulazione ed azione revocatoria*; App. Bologna, 27 febbraio 1976, in *Giur. mer.*, 1978, I, p. 845 ss.; Cass., 24 ottobre 1967, n. 2621, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, p. 55 ss., con nota contraria di G. DE MARCHI, *Simulazione del contratto di mutuo fondiario?*.

(368) *Contra*, secondo cui deve essere escluso che una simile ipotesi costituisca una applicazione fittizia dell'istituto, in quanto trattasi invece di una ipotesi voluta dai contraenti, che sennò avrebbero convenuto l'iscrizione di una ipoteca volontaria al vecchio credito, v. G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 64.

convince, laddove si sancisce la nullità del contratto di credito fondiario in quanto questo assumerebbe una causa concreta di garanzia, incompatibile col contratto di mutuo (369).

Impostare la problematica circa l'utilizzo abusivo del consolidamento ipotecario facendo riferimento alla teoria della presupposizione, parimenti, non convince. Questa ipotesi, secondo la Suprema Corte (370) sussiste solo se la situazione di fatto sia stata il presupposto comune e determinante della volontà delle parti ancorché le stesse non vi abbiano fatto esplicito riferimento. Oltre che comune alle parti, il presupposto deve essere assunto come certo e deve essere oggettivo, in quanto il suo venire meno non deve dipendere dalla volontà delle parti (371). Ciò si inserisce nel più generale discorso del tema se il finanziamento fondiario possa essere nullo perché in frode alla legge o per motivo illecito *ex* art. 1345 c.c., considerato che deve escludersi che la causa di un negozio tipico – quale è il credito fondiario (372) – possa divenire illecita (373).

---

(369) Cfr. Trib. Latina, 11 agosto 2008, in *Contr.*, 2008, p. 1085 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI – L. FANTECHI, *Mutuo fondiario: contratto "a scopo di garanzia" tra novazione e nullità per difetto di causa concreta*.

(370) Cass., 25 luglio 2007, n. 12235.

(371) Cfr. C. FERRARI, *La tenuta del tipo contrattuale "transazione" rispetto a fatti sopravvenuti*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 614 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 25 luglio 2007, n. 12235, cit.; Cass., 23 settembre 2004, n. 19144; Cass., 4 marzo 2002, n. 3052; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629; Cass., 8 agosto 1995, n. 8689; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554. Secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, la presupposizione viene definita come «*obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione – pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali – dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde – integrandolo – all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro*». L'utilizzo di questo c.d. istituto da parte della stessa giurisprudenza è stato analizzato criticamente da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato* Bessone, XIII, t. IV, Torino, 2003, *passim*.

(372) C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 29.

(373) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 126.

Queste ipotesi, infatti, sembrano non considerare che il credito fondiario e, più specificamente, la mobilizzazione della proprietà immobiliare ad esso sottesa, non essendo preordinati ad uno specifico fine, consentono potenzialmente un loro utilizzo preordinato anche alla risoluzione di situazioni di crisi del finanziato (374). È pertanto possibile considerare legittimo estinguere un debito pregresso col ricavato del finanziamento fondiario, pur conoscendo lo stato di insolvenza del finanziato. L'unico limite a quanto appena affermato, ad avviso dello scrivente, si ravvisa allorché l'operazione possa essere configurata come un meccanismo volto a costituire un pagamento anormale di un debito preesistente (375), come tale revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 1°, n. 2), l. fall., soprattutto laddove ciò sia fatto in vista del fallimento del debitore all'unico ed univoco fine di costituire una garanzia ipotecaria a favore di un preesistente credito pecuniario chirografario e non sopperire alla mancanza di liquidità dell'imprenditore. Il credito fondiario così erogato costituirebbe un negozio in frode ai creditori, che violerebbe la loro *par condicio*, dando luogo ad una novazione oggettiva (376).

4.2. ***Le deroghe alla disciplina ordinaria a vantaggio dei debitori*** **–** L'art. 39 contiene poi diverse norme a tutela del beneficiario del credito fondiario.

La prima, contenuta al comma 5°, disciplina la riduzione e la restrizione dell'ipoteca a favore dei debitori che abbiano estinto la quinta parte del debito originario. In tale caso, essi hanno diritto a una riduzione proporzionale della

(374) Cfr. Corte cost., 22 giugno 2004, n. 175, cit. Recentemente, v. Trib. Lanciano, 7 dicembre 2016, inedita.

(375) Cfr. Cass., 18 ottobre 2007, n. 20622, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 181 ss., con nota di S. CORDOPATRI, *Ancora in tema di revocabilità del mutuo fondiario e decadenza del consolidamento dell'ipoteca*; Trib. Terni, 17 febbraio 2008, in *Corr. mer.*, 2008, p. 1135 ss., con nota di F. VELLA, *Mutuo fondiario e ripianamento di debiti pregressi: revocabilità dell'operazione ed effetti preclusivi dell'ammissione al passivo*.

(376) V. Cass., 22 novembre 1996, n. 10347; Trib. Genova, 16 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 2108 ss. V. anche Trib. Torino, 30 settembre 1998, in *Fall.*, 1999, p. 108 (s.m.).

somma iscritta, nonché alla parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati (restrizione) qualora – dai documenti prodotti o da perizie – risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente in rispetto del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 t.u.b. (377).

Tale norma opera, per quel che concerne la riduzione, in linea con l'art. 2873, comma 2°, c.c., mentre per quanto riguarda la restrizione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2872 e 2875 c.c. (378).

Deve segnalarsi che, a giudizio di un Autore (379), le regole dettate in materia di restrizione legittimano la prassi bancaria di effettuare valutazioni aggiornate in tempi spesso successivi alla conclusione del contratto di finanziamento.

Il comma 6° regola invece il diritto del debitore e del terzo acquirente, in caso di edificio o complesso condominiale, alla suddivisione del finanziamento in quote e al frazionamento dell'ipoteca.

Il tema acquisisce una grande rilevanza concreta. Infatti, allorché il finanziamento originario sia garantito da un complesso immobiliare che consta di più unità, nel momento in cui vi è un subentro nella titolarità delle singole porzioni s'avverte l'esigenza che su ciascuna di queste entità gravi solo una quota dell'intero finanziamento originario. Il titolare della singola unità – originario proprietario o suo avente causa – ha interesse a che gli siano addebitate solo le rate di diretta pertinenza del proprio bene e, eventualmente, di poter estinguere anticipatamente il finanziamento ovvero ridurre l'esposizione debitoria nei confronti dell'ente creditizio, con la possibilità di ridimensionare la garanzia ipotecaria (380).

---

(377) Cfr. Trib. Ancona – sez. dist. Jesi, 16 luglio 2011, in *Il caso.it*.

(378) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 140; G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 83.

(379) Ancora, C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 141.

(380) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 141.

Tradizionalmente, siamo di fronte al caso di scuola dell'imprenditore edile che ricorre ad un finanziamento edilizio (prima dell'entrata in vigore del t.u.b., ma lo stesso vale oggi col credito fondiario) per la costruzione di un complesso di notevole importanza costituendo ipoteca sull'intero complesso immobiliare. A lavori ultimati e solo se non vi siano inadempimenti ovvero richieste di modifica nell'attribuzione degli importi relativi ai singoli immobili, si provvede alla suddivisione del mutuo e al frazionamento dell'ipoteca sulle singole unità del complesso, con annotazione nella conservatoria RR.II. dell'atto unilaterale con cui l'ente creditizio indica le quote attribuite a ciascuna unità (381).

È stato giustamente rilevato (382) che nel frazionamento dell'ipoteca occorra sempre rispettare il limite di finanziabilità *ex* art. 38, comma 2°, t.u.b., anche se nella prassi ciò si scontra con un contegno arbitrario delle parti dell'originario contratto di finanziamento, nel quale convengono le modalità di frazionamento senza rispettare la percentuale di concessione del mutuo.

Il frazionamento ha carattere vincolato e riguarda soltanto il mutuante ed il soggetto che lo ha chiesto. L'ipoteca, dopo il frazionamento, deve garantire soltanto la quota di mutuo che il terzo si è accollato e non una quota corrispondente al valore della singola unità rispetto al valore del complesso delle unità immobiliari gravate dall'ipoteca. Rientra perciò nel rischio accettato dalla banca, nell'erogare il mutuo senza procedere al frazionamento, la possibilità che una parte dell'importo mutuato non sia più assistito da una garanzia ipotecaria ed è, invece, da escludere che la garanzia possa trasferirsi sulle altre unità immobiliari in misura superiore alla quota di mutuo accollata dagli altri acquirenti (383).

---

(381) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 142 s.

(382) Da C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 143; ID., *A proposito del frazionamento*, cit., p. 30 s.

(383) Così Cass., 20 marzo 2008, n. 7453.

Il comma 6°, invece, individua i soggetti legittimati a chiedere la riduzione, subordinando però il diritto al frazionamento alla circostanza che si possa ottenere l'accatastamento delle singole porzioni. È inoltre rimosso qualsiasi limite temporale all'esercizio del diritto stesso.

Tale diritto non può essere in alcun modo limitato o escluso da clausole contrattuali, in quanto contrasterebbero col *favor debitoris* cui la norma mira a tutelare (384).

I commi da 6°-*bis* a 6°-*quater*, introdotti dal d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della l. 2 agosto 2004, n. 210*) hanno introdotto nell'art. 39 t.u.b. alcune norme atte a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati al comma 6° e alla eventuale cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile da costruire, assicurando che gli atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della conclusione dell'atto definitivo di compravendita o contestualmente alla stessa [cfr. art. 3, lett. *n*), l. 210/2004].

Così, il comma 6°-*bis* impone alla banca di provvedere agli adempimenti di cui al comma 6° entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di suddivisione del finanziamento in quote (385). Qualora la banca non provveda entro il suddetto termine, il richiedente – oltre ad agire per il risarcimento dei danni, consistenti in una perdita di *chance* di vendita di altre unità immobiliari, essendo il mancato frazionamento dell'ipoteca fattore dissuasivo all'acquisto dell'immobile ipotecato, nonché in un danno all'immagine (386) – può presentare ricorso al presidente del Tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile, affinché costui designi un notaio che

(384) Cfr. M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 458.

(385) Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

(386) V. Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Milano, 13 aprile 2011, n. 781.

rediga un atto pubblico di frazionamento (art. 39, comma 6°-*ter*, t.u.b.). La Suprema Corte ha in proposito affermato che nel procedimento previsto dall'art. 39, comma 6°-*ter*, t.u.b., il presidente del Tribunale, accertata la legittimazione del ricorrente e l'inadempimento della banca all'obbligo di frazionare il mutuo, designa il notaio che vi deve provvedere in sostituzione della banca. Nel caso in cui il frazionamento sia richiesto dal terzo acquirente, dal promissario acquirente o dall'assegnatario, l'ipoteca, dopo il frazionamento, deve garantire soltanto la quota di mutuo che il richiedente si è accollato e non una quota proporzionata al valore della singola unità rispetto al valore del complesso delle unità immobiliari gravate dall'ipoteca. Per tale ragione al procedimento non devono partecipare altri soggetti oltre al mutuante ed al soggetto che ha chiesto il frazionamento (387).

Il notaio assume in tale circostanza un ruolo atipico, non riferibile all'ipotesi di cui all'art. 1349 c.c. (388), con cui egli svolge una attività sostitutiva della volontà delle parti, sottoscrivendo da solo l'atto in forza dell'incarico conferitogli dal giudice. Nel fare ciò, il notaio non ha però alcuna discrezionalità, dovendo necessariamente fare riferimento agli accordi intercorsi tra le parti, tenere conto del valore delle singole unità immobiliare nonché rispettare il rapporto di finanziabilità (389).

Infine, salvo diverso accordo delle parti, la durata dell'ammortamento (390)

---

(387) Così Cass., 21 giugno 2013, n. 15685, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2816 ss., con nota (senza titolo) di A. PALMIERI.

(388) Così M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 459; *contra* v. G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 289.

(389) Cfr. M. SEPE, *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, cit., p. 460; G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 295.

(390) Le due tipologie di ammortamento maggiormente diffuse sono il c.d. ammortamento alla francese (o costante o progressivo), l'ammortamento all'italiana (o uniforme) e l'ammortamento a rate crescenti. Col primo metodo (il più utilizzato nei finanziamenti fondiari) vi è un rimborso graduale a rate costanti nelle quali la quota di capitale è progressivamente crescente e quella di interessi decrescente. Ciò significa che nelle prime rate sarà maggiore la quota relativa agli interessi, mentre nelle ultime prevarrà quella relativa al

è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al medesimo tasso di interesse. È prevista anche l'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria del frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento

---

capitale. Nei mutui a tasso fisso le rate sono costanti, mentre in quello a tasso variabile possono aumentare o diminuire a seconda dell'andamento del parametro di riferimento: cfr. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, p. 147; E. CARLUCCIO, *Le operazioni di finanziamento a medio-lungo termine*, in AA.VV., *Economia degli intermediari finanziari*, Milano, 1994, p. 94. L'ammortamento alla francese è stato recentemente oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali circa la sua validità. Si segnala Trib. Milano, 30 ottobre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 45 ss., con nota di C. CAMARDI, *Mutuo bancario con piano di ammortamento "alla francese", nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*; Trib. Bari, sez. dist. Rutigliano, 29 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 82, con nota di M. SILVESTRI – G. TEDESCO, *Mutuo a tasso fisso e rimborso graduale secondo il sistema alla francese con rate costanti*, che hanno ravvisato la nullità per indeterminatezza della clausola prevedente un piano di ammortamento alla francese a rate costanti, ma con tasso variabile, con applicazione del combinato disposto degli artt. 1419 e 1284, comma 3°, c.c. (il tribunale pugliese aggiunge altresì l'art. 1283 c.c.); nel senso che l'ammortamento alla francese non sia un metodo di calcolo degli interessi anatocistico o usurario, oltre a Trib. Milano, 30 ottobre 2013, cit., v., *inter alios*, Trib. Larino, 18 gennaio 2016; Trib. Salerno, 30 gennaio 2015; Trib. Pescara, 10 aprile 2014; Trib. Mantova, 11 marzo 2014; Trib. Benevento, 19 novembre 2012; Trib. Treviso, 5 novembre 2012, *in Foro pad.*, 2014, I, p. 218 ss., con nota di A. CECCHETTO, *Ammortamento "alla francese" e forma scritta nei contratti bancari: questioni vecchie e nuove*. Trib. Verona, 24 marzo 2015, nel ribadire che il piano di ammortamento alla francese non comporta anatocismo, ha aggiunto che sostenere in giudizio un effetto anatocistico automatico integra gli estremi della lite temeraria *ex* art. 96 c.p.c. La CAMARDI, *op. loc. cit.*, p. 56, specifica che il metodo non integra, in quanto tale, elementi di illegittimità. Volgendo lo sguardo agli altri metodi, in quello all'italiana le rate sono complessivamente decrescenti, ma la quota capitale di ciascuna è sempre uguale (a decrescere è solo la quota relativa agli interessi). La quota capitale, in tal caso, sarà restituita in minor tempo rispetto ad un contratto con ammortamento alla francese. In quello a rate crescenti, invece, l'importo della rata è destinato ad aumentare nel tempo, ad ogni rata o a scadenze predeterminate. Interessante, in tal senso, è la recente ordinanza di Trib. Padova, 5 ottobre 2016, in *Il caso.it*, secondo cui il metodo di ammortamento alla francese non genera alcun effetto anatocistico, ma determina unicamente una maggione onerosità rispetto al metodo all'italiana, che non ha conseguenza alcuna in punto di nullità, ma si riflette unicamente sulla convenienza economica dell'offerta commerciale. Deve infine segnalarsi il (nella prassi pressoché inesistente) metodo di ammortamento a rimborso libero, ove è lasciata al mutuatario la libertà – sebbene regolamentata – di restituire alle scadenze prestabilite rate usualmente di soli interessi, con una maggiore elasticità nel rimborso del capitale. Sul punto cfr. F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 146 s.

ed il relativo tasso.

A chiosa dell'intera disciplina dell'ipoteca fondiaria, l'ultimo comma dell'art. 39 t.u.b. inserisce una deroga al diritto comune delle ipoteche che considera, agli effetti dei diritti di scritturato e degli emolumenti ipotecari, nonché dei compensi e dei diritti spettanti al notaio, gli atti e le formalità ipotecarie per il finanziamento fondiario, anche di annotazione, come una sola stipula, una sola operazione sui registri immobiliari e un solo certificato. Inoltre, gli onorari notarili sono ridotti alla metà. Non sono più puntualizzate alcune spese a carico del mutuatario (391).

4.3. ***La portabilità del contratto di finanziamento fondiario*** **–** A tal punto, non può prescindersi da una doverosa analisi anche dell'istituto previsto dall'art. 120-*quater* t.u.b., rubricato «*Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità*».

La norma costituisce una evoluzione di quella introdotta dall'art. 8 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. decreto Bersani *bis*) (392) e presenta un notevole grado di dettaglio dell'intera operazione.

Se inizialmente vi erano dubbi sui limiti soggettivi di applicazione della norma, in quanto contenuta nel Capo del decreto Bersani *bis* dedicato alle «*misure urgenti per la tutela dei consumatori*» (393), con l'introduzione della lett. *a*-bis) nel comma 9° dell'art. 120-*quater* t.u.b. [da parte dell'art. 8, comma 8°, lett. *c*), n. 3, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106], oggi questa si applica ai soli contratti di finanziamento

(391) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 183 s.; F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 212.

(392) Ricostruisce con grande precisione la genesi della norma G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-quater, in *Commentario* Costa, cit., p. 1398 ss.

(393) Sulla necessaria qualità di consumatore del finanziato sotto la vigenza della precedente disciplina cfr. P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, suppl. al f. 5, p. 45 ss.

conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese (394).

La *ratio* della norma, frutto di uno degli interventi normativi maggiormente liberali degli ultimi tempi, deve essere individuata nel potenziamento della concorrenza tra intermediari (395). La disciplina ha il merito di incentivare nell'ambito specifico dei contratti di finanziamento lo strumento della surrogazione per volontà del debitore, disciplinata dall'art. 1202 c.c. (396).

Attraverso l'operazione di portabilità del mutuo il debitore opera una rinegoziazione (397) del contratto di finanziamento estinguendo il mutuo originario originariamente contratto con una banca e sostituendolo con un nuovo mutuo che stipula con una seconda banca e che dovrebbe in teoria avere delle condizioni più vantaggiose (398).

Prima dell'entrata in vigore della norma, si frapponevano all'operatività della surrogazione sia ostacoli sia di natura pratica che di natura giuridica.

Dal primo punto di vista, in assenza di una esplicita disciplina ostavano i costi di una nuova iscrizione ipotecaria e di una nuova operazione economica, nonché i costi di anticipata estinzione e di cancellazione ipotecaria connessi al

---

(394) Sono tali, a norma dell'art. 1, comma 1°, lettera *t*), d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 quelle che occupano meno di dieci persone e che realizzano un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai due milioni di euro.

(395) Cfr. P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo*, cit., p. 34.

(396) Seguendo un indirizzo già noto in altri ordinamenti europei, per primo quello spagnolo con la ley 30 marzo 1994, n. 2 «*por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios*»: in proposito cfr. R.M. ANGUITA RIOS, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 57 ss. M.C. TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003, p. 52 aveva già suggerito la soluzione prima della novità legislativa.

(397) È estranea all'ambito della presente indagine la rinegoziazione delle condizioni contrattuali col soggetto finanziatore originario. Sull'identità di natura tra surrogazione nell'ambito della portabilità e rinegoziazione pura e semplice v. A. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, Torino, 2011, p. 198.

(398) Per una generale analisi sul tema della rinegoziazione, cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 179 ss.

rapporto di finanziamento originario. Dal punto di vista giuridico, invece, la banca con cui veniva concluso il contratto di mutuo rinegoziato non poteva godere del consolidamento ipotecario previsto dall'art. 39 t.u.b. già realizzatosi con il primo contratto. Inoltre, la banca controparte originaria, con l'estinzione anticipata rispetto alla sua scadenza naturale, correrebbe il rischio di vedere revocato il pagamento *ex* artt. 2900 c.c. o 65 l. fall. (399) allorquando, però, abbia già perso la garanzia ipotecaria.

La novità introdotta dalla disciplina *de qua* è rappresentato dalla possibilità di poter effettuare il surrogamento a finanziamento aperto, ossia quando il credito non è ancora esigibile perché il debitore adempie puntualmente al pagamento delle rate. Deve escludersi, nel credito fondiario, che la surrogazione possa operare anche allorché sia pattuito un termine a favore del creditore, in quanto dall'art. 40, comma 1°, t.u.b. si evince che il termine è fissato esclusivamente nell'interesse del debitore (400).

Il generale riferimento ai contratti di finanziamento operato dalla norma ha indotto il legislatore a dover specificare che il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce. Nel credito fondiario, pertanto, la banca con cui verrà rimodulato il finanziamento subentrerà sia nella garanzia ipotecaria che nelle eventuali garanzie aggiuntive (401).

---

(399) Cass., 18 luglio 2008, n. 19978, ha ravvisato che l'art. 65 l. fall. non trova applicazione quando il diritto di conseguire l'estinzione anticipata del debito e la correlativa cancellazione dell'ipoteca siano accordati al mutuatario direttamente ed inderogabilmente da specifiche disposizioni di legge.

(400) Cfr. G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-quater, cit., p. 1401.

(401) Rileva P. SIRENA, *La portabilità del mutuo*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010, p. 180, che nel caso di garanzia fideiussoria sarà necessario il consenso del fideiussore *ex* art. 1957 c.c. Sul punto v. anche C. GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, Milano, 2009, p. 63; V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-quater, in *Commentario* Capriglione[3], III, cit., p. 1791

È evidente che la norma allenta il «*dogma dell'accessorietà*» della garanzia ipotecaria (402).

La norma, inoltre prevede che ogni patto, anche successivo alla conclusione del contratto, il quale impedisca o renda oneroso l'esercizio della facoltà di surrogazione, è nullo. Questa nullità non comporta la nullità dell'intero contratto (comma 6°).

Trattasi di una nullità parziale di protezione e deve ritenersi non applicabile l'art. 1419 c.c. che implicherebbe la nullità dell'intero contratto qualora le parti, in assenza della clausola nulla, non avrebbero inteso concludere il contratto. In questo caso specifico invece, nonostante la nullità di questi patti o clausole il contratto rimane sempre valido.

È prevista altresì una sanzione ai comportamenti ostruzionistici della banca originante, la quale svolge un ruolo centrale anche nella fase istruttoria del nuovo contratto di finanziamento, dovendo comunicare all'intermediario subentrante l'importo del credito da estinguere, le garanzie accessorie al credito e ogni altra informazione necessaria alla corretta valutazione del *rating* creditizio. Nel caso in cui la surrogazione non si perfezioni entro il termine di trenta giorni lavorativi per cause dovute al finanziatore originario, quest'ultimo è comunque tenuto a risarcire il cliente in una misura predeterminata *ex lege*. Nella stessa ottica deve ravvisarsi anche la procedura di colloquio elettronico interbancario, che consente al cliente di rivolgersi direttamente al nuovo finanziatore che, attraverso detti colloqui, può acquisire i dati relativi al contratto di finanziamento in essere (403).

---

(402) Così P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo*, cit., p. 35.

(403) Si veda il protocollo di intesa tra Associazione Bancaria Italiana (ABI) e Consiglio Nazionale del Notariato (CNN) del 28 novembre 2012. Si tratta di una procedura che ha lo scopo di consentire il perfezionamento delle operazioni di portabilità dei mutui in modalità telematica con il collegamento tra banche e notai. I soggetti coinvolti potranno pertanto collegarsi al proprio sistema di riferimento scambiandosi flussi informativi e documenti secondo un processo condiviso, in sicurezza e con piena validità giuridica. Precedentemente,

È comunque concesso un *favor* al creditore originario, con la previsione della possibilità di pattuire la variazione delle condizioni contrattuali in essere senza spese, anche mediante scrittura privata non autenticata.

Il generico riferimento ai contratti di finanziamento richiama una certa assonanza con il credito fondiario (404). Se non deve dubitarsi della possibilità di surrogare un originario contratto di credito fondiario (405), maggiori dubbi debbono essere posti nel valutare la possibilità di surrogare un precedente contratto di finanziamento non fondiario con un contratto di finanziamento fondiario.

Innanzitutto vi è un limite soggettivo: i contratti di credito fondiario possono essere conclusi solo da una banca, mentre l'art. 120-*quater* t.u.b. prevede che i contratti di finanziamento sia originari che rinegoziati possano essere conclusi da un intermediario bancario o finanziario ovvero da enti di previdenza obbligatoria a favore dei propri iscritti.

Qualora il nuovo contratto di finanziamento sia però concluso con una banca, deve ritenersi ammissibile la c.d. fondiarietà sopravvenuta del contratto qualora in sede di rinegoziazione della originaria linea di credito sussistano le condizioni richieste dall'art. 38 t.u.b. (406).

Ai sensi della norma di cui all'art. 1202, comma 2°, c.c., la surrogazione ha effetto, innanzitutto, allorché il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa nelle forme di cui all'art. 2704 c.c. La circostanza che, però, la banca non possa rifiutare la surrogazione, ha indotto un autore a dubitare che la

---

ABI e CNN avevano sottoscritto, nel 2007, un protocollo di intesa con cui si indicava come opzione preferenziale la conclusione di un negozio trilaterale tra finanziatore originario, nuovo finanziatore e cliente, denominato «*contratto di mutuo con surroga e quietanza*».

(404) Il comma 9°, lett. *b*), dell'art. 120-*quater* t.u.b. specifica che le disposizioni dettate dall'articolo in analisi non si applicano ai contratti di locazione finanziaria.

(405) P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo*, cit., p. 45; G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-quater, cit., p. 1407 s.

(406) G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-quater, cit., p. 1409.

banca abbia l'obbligo di rilasciare la quietanza (407). Infine, nella quietanza deve risultare la dichiarazione del debitore circa la provenienza delle somme e il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione.

La norma prevede inoltre che nell'atto di mutuo sia specificamente indicato che le somme sono destinate ad adempiere il credito. Una lettura maggiormente adesiva al dettato dell'art. 1202 c.c. ritiene che trattasi di un mutuo di scopo in cui la destinazione delle somme viene ad integrarsi nel regolamento negoziale (408). Altri autori, invece, forniscono una preferibile interpretazione estensiva per la quale l'applicazione della norma deve ritenersi estesa a tutti i contratti di finanziamento purché il contratto sia finalizzato all'estinzione del debito e tale specifico scopo emerga espressamente dal contratto (409).

Il riferimento all'art. 1202 c.c. non è però letto in modo pacifico dagli interpreti. Se da un lato v'è chi sostiene l'efficacia estintiva della surrogazione nei confronti del rapporto originario, che sarà sostituito dal nuovo contatto di finanziamento (410), altri individuano una vicenda traslativa della complessiva posizione contrattuale di cui era titolare l'originario finanziatore nei confronti del cliente finanziato (411), maggiormente coerente al sistema di

---

(407) In tal senso P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo*, cit., p. 49.

(408) P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo*, cit., p. 45; G. FALCONE, sub *art. 120*-quater, cit., p. 1405.

(409) Così P. SIRENA, *La portabilità del mutuo*, cit., p. 458; A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contr.*, 2007, p. 467; A. GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 468; E. GUERINONI, *Le nuove regole nei rapporti bancari.* Ius variandi*, recesso, estinzione anticipata dei mutui e portabilità dei contratti di finanziamento*, Milano, 2007, p. 87.

(410) A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore* ex *art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. «portabilità del mutuo»)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 398 ss.; C. GATTONI, *La portabilità*, cit., p. 63.

(411) Così P. SIRENA, *La portabilità*, cit., p. 179; F. FIORUCCI, *Le novità sui mutui introdotte dal decreto sulle liberalizzazioni (D.L. 7/2007, convertito in L. 40/2007)*, in G. CASSANO (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009, p. 698; M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la*

subentro delle garanzie (412) e agli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in tema di surrogazione codicistica (413).

È stato rilevato che l'adesione all'una o all'altra impostazione ha conseguenze nell'individuazione delle eccezioni che il creditore surrogato potrebbe vedersi opporre da parte del debitore, indubbiamente meno sfavorevoli nel caso in cui si aderisca alla tesi della efficacia estintiva (414).

---

cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 267 ss. Si veda anche la tesi sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui la norma disponendo il trasferimento del contratto e prevedendo il divieto di oneri e spese per la concessione del nuovo finanziamento, sembrerebbe presupporre, seppure per una frazione di tempo circoscritta, la coesistenza di due distinti contratti, il secondo dei quali, oltre a configurarsi come presupposto indispensabile della portabilità, sarebbe destinato ad accogliere il contenuto del primo e, nell'ambito comunque di una fattispecie traslativa, a sostituirlo: così TAR Lazio, 6 aprile 2009, n. 3683; TAR Lazio, 6 aprile 2009, n. 3692.

(412) A meno che non si legga il subentro nelle garanzie come una permanenza *ex lege* delle stesse, così A.A. DOLMETTA, *Questioni*, cit., p. 400.

(413) In giurisprudenza v. Cass., 25 marzo 2009, n. 7217; Cass. 14 aprile 1988, n. 2960, in Foro it., 1988, I, c. 2957 ss., con nota (senza titolo) di M. FABIANI; Cass. 20 settembre 1984, n. 4808. In dottrina cfr. B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione: artt. 1201-1205*, in *Comm. sist.* Bigiavi, Bologna-Roma, 1988, p. 61 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 114 ss.; A. GIANOLA, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 233; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1523; M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato* Rescigno, IX, 1999, p. 156 ss.

(414) Da A. FLORIS, *La "portabilità" dei contratti di finanziamento: art. 120*-quater *d.lg. 1° settembre 1993, n. 385*, in V. BUONOCORE – A. LUMINOSO – C. MIRAGLIA (a cura di), *Codice della vendita*[3], Milano, 2012, p. 785. Attribuendo alla surrogazione un'efficacia estintiva, A.A. DOLMETTA, *Questioni*, cit., p. 405 ss. identifica la soluzione sulle eccezioni opponibili in quella propria della fideiussione (artt. 1949 e 1952 c.c.), mentre E. BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Roma, 2008, p. 124 s., ravvisa che potranno essere eccepite unicamente vicende attinenti i diritti di garanzia, gli unici che sopravvivono al rapporto originario. Al riconoscimento di un effetto traslativo, invece, per M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., p. 123, conseguirebbe il riconoscimento, in capo al debitore, della facoltà di opporre tutte le eccezioni reali e (forse) personali derivanti dal rapporto originario, pregiudicando gravemente la posizione del terzo e l'esigenza di certezza dei traffici economici e giuridici. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, p. 69, invece, limita le eccezioni opponibili a quelle fondate sul rapporto obbligatorio. Si rinvia anche alla peculiare lettura offerta da P. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in AA.Vv., *Il contributo del notariato*, cit., p. 103, il quale ravvisa che la disciplina di legge debba essere coordinata con quella specificamente prevista per la tutela

Da ultimo, è di notevole importanza per le surrogazioni di finanziamenti fondiari o con fondiarietà sopravvenuta quanto statuito dal 3° comma dell'art. 120-*quater*, il quale prevede – coerentemente all'art. 2843 c.c. – che il trasferimento della garanzia ipotecaria debba essere annotato in margine all'iscrizione della stessa.

Ritenendo che l'annotazione abbia efficacia costituiva se ne dovrebbe però inferire che il trasferimento non sia opponibile ai terzi fin quando essa non venga eseguita. Inoltre, si dovrebbe anche ritenere che l'ipoteca perde al momento del trasferimento il suo grado acquistandone uno nuovo che potrebbe essere successivo. Per tale ragione, una dottrina isolata ritiene che l'annotazione abbia efficacia dichiarativa (415).

La Suprema Corte (416) ha espresso in materia un orientamento intermedio ravvisando che l'annotazione ha sempre e comunque efficacia costitutiva, ma tuttavia attraverso questa annotazione non si realizza una nuova iscrizione di ipoteca, essendo essa finalizzata ad individuare il soggetto titolare. L'operazione si concreta, piuttosto, in una mera sostituzione soggettiva dell'iscrizione originaria. In ogni caso, quindi, la garanzia mantiene lo stesso grado e lo stesso valore che aveva in origine.

4.4. ***Rinegoziazione e surrogazione dei finanziamenti agevolati nella legislazione regionale sarda*** **–** L'istituto appena esaminato impone una ulteriore riflessione circa la sua applicabilità ai finanziamenti bancari assistiti da agevolazioni pubbliche.

L'art. 120-*quater* t.u.b., come s'è testé visto, consente la portabilità di qualsiasi contratto di finanziamento concluso da intermediari bancari e

---

del terzo acquirente (artt. 1445, 1458 e 1452 c.c.) per l'ipotesi in cui venga meno l'acquisto del suo dante causa.

(415) P. SIRENA, *Alcuni problemi*, cit., p. 101.

(416) Cass., 19 giugno 2008, n. 16669.

finanziari con persone fisiche o micro-imprese ovvero da enti di previdenza obbligatoria coi propri iscritti, ad esclusione dei contratti di locazione finanziaria.

Invero, si è però posto in evidenza (*supra*, § 3 del presente capitolo) che la commistione di elementi privatistici e pubblicistici dei finanziamenti fondiari agevolati esige il rispetto di pregnanti requisiti soggettivi ed oggettivi, in considerazione del fatto che il contratto è destinato alla concessione di credito a condizioni di favore per il raggiungimento di uno scopo avente una rilevanza pubblicistica.

Pertanto, la possibilità di rinegoziare o surrogare un finanziamento agevolato suscita alcune perplessità, quantomeno sulla possibilità di conservare il rapporto agevolativo una volta che viene concluso un nuovo contratto di finanziamento con una banca estranea al rapporto creditizio originario.

Anche con riferimento a questo argomento, la legislazione regionale sarda offre un interessante spunto di riflessione.

Con nota prot. 178/GAB del 21 gennaio 2016 l'assessore dei Lavori Pubblici della Regione Autonoma della Sardegna ha dettato agli enti creditizi convenzionati (417) le «*Direttive in materia di rinegoziazione*» in materia di mutuo agevolato destinato agli interventi sulla prima casa. Successivamente, ulteriori specificazioni delle stesse sono state fornite con nota prot. 1100/GAB del 20 aprile 2016 recante «*Linee guida in materia di rinegoziazione*».

Tali direttive sottolineano come la contrazione dei tassi di interesse nei contratti di finanziamento bancari imponga valutazioni che riguardino anche le agevolazioni sulla prima casa promosse dalla Regione Sardegna, e in particolar modo che queste non debbano in alcun modo impedire

(417) Cfr. *supra*, alla nt. 290.

l'applicazione di diritti consolidati e meritevoli da parte di cittadini che hanno in essere un contratto di finanziamento agevolato *ex* l.r. Sardegna 32/1985.

A tal uopo, la Regione ha ritenuto che gli istituti della rinegoziazione dei tassi di interesse e della surrogazione possono applicarsi anche ai contratti di finanziamento in analisi, previa autorizzazione regionale, purché permanga il rispetto delle misure di agevolazione. Pertanto, con la rinegoziazione del tasso di interesse in misura inferiore rispetto all'originario tasso di riferimento dovrà rideterminarsi la nuova misura del tasso a carico del mutuatario applicando al tasso così rinegoziato la medesima percentuale di abbattimento applicata a suo tempo al tasso di riferimento e, dunque, dovrà ricalcolarsi l'importo del contributo spettante con conseguente restituzione alla Regione della quota già riconosciuta in eccedenza all'ente creditizio finanziatore per il periodo successivo alla rinegoziazione medesima.

Fin qui dobbiamo ritenere che la questione non presenti particolari dubbi interpretativi, stante la nostra adesione alla c.d. teoria binaria circa la struttura dei finanziamenti assistiti da agevolazione, che preserva l'autonomia del procedimento pubblicistico e contrattuale pur stante la loro imprescindibile intersecazione.

Nondimeno, devono registrarsi le resistenze delle banche convenzionate, cui è seguito un intervento proattivo dell'ABI (418).

Possono però ipotizzarsi profili di problematicità laddove viene consentita la surrogazione del mutuo con un altro ente creditizio, con la decadenza del contributo regionale non ancora fruito a partire dalla data della portabilità del finanziamento.

---

(418) Cfr. la nota dell'ABI prot. n. URR/001300 del 1° giugno 2016, con cui l'associazione ha comunicato di aver provveduto a prendere contatti con le banche convenzionate ai sensi della l.r. Sardegna 32/1985, rappresentando che le stesse stanno valutando la questione con la massima attenzione, in uno spirito di ampia collaborazione verso le istituzioni regionali e di servizio nei confronti della clientela.

A essere posta in discussione non è certo la possibilità di operare una surrogazione del contratto di finanziamento con una banca non convenzionata, bensì se – considerato il carattere unitario dell'operazione – la portabilità del mutuo non comporti invece una perdita *ex tunc* delle provvidenze beneficiate.

Una risposta a tale quesito non può prescindere dallo scopo che giustifica la misura d'ausilio, finalizzata a interventi nel settore edilizio destinati all'acquisto, alla costruzione ed al recupero della prima abitazione, consentendo così al privato di accedere al mercato immobiliare impegnando i propri capitali in una iniziativa di pubblico interesse.

L'abbattimento del tasso di interesse e i contributi in conto capitale non sono il fine, bensì il mezzo per il perseguimento di detto scopo (419). La titolarità dei requisiti oggettivi e soggettivi per poter beneficiare dell'agevolazione consente di poter usufruire del fondo regionale per l'edilizia abitativa senza che la successiva possibilità di poter ottenere da un'altra banca – presso la quale il beneficiario dell'agevolazione decide di trasferire il proprio mutuo – un tasso di interesse complessivamente più vantaggioso, possa far venire meno lo scopo cui la misura pubblica agevolativa è finalizzata. Tale soluzione comporta esclusivamente la perdita delle agevolazioni regionali dalla data della surrogazione del finanziamento.

Nondimeno, qualora a seguito della portabilità del mutuo, venga violato l'obbligo di cui all'art. 7 l.r. Sardegna 32/1985 di abitare in maniera stabile e continuativa per nove anni l'alloggio realizzato, recuperato o acquistato, il

(419) Risultando così carica di concreto significato l'osservazione di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 126, spec. nt. 127, secondo cui attraverso le peculiari articolazioni del contratto di finanziamento agevolato «*un contratto di credito può divenire strumento per l'attuazione di un programma pur conservando fondamentalmente inalterata la sua causa tipica (che viene solo delimitata o specificata dalla determinazione dello scopo cui deve essere rivolta l'utilizzazione dei capitali trasferiti*», così che la pubblica amministrazione possa assicurarsi un controllo «*forse più penetrante ed efficace di quello che potrebbe esercitare applicando le tecniche autoritative di intervento*».

beneficiario dovrà restituire all'ente sovventore l'agevolazione ottenuta e di cui ha goduto durante la vigenza del rapporto contrattuale con l'ente creditizio convenzionato.

4.5. ***La cancellazione semplificata delle ipoteche*** **–** L'art. 40-*bis*, introdotto dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, ha previsto una norma speciale in materia di cancellazione delle ipoteche accese a garanzia del diritto alla restituzione delle somme erogate da parte del soggetto finanziato. La norma stabilisce che, ai fini di quanto previsto dall'art. 2878 c.c. e in deroga all'art. 2847 c.c., l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti dal contratto di finanziamento fondiario si estingue automaticamente alla data di estinzione dell'obbligazione garantita.

Gli iniziali dubbi della dottrina (420) sull'applicabilità della norma anche a operazioni non fondiarie ha trovato soluzione nel novellato comma 6° della norma, ai sensi del quale le disposizioni si applicano ai mutui e ai finanziamenti, anche non fondiari, concessi da banche ed intermediari finanziari, ovvero concessi da enti di previdenza obbligatoria ai propri dipendenti o iscritti.

Circa il riferimento operato dalla norma alla quietanza, questo non è una ripetizione del contenuto dell'art. 1199 c.c., in quanto deve riportare anche la data in cui è stato effettuato il pagamento. L'utilizzo della espressione quietanza, però, appare improprio, in quanto la norma in commento è aperta anche alle fattispecie estintive dell'obbligazione diverse dal pagamento: essa è, piuttosto, una dichiarazione di scienza dell'avvenuta estinzione (421).

---

(420) R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 470. G. PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, in *Not.*, 2007, p. 294 riteneva che la disciplina si applicasse solo ai mutui e non anche alle altre tipologie di finanziamento.

(421) V. A. CHIANALE, *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 494; M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui*, cit., p. 279.

I richiami operati alle norme di cui agli artt. 2878 e, con fine derogatorio, 2847 c.c. inducono a ritenere che l'art. 40-*bis* t.u.b. operi su un piano sia sostanziale che pubblicitario.

Sotto il primo profilo, essa rimarca il fatto che l'estinzione dell'obbligazione garantita estingue l'ipoteca, mentre sul piano pubblicitario essa opera in deroga alla disciplina codicistica in quanto permette una cessazione dell'efficacia dell'iscrizione anteriormente al decorrere del termine ventennale, salva la rinnovazione effettuata prima dello spirare del detto termine.

Il richiamo derogatorio, però, appare improprio, in quanto a seguito dell'estinzione dell'obbligazione viene meno sì l'ipoteca, ma l'iscrizione andrebbe comunque rimossa attraverso la cancellazione, che avverrebbe così d'ufficio e senza oneri. Risiede qui il vero elemento di novità dell'istituto (422).

Infatti, l'effetto estintivo automatico dell'iscrizione non si verifica fino a che non si completa la procedura amministrativa di cui all'art. 40-*bis*, comma 2°, t.u.b. (423) e, comunque, esso potrebbe essere inficiato qualora il creditore, entro trenta giorni dalla data di estinzione dell'obbligazione, comunichi all'Agenzia del territorio – qualora ricorra un giustificato motivo ostativo e con le modalità richieste per la rinnovazione dell'ipoteca – la permanenza dell'ipoteca.

Il conservatore non può sindacare la valenza del giustificato motivo ostativo (424), che deve ritenersi sussistere allorquando effettivamente permanga l'obbligazione garantita, *scilicet* nel caso in cui la causa estintiva del rapporto negoziale sia nulla, la comunicazione dell'avvenuta estinzione sia viziata da

(422) Così anche C.M. BIANCA, *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca: profili sistematici*, in *Vita not.*, 2008, p. 627.

(423) Il rimettere la procedura a provvedimenti amministrativi ha indotto C.M. BIANCA, *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca*, cit., p. 631 a considerare tale meccanismo irrazionale ed illegittimo.

(424) Così G. FALCONE, *Commento* sub *art. 40*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, Addenda, Bologna, 2010, p. 10.

errore di fatto o di diritto o sia scaturita da violenza o dolo ovvero se l'estinzione avviene con surrogazione della garanzia ipotecaria (425).

Il meccanismo procedurale in analisi è obbligatorio per il creditore, il quale può sottrarsi solo in caso di rinuncia del debitore ovvero in caso di surrogazione *ex* artt. 120-*quater* t.u.b. e 1202 c.c., dal momento che, in tale ipotesi, la garanzia ipotecaria permane accessoria a un nuovo rapporto (426).

5. *L'apparato delle garanzie nei contratti di finanziamento all'acquisto immobiliare. Le assicurazioni a garanzia del credito (PPI)* – La deliberazione CICR 22 aprile 1995, nel fissare il limite di finanziabilità all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire, prevede anche la possibilità di elevarlo al 100 per cento qualora vengano prestate delle garanzie integrative (427).

Queste ulteriori garanzie possono essere rappresentate da «*fideiussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia*». La Banca d'Italia ha successivamente ampliato questa previsione, disponendo nelle *Istruzioni di Vigilanza per le banche* (Titolo V, cap. 1, sez. II.1) che «*Le garanzie integrative possono essere costituite da fideiussioni bancarie, da polizze fideiussorie di compagnie di assicurazione, dalla garanzia rilasciata da fondi pubblici di garanzia o da consorzi e cooperative di garanzia fidi, da cessioni di crediti verso lo Stato, da cessioni di annualità o di contributi a carico dello Stato o di enti pubblici nonché dal pegno su titoli di Stato*».

La Banca d'Italia si riserva, comunque, di indicare altre forme di garanzia

(425) Cfr. A. CHIANALE, *La procedura di cd. cancellazione semplificata delle ipoteche*, in AA.VV., *Il contributo del notariato*, cit., p. 15.

(426) M. SEPE, *Commento* sub *art. 40*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 486.

(427) L'art. 23, comma 3°, d.p.r. 7/1976 prevedeva la possibilità di acquisire garanzie supplementari per la quota eccedente il 50 per cento del costo di costruzione. Questa disposizione è stata abrogata con l'entrata in vigore della l. 175/1991.

integrativa e ammette la possibilità per le banche di acquisire ogni altra garanzia ritenuta opportuna per la concessione dei finanziamenti. Questa facoltà segna la non tassatività delle elencazioni emanate dalle Autorità creditizie ed è espressione del principio di autonomia contrattuale. Tale possibilità era già ritenuta ammessa anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina (428).

In ogni caso, le garanzie integrative vanno acquisite almeno in misura tale che il rapporto tra l'ammontare del finanziamento e la somma del valore del bene immobile ipotecato (o del costo delle opere da eseguire) e delle garanzie integrative medesime non superi il limite dell'80 per cento. Ciò significa che le garanzie aggiuntive vanno acquisite in misura pari o superiore al 25 per cento del valore del bene (429).

Prima di soffermarci sulle singole garanzie aggiuntive, bisogna però sottolineare le loro caratteristiche comuni, individuate dalla Banca d'Italia con il comunicato, pubblicato in G.U. n. 76 in data 2 aprile 2005, «*Garanzie integrative per il credito fondiario*».

Tra le caratteristiche minime delle garanzie aggiuntive – che debbono sempre presentare i requisiti previsti dalla disciplina sulla vigilanza prudenziale – viene richiesto il loro effettivo beneficio in termini di contenimento del rischio di credito, con la conseguente possibilità di ridurre il livello di copertura della garanzia ipotecaria.

Le garanzie devono, in ogni caso, essere direttamente riferibili alla singola operazione di finanziamento, coprire esplicitamente le perdite derivanti dal mancato pagamento del debitore per la quota fissata contrattualmente,

---

(428) Cfr. Cass., 10 luglio 1991, n. 7674, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 250 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *Ipoteca su bene altrui e garanzie aggiuntive nei c.d. mutui agevolati*; Trib. Milano, 28 marzo 1991, *ibidem*, 1992, II, p. 215 ss., con nota redazionale; App. Torino, 10 dicembre 1986, di cui importanti passaggi sono stati riportati da C.M. TARDIVO, *op. loc. cit.*, p. 255 s.

(429) Così, suffragato da semplici disequazioni, A. NOTO, *Le operazioni attive di credito fondiario*, in *Il risparmio*, 1995, p. 837 s.

prevedere che il loro utilizzo non sia in alcun modo condizionato contrattualmente al verificarsi di eventi diversi dall'inadempimento del debitore. Inoltre esse non debbono essere revocabili dal garante ed è pretesa la loro escutibilità tempestiva e a prima richiesta. Come si vedrà più nel dettaglio, non sono pertanto idonee le garanzie integrative che prevedono il pagamento alla banca solo al termine delle procedure esecutive o che consentono al garante di opporre il beneficio della preventiva escussione del debitore. Sono invece ammesse modalità di escussione della garanzia integrativa che preveda un pagamento in acconto dopo un periodo definito – ma limitato nel tempo a massimo due anni – dal primo inadempimento del debitore e che preveda, al termine delle procedure esecutive, un conguaglio sulla base di quanto effettivamente recuperato dalla banca.

5.1. ***Le garanzie reali*** **–** Ferme le caratteristiche di cui al richiamato comunicato della Banca d'Italia, si rende necessario valutare quali garanzie reali possano essere previste a integrazione dell'ipoteca di primo grado qualora si voglia ottenere un finanziamento superiore al limite massimo di concedibilità (430).

Nelle previsioni delle Autorità creditizie si scorgono – tra le varie garanzie reali – diverse tipologie di pegno (senza soffermarsi per il momento sulle garanzie rilasciate dai confidi, la cui natura pignoratizia – come si vedrà – è suffragata da un consolidato orientamento). Non essendo, però, un'elencazione a numero chiuso, si ravvisa la necessità di raffrontarsi con le altre fattispecie pignoratizie note nella prassi creditizia.

Una prima è quella del deposito a scopo di garanzia o deposito cauzionale,

(430) A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, 2001, p. 291 ss. ha approfonditamente esaminato come il sistema delle garanzie reali si innesti sul mercato del credito e sul ruolo svolto dal sistema bancario.

la cui identificazione col pegno irregolare è pacifica (431). Come s'è visto *antea*, l'art. 39, comma 2°, t.u.b. ha confermato la possibilità di perfezionare il contratto di credito fondiario sia col c.d. doppio contratto o contratto condizionato (*scilicet* «*Quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati*»), sia con un contratto unico.

Rispetto alla disciplina previgente (v. art. 16 t.u. 1905), nel caso del doppio contratto viene rivalutata l'autonomia contrattuale dei paciscenti, non essendo più prevista la costituzione in deposito cauzionale della somma erogata al fine di assicurare l'iscrizione ipotecaria a favore della banca finanziatrice e il rispetto delle altre condizioni dedotte in contratto. Spetterà alla banca cautelarsi nelle forme che riterrà maggiormente opportune.

La prassi bancaria da decenni si avvale, nel credito fondiario, dello strumento delle cc.dd. trattenute a garanzia (432). Le somme costituite a deposito, salvo patto contrario, non producono interessi e, in caso di morosità del mutuatario, debbono intendersi cedute *pro solvendo* all'istituto mutuante, il quale ha la facoltà di imputare – con l'ordine di imputazione che riterrà preferibile, le somme depositate (433).

Sono diffuse le figure di deposito in garanzia delle somme concesse a mutuo effettuato dal mutuante, con l'incarico di trasmetterla a colui che ha venduto al mutuatario un immobile, ma solo una volta accertata l'avvenuta valida iscrizione di ipoteca a garanzia del contratto di credito, ovvero di restituirla al depositante in caso contrario. O, ancora, quella del deposito, da parte del mutuatario, delle somme oggetto del finanziamento con l'incarico di restituirle al mutuatario allorché, iscritta l'ipoteca a garanzia del contratto di credito,

(431) V., per tutti, A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 433, ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

(432) Cfr. C.M. TARDIVO – M. VENTOLA, *Il credito fondiario*, cit., p. 51 s.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo*, cit., p. 24, 33, 76.

(433) V. C. MOGLIE, *Manuale*, cit., p. 261

risulti l'inesistenza di ipoteche e trascrizioni pregiudizievoli all'ipoteca iscritta a favore della banca, garantendo così quest'ultima nei confronti di un'azione di restituzione della somma in ipotesi di risoluzione del contratto di finanziamento per l'esistenza di gravami non dichiarati sul bene ipotecando, senza che la somma entri nella libera disponibilità del mutuatario.

La *figura iuris* del deposito a scopo di garanzia identifica una categoria che ricomprende al suo interno una molteplicità di operazioni negoziali accomunate da da una generica finalità di garanzia perseguita dai contraenti, ma distinte sul piano dei caratteri funzionali ed effettuali in virtù del diverso intento pratico che anima in concreto i paciscenti (434). Le ipotesi – che trascendono lo stretto ambito dell'anticipazione bancaria, ma che debbono riferirsi a qualsiasi rapporto obbligatorio (435) – sono tutte quelle con cui viene attribuita ad altri la disponibilità di una somma di denaro a garanzia di un proprio debito attuale o eventuale, «*con l'intento che il creditore, in caso di inadempimento, possa "appropriarsene" per soddisfarsi direttamente sulla stessa*» (436).

La costituzione del deposito in garanzia consente l'immediato trasferimento della proprietà del denaro oggetto di garanzia al creditore (437), mentre la restituzione del *tantundem* o dell'eccedenza tra la somma ricevuta e il *quantum* della prestazione adempiuta diviene attuale solo in occasione dell'adempimento dell'obbligazione principale (438). Tale trasferimento del

---

(434) Così A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 427 s.

(435) Cfr. F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 98; AR. DALMARTELLO, *Il pegno irregolare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I, p. 316; G. TUCCI, voce *Cauzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 261; D. VITTORIA, voce *Pegno irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990, p. 1.

(436) Ancora, A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 433.

(437) Cfr. G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 459, ove ampi riferimenti bibliografici.

(438) Così F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 256; L. ROSSI CARLEO, *Profili della cauzione nel diritto civile*, Napoli, 1988, p. 60.

denaro trova la sua giustificazione causale nell'interesse al credito, *scilicet* la predisposizione in favore del creditore di uno strumento di soddisfacimento coattivo delle proprie ragioni, che giustifica altresì la permanenza dei beni nella sfera giuridica del creditore fino all'adempimento dell'obbligazione principale (439).

Nel caso di inadempimento, il deposito acquisisce in aggiunta una funzione solutoria, con un soddisfacimento coattivo delle ragioni creditorie – senza l'intervento giudiziale né la cooperazione del debitore-garante – e l'imputazione di quanto già ricevuto, *ergo* l'incameramento definitivo della somma concessa in garanzia nel patrimonio del creditore (440).

5.1.1. (*segue*) Altre *figure similari al deposito in garanzia* – La figura del deposito in funzione di garanzia è strettamente connessa anche ad una fattispecie negoziale accessoria particolarmente diffusa negli ordinamenti di *common law*, che assolve una finalità di garanzia di un rapporto principale di natura immobiliare, commerciale o finanziaria: il contratto di *escrow* (441).

Siffatta fattispecie negoziale trova le sue origini nel Regno Unito, nella prassi maturata nell'ambito delle compravendite immobiliari, con il c.d. *delivery as an escrow*. Il venditore di un immobile, dopo aver sottoscritto un atto relativo al trasferimento di un diritto reale, lo consegna ad un terzo depositario (c.d.

(439) Precisamente, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 256.

(440) Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 470 ss.

(441) Per una definizione di *escrow* e per un'illustrazione dell'*iter* del procedimento v. A. FUSARO, *La clausola di* escrow account, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 566 ss.; P. ZAGAMI, *L'*escrow agreement *negli ordinamenti di* common law *e nell'ordinamento italiano*, in Trust *att. fid.*, 2012, p. 365 ss.; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 172 ss., spec. 190 ss.; L. PEDRETTI, *Gli* escrow accounts *nelle operazioni di* countertrade, *in Dir. comm. int.*, 1988, p. 442 ss. In giurisprudenza v. Trib. Oristano, 9 marzo 2016, di prossima pubblicazione in *Riv. giur. sarda* con nota di F. ONNIS CUGIA.

escrow agent o *escrow holder*) (442) con l'obbligo di trasferirlo all'acquirente allorché venga pagato il prezzo (443).

Il tradizionale utilizzo del contratto di *escrow* deve rinvenirsi prevalentemente nelle vendite immobiliari, in particolare in via accessoria a un contratto di finanziamento immobiliare (444). Il deposito è, in tale circostanza, vincolato a garantire il pagamento delle relative tasse di proprietà e assicurazione per tutta la durata del mutuo (445). Più precisamente, le somme con cui viene costituito l'*escrow account* sono destinate al pagamento di una porzione di rata di un mutuo volta a rimborsare gli oneri sopra citati. Si tratta di un importo ulteriore alla quota capitale e agli interessi di una rata di mutuo.

Dal momento che il pagamento dell'impegno viene utilizzato per pagare le imposte e l'assicurazione, l'*escrow account* è denominato "T&I" (*Tax and Insurance*), mentre il rimborso di un mutuo consistente nel capitale e negli interessi, detto *mortgage account*, è indicato come "P&I" (*Principal and Interest*). La somma totale di tutti gli elementi viene poi indicata come "PITI" per "*Principal, Interest, Tax and Insurance*". Alcune banche mutuanti richiedono ai clienti di costituire un *escrow account* T&I, altre, invece, lasciano questa evenienza alla libera scelta del cliente.

Il pagamento mensile del deposito a garanzia è calcolato prendendo il totale di tutti gli esborsi fiscali e assicurativi previsti per l'anno e dividendo il totale in dodici rate mensili. Inoltre, se la banca mutuante richiede il rispetto di un equilibrio nel conto vincolato (di solito non più del doppio della rata mensile)

---

(442) Sulla differenza tra *escrow agent* e *escrow holder* v. P. ZAGAMI, *L'*escrow agreement, cit., p. 368 s.,

(443) Così A.M. LUCIANI, Escrow, in *Contr. impr.*, 2005, p. 803; v. anche L. VALLE, *Il* countertrade, in F. GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, 2, Torino, 1995, p. 1220.

(444) Delle varie principali utilizzazioni del contratto di *escrow* dà ampio conto P. ZAGAMI, *L'*escrow agreement, cit.,p. 365 ss., spec. 369 ss.;

(445) Così J. MANN, *Escrow – Their use and value*, in *University of Illinois Law Review*, 1949, p. 398.

possono essere previsti dei meccanismi che consentano il costante mantenimento di questo rapporto (446).

La finalità dell'*escrow* è quella di ottenere una segregazione patrimoniale delle somme o dei beni depositati sottraendoli sia alla disponibilità del depositante che ai creditori dello stesso, nonché al fallimento. Lo strumento attraverso cui ottenere l'indisponibilità del deposito vanno valutate secondo la legge applicabile, che di norma è quella della banca depositante (447). Nel diritto inglese, ad esempio, siffatta operazione negoziale si realizza attraverso il *trust* (448).

Nel nostro ordinamento la figura può essere ricondotta a quella del c.d. deposito cauzionale presso il terzo (449), seppure debba rilevarsi l'impossibilità di ottenere con questo istituto una segregazione patrimoniale delle somme, se non forse attraverso la costituzione – da parte della banca *agent* – di un patrimonio destinato ad uno specifico affare *ex* art. 2447-*bis* c.c., seppure entro i pregnanti limiti previsti dalla norma, in particolar modo quello che esclude la costituzione del patrimonio per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali. Tale limite potrebbe essere eluso non considerando quella dell'*agent* un'attività rientrante nella definizione di attività bancaria di cui all'art. 10 t.u.b.

Il deposito presso il terzo è compatibile con la natura di pegno irregolare, andando a configurare un collegamento negoziale tra questo contratto ed il deposito irregolare nonché un contratto a favore del terzo – il creditore

---

(446) Così rileva G. ESSNER, *The closing. Florida Real Property Sale Transactions*, Tallahassee, 1978, p. 104.

(447) V. P. BERNARDINI, *Il* "countertrade"*: da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 116 ss.

(448) Cfr. *Carreras Rothmans* v. *Freeman Methews Treasure*, (1985) *1 All E.R., 29*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 124 ss.

(449) Su cui cfr. A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 432 ss.; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 537 ss.

garantito – (450), in quanto sarà sempre siffatto contratto a costituire il titolo giustificativo sia dell'acquisto in proprietà delle cose fungibili da parte del garantito, sia del diritto di costui ad incamerarle definitivamente, nonché al corrispondente diritto di restituzione al garante adempiente del *tantundem* da parte del depositario (451).

Altra diffusa ipotesi è quella della consegna in pegno di libretti di risparmio nominativi (452), applicazione della più ampia categoria dei contratti di garanzia finanziaria disciplinata dal d.lgs. 170/2004.

Tra essi rientrano i contratti di pegno, di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia nonché qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, conclusi da soggetti diversi da persone fisiche con intermediari creditizi e finanziari.

Emerge, in tema di escussione della garanzia da parte della banca creditrice, la deroga all'art. 168 l. fall. contenuta nell'art. 4 d.lgs. 170/2004, con cui si statuisce che «*al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:* 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*

(450) Così, A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 436, 441; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato* Vassalli, Torino, 1956, p. 216; Cass., 28 marzo 1956, n. 892, in *Foro it.*, I, 1956, c. 880 ss.

(451) V. A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 440.

(452) Sulla natura giuridica della figura v. A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 444 ss.

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*» (453).

5.1.2. (*segue*) *Le forme di pegno senza spossessamento o con spossessamento attenuato* – In materia di pegno, però, le più interessanti problematiche si manifestano – oggi e dopo numerosi tentativi di riforma del diritto delle garanzie mobiliari – con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in legge 30 giugno 2016, n. 119, con cui è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura del pegno non possessorio.

L'introduzione di sistemi di garanzie mobiliari non possessorie era vista come un'esigenza specie delle piccole e medie imprese per agevolare il loro accesso al credito che, assieme alle difficoltà nella realizzazione della garanzia, ha prodotto una grave rigidità del sistema creditizio. Infatti, una tale tipologia di pegno si rivela di vitale importanza per le imprese, che possono offrire in garanzia beni aziendali senza sottrarli al loro ciclo produttivo (454).

La funzione dello spossessamento rappresenta condizione per il perfezionamento dell'effetto, oltre che di garanzia, di prelazione (455), assumendo altresì una funzione *lato sensu* pubblicitaria (456) che rafforza il principio di specialità della garanzia reale (457). Ciò nonostante, il requisito

(453) Cfr. Trib. Ravenna, 25 ottobre 2013 (ord.), reperibile in *Il caso.it*.

(454) Nella tecnica bancaria le problematiche connesse allo spossessamento nel finanziamento delle imprese sono state messe in luce, *inter alios*, da T. BIANCHI, *I fidi bancari. Tecnica e valutazione dei rischi*[5], Torino, 1988, p. 271 ss.; R. RICCI, *La moderna tecnica bancaria*, Torino, 1992, p. 367. Per una generale impostazione della problematica in un'ottica prettamente civilistica cfr. M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 163 ss.

(455) E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 198 ss.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 11; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 141 ss.

(456) G. GORLA – P. ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, cit., p. 66; con lo specifico fine dell'opponibilità ai terzi C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 41; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 152; F. MESSINEO, *La scrittura nella costituzione del pegno*, Milano, 1931, p. 336.

(457) Così C. AGABITINI, *Debito sovrano*, cit., p. 420.

dello spossessamento rende il pegno inadeguato alle esigenze degli operatori economici (458).

Oltre all'ipotesi – invero dalla scarsa efficacia pratica e connessa al deposito – del pegno su documenti (459), nel nostro ordinamento una forma di spossessamento attenuato (460) veniva ravvisata nella previsione di cui all'art. 2786, comma 2°, c.c., che tempera il principio secondo cui il pegno si costituisce per mezzo della *traditio rei* al creditore mediante la messa in custodia della cosa ad entrambe le parti, così che il datore di pegno si trovi nell'assoluta impossibilità di disporne senza la necessaria compartecipazione del creditore (461). La dottrina, interrogatasi sulla natura giuridica della custodia comune dell'oggetto concesso in pegno, si è divisa tra la teoria del compossesso di diritti eterogenei (462), quella della codentenzione (463) e la tesi della concustodia (464).

Secondo la prima delle suddette teorie il datore di pegno, originario possessore solitario, fa partecipe del possesso il creditore pignoratizio, mutando il suo *status* da possessore a compossessore. Il compossesso, però, non si basa sul medesimo titolo: il debitore possiede a titolo di proprietà, mentre il creditore pignoratizio a titolo di pegno, avendo al contempo altresì la detenzione della cosa oppignorata in quanto non disconosce il diritto di

(458) V. Z. CRESPI REGHIZZI, Lex rei sitae *e disciplina delle garanzie mobiliari nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 13.

(459) Cfr. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 312.

(460) La Relazione al Re (n. 1134) parla esplicitamente di attenuazione del requisito dello spossessamento.

(461) Cfr. G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, p. 7 ss.

(462) F. MESSINEO, *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, I, p. 306.

(463) A. MONTEL, *In tema di costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, I, p. 285 ss.; dello stesso Autore, *Il pegno mediante concustodia delle parti*, in *Economia e credito*, 1961, p. 395.

(464) Sostenuta da R. PROVINCIALI, *Pegno mediante concustodia*, in *Dir. fall.*, 1951, I, p. 243 ss.

proprietà del datore del pegno (465).

Se un Autore ha ritenuto che tale tesi non fosse da respingere, pur riconoscendo la peculiare natura del possesso del creditore pignoratizio, rilevando che il compossesso si possa avere sia per la contemporanea presenza di possessi a vario titolo, sia per la plurisoggettività del possesso con un medesimo titolo (466), la principale critica a questa tesi risiede nella concezione dell'impossibilità di un compossesso di diritti eterogenei, potendo la comunione di possesso sussistere solamente fra possessori di pari titolo. È così che il datore di pegno permarrà nel possesso a titolo di proprietà, ma ad esso si affiancherà nella custodia della cosa oppignorata il creditore pignoratizio, detentore parziario della stessa. La fattispecie di cui all'art. 2786, comma 2°, c.c., dunque, riveste i tratti di un concorso di possesso diretto e detenzione. Questa tesi, si è detto (467), presenta però il difetto di lasciare insoluto il problema dell'estensione dei diritti al creditore pignoratizio, la cui protezione esige l'impossessamento della cosa oppignorata o, quantomeno, il compossesso.

La tesi della concustodia, invece, trova il suo fondamento nel dato letterale della norma, in quanto è essa stessa che precisa che la custodia è esercitata congiuntamente dal datore del pegno e dal creditore, di talché il primo non possa disporre della cosa oppignorata senza la collaborazione del secondo. Vi sarebbe così una reciproca limitazione nell'esercizio della custodia, esercitata congiuntamente con un insieme unitario di iniziativa e disposizione, l'agire di un ufficio derivante dalla compartecipazione delle parti e dalla preordinata fusione delle loro attività, che ha la titolarità della funzione (468). Questa teoria

(465) Così F. MESSINEO, *Costituzione di pegno*, cit., p. 306.

(466) E. FAVARA, *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore di pegno*, in *Economia e credito*, 1961, p. 347 ss.

(467) G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 11.

(468) Così R. PROVINCIALI, *Pegno mediante concustodia*, cit., p. 247 ss.

è stata criticata in quanto non viene posto in luce come l'ufficio sarebbe investito del possesso e quali sarebbero i poteri di quest'ultimo nei confronti delle parti (469).

La prassi bancaria ha conosciuto un peculiare uso applicativo del negozio in analisi peculiare, che lo ha avvicinato parecchio al pegno senza spossessamento. Nei contratti di anticipazione bancaria il ricorso a tale fattispecie – nei casi di beni di notevoli dimensioni che non consentono un agevole trasporto ovvero di quei prodotti la cui particolare natura fa sì che vi siano esigenze di conservazione che, se non rispettate, possono provocarne il deterioramento – consentendo, normalmente, la continuazione di determinate attività del cliente, specie allorché fossero necessarie per la conservazione o lo sviluppo del prodotto, o, ancora, operazioni preparatorie che permettono al datore del pegno anche di estrarre campioni della merce nonché di farla visitare a eventuali acquirenti (470).

Tutte le succitate attività si effettuavano in costanza del pegno e sotto il controllo di soggetti incaricati dalla banca, alla cui presenza doveva avvenire l'apertura e la chiusura dei magazzini in cui era custodita la merce. Infatti, i magazzini venivano chiusi con una doppia serratura, le cui chiavi venivano consegnate – rispettivamente – alla banca e al cliente datore del pegno. Così facendo, l'accesso ai luoghi in cui i beni erano custoditi non poteva che avvenire con l'intervento congiunto di costoro, assicurandosi così l'indisponibilità della merce da parte del cliente.

Un'altra figura riconducibile al pegno senza spossessamento nota nella pratica delle banche è quella dell'anticipazione su merce garantita da «*tengo in*

(469) Cfr., ancora, G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 11.

(470) Così G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 12. Sul recepimento di forme di contemperamento tra esigenze dell'impresa e spossessamento da parte delle Norme bancarie uniformi v. P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 167.

potere» (471). Trattasi di una forma di pegno con custodia in comune ove la merce oppignorata rimane nel magazzino del debitore, ma viene affidata a un terzo depositario, il quale detiene – per conto della banca – le chiavi dei locali e si impegna a non procedere alla consegna della merce se non a seguito dell'autorizzazione della banca stessa (472).

Un cuneo alla rigidità della figura è stato insinuato in primo luogo con l'introduzione nei contratti di pegno – specie su titoli di credito, la cui scadenza è spesso più ravvicinata della prevedibile durata del rapporto di garanzia – della clausola – ritenuta meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c. – c.d. di rotatività, con la quale le parti convengono la variabilità dell'oggetto del pegno secondo modalità concordate *ab initio* e con continuità della garanzia, nonostante il variare dei beni che ne costituiscono l'oggetto, la cui sostituzione non fa venire meno quindi l'identità del rapporto giuridico (473).

La clausola di rotatività deve necessariamente prevedere che le future ed

---

(471) Utilizzato in Puglia per il commercio delle mandorle sgusciate: cfr. G. DONADIO, *Intorno ad uno speciale documento del commercio delle mandorle: il «tengo»*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, I, p. 233 ss.

(472) Cfr. G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 14. Ritiene che la disciplina del pegno sia inadeguata alla costituzione di una garanzia su merci a tutela dei finanziamenti G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, p. 194. Sulle varie forme di pegno non possessorio note alla prassi bancaria cfr. P. D'ANGELO – M. MAZZANTINI, *Trattato di tecnica bancaria*[10], I, Milano, 1972, p. 442. Per osservare la rigida interpretazione letterale dell'art. 2786 c.c. operata dalla giurisprudenza si veda Trib. Napoli, 29 aprile 1967, in *Dir. fall.*, 1967, II, p. 762 ss., con nota di A. DI LAURO, *La revocatoria fallimentare in tema di operazioni di credito su pegno*; Trib. Termini Imerese, 25 marzo 1964, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, p. 451 ss.; Trib. Roma, 30 maggio 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 633 ss.

(473) Cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2405 ss.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 255 ss., con nota di A.M. AZZARO, *Pegno «rotativo» e operazione economica*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1226 ss., con commento di R. DABORMIDA – D. PISTONE, *Conferme dalla Cassazione in tema di pegno rotativo*; Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in *Fall.*, 2004, p. 1210 ss., con nota di L. PANZANI, *Il pegno rotativo tra dottrina e giurisprudenza*; Cass. 5 marzo 2004, n. 4520, in *Fall.*, 2005, p. 547 ss., con osservazioni di F. COMMISSO, *Sui requisiti del pegno rotativo*; Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 413 ss., con nota di I. RAPISARDA, *La Cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito*.

eventuali sostituzioni dell'oggetto della garanzia si mantengano entro il valore dei beni originariamente costituiti in pegno (474).

Successivamente, è stato poi precisato che la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2787, comma 3°, c.c., va valutata con riferimento all'atto di costituzione del pegno e non ai successivi atti, pure scritti, i quali ne rappresentano un mero rinnovo, attraverso la sostituzione del titolo di credito originariamente costituito in garanzia e nel frattempo venuto a scadenza, secondo l'espressa previsione del contratto originario che conteneva la clausola di rotatività (475). In tal modo si prevede espressamente l'assoggettamento all'originario vincolo dei titoli eventualmente depositati, con il consenso della banca, in sostituzione di quelli inizialmente consegnati, essendo appunto tale il portato essenziale di detta clausola (476).

A incrinare l'istituto del pegno nella sua forma tradizionale si sono susseguite, poi, speciali fattispecie di pegno propriamente non possessorio: senza dover risalire a figure ataviche quali il pegno su spiriti e alcolici (477),

---

(474) Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, cit. In tal direzione si consideri anche la clausola di sostituzione di cui all'art. 1, lett. *g*), d.lgs. 170/2004, che permette la possibilità – nei contratti di garanzia finanziaria – di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti del valore dei beni originariamente costituiti in garanzia.

(475) Questa previsione supera i limiti applicativi che la dottrina aveva ravvisato nell'impostazione fornita da Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, cit.: cfr. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 319.

(476) Cass. 11 novembre 2003, n. 16914, cit.; 1 ottobre 2012, n. 16666; Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, cit.

(477) Istituita col r.d. 245 novembre 1909, n. 762, tale figura di pegno aveva ad oggetto la merce depositata in magazzini soggetti al controllo dell'Ufficio Tecnico delle Imposte di Fabbricazione (UTIF), al quale doveva essere notificato l'atto di costituzione in pegno. Alla banca creditrice, invece, doveva essere consegnato il certificato comprovante il deposito della merce rilasciato dall'UTIF, alla cui restituzione era vincolata la riconsegna della merce depositata. In giurisprudenza, sul pegno su zucchero soggetto a imposta di fabbricazione e immagazzinato sotto il controllo dell'UTIF cfr. Cass., 9 ottobre 1968, n. 3171, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2978 ss.; Trib. Catania, 9 febbraio 1965, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1989 ss., con nota (senza titolo) di A. L(ENER); nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, II, p. 116, con nota di A. WEILLER, *Pegno di diversi creditori su porzioni determinate per quantità di una massa omogenea di cose fungibili*. Questa figura deve essere tenuta distinta dal pegno su documenti di cui all'art. 2786 c.c., figura che si

ovvero note solo a legislazioni regionali quali il pegno di bestiame (478) si considerino il pegno su prosciutti (l. 24 luglio 1985, n. 401) (479) e sui prodotti lattiero-caseari a lunga stagionatura (l. 27 marzo 2001, n. 122), che possono essere costituiti dagli operatori qualificati come produttori dalle leggi sulla tutela della denominazione d'origine o dai relativi regolamenti di esecuzione, oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 c.c., con l'apposizione sulla coscia di prosciutto ovvero sui formaggi a cura del creditore pignoratizio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente. Ancora, con specifico sguardo ai mercati finanziari, emerge la tecnica scritturale prevista peri vincoli sugli strumenti finanziari accentrati di cui all'art. 87 t.u.f., che sostituisce il meccanismo della *traditio rei* senza alterare la qualificazione del contratto come pegno (480), nonché l'analoga previsione per i titoli dematerializzati di cui all'art. 34 d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213.

L'acme dell'erosione dei tradizionali requisiti del pegno si è però raggiunto – come accennato – con l'art. 1 l. 119/2016, che ha recepito i più recenti sviluppi in ambito internazionale in tema di garanzie immobiliari. Se le origini

---

riferisce a quei documenti che abbiano contenuto e portata di titoli rappresentativi *ex* art. 1996 c.c.: cfr. Cass., 27 luglio 1954, n. 2748, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, p. 140 s.

(478) Tale figura (istituita in conformità del d.lgt. 18 gennaio 1917, n. 148 e del reg. reg. Sicilia 28 novembre 1952, n. 204) si concreta attraverso la consegna alla banca della bolletta anagrafica riportante la registrazione della marchiatura a fuoco del bestiame bovino o equino con la contemporanea costituzione in pegno del bestiame cui essa si riferisce. Tale costituzione viene notificata all'Ufficio anagrafe del bestiame che annota il registro anagrafico.

(479) Per un commento della quale si rimanda a G. COSTANTINO – A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401: norme sulla costituzione di pegno su prosciutti a denominazione di origine tutelata*, in *Le nuove leggi comm.*, 1986, p. 540 ss.; A. GUARNERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti (commento alla l. 24 luglio 1985, n. 401, norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata)*, in *Corr. giur.*, 1985, 903 ss.; L. CAPALDO, *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, I, p. 455 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 17 ss.

(480) Così Cass., 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 308 ss., con nota di A.M. AZZARO, *Pegno rotativo su titoli dematerializzati, spossessamento e revoca fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*.

dell'istituto sono risalenti nel diritto inglese, ove dall'emanazione del *Bill of sale act 1854* è possibile costituire garanzie mobiliari non possessorie (*chattel mortgage* o *charge*, ma si veda anche l'istituto del *trust receipt*) (481), più di recente l'istituto è stato inquadrato negli ordinamenti francese (482) e belga (483) – ove con la figura del *nantissement* lo spossessamento è sostituito con l'iscrizione in pubblici registri –, olandese (484), norvegese (485) e, infine, quebecchese (486). L'esigenza di un'armonizzazione del settore delle garanzie mobiliari è stata ravvisata – a ragione – nell'esigenza di un mercato che trascende i confini nazionali di avvalersi di forme giuridiche comuni, al fine di un abbattimento dei costi transattivi (487).

---

(481) Col *chattel mortgage* il debitore trasferisce al creditore la proprietà della cosa mobile oggetto della garanzia, conservandone il possesso. Si realizza così uno sdoppiamento della proprietà: una proprietà legale (*legal property*), di cui è titolare il creditore, e una proprietà sostanziale (*equitable property*), di cui è invece titolare il debitore. Sull'argomento cfr. M. ANGELONI, *Il* trust receipt *nella prassi bancaria anglosassone*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1939, I, p. 28 ss. Col *trust receipt* o *letter of hypotecation*, invece, vengono costituite in garanzia merci in favore della banca che ha finanziato l'importatore, lasciando queste nella disponibilità del cliente fino al rimborso delle somme anticipategli dalla banca: cfr. H.C. GUTTERIDGE, *The Law of banker's commercial credits*, London, 1955, p. 134. Le differenze tra i due istituti sono state esaminate anche da G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 22 ss.

(482) L'*Ordonnance* 2006-346 ha introdotto nel codice civile francese un nuovo libro IV avente ad oggetto le garanzie reali. Per una dettagliata analisi cfr. C. AGABITINI, *Debito sovrano*, cit., p. 426 ss.; F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1155 ss.

(483) Con l. 11 luglio 2013 intitolata *Loi modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière*. Cfr. C. AGABITINI, *Debito sovrano*, cit., p. 433 ss.

(484) Il codice civile dei Paesi Bassi del 1992 ha introdotto il *bezitloos pand*, figura di pegno non possessorio su beni mobili (art. 3.237) e su crediti (art. 3:239). In argomento cfr. A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Milano, 2000, p. 29 ss.; C. AGABITINI, *Debito sovrano*, cit., p. 427.

(485) Ove la l. 8 febbraio 1980, n. 2 ha introdotto una nuova categoria unitaria di *pant*.

(486) Il *Civil code of Québec* del 1994 ha ricondotto all'ipoteca tutte le tipologie di garanzie reali prima esistenti, di talché la garanzia ipotecaria può essere immobiliare o mobiliare e, in tale ultimo caso, possessoria o non possessoria: sul punto v. C. AGABITINI, *Debito sovrano*, cit., p. 427 s.

(487) Così A. CANDIAN, *Le garanzie mobiiari*, cit., p. 12 s.

È fuor d'ogni discussione che la previsione legale di una nuova forma di diritto reale di garanzia non deroga al principio della tipicità dei diritti reali su cosa altrui (488). Viceversa, permane da domandarsi se il pegno senza privazione del possesso sia riconducibile all'istituto del pegno tradizionale (489) ovvero non costituisca invece una nuova forma di garanzia sita in posizione intermedia tra il pegno classico e l'ipoteca (490).

Nondimeno, l'istituto del pegno non possessorio sovverte i cardini del pegno tradizionale, segnando una storica innovazione che adegua il nostro ordinamento alle esigenze del moderno mercato creditizio.

Il pegno non possessorio può essere costituito solo da imprenditori iscritti nel registro delle imprese, a garanzia dei crediti – presenti o futuri, determinati o determinabili – concessi a loro o a terzi a garanzia di operazioni inerenti all'esercizio dell'impresa e con la specifica previsione dell'importo massimo garantito (comma 1°). Il pegno può essere costituito su beni mobili destinati

(488) Affermato da ultimo, in tema di servitù cc.dd. irregolari, da Cass., 4 febbraio 2010, n. 2651, in *Riv. not.*, 2010, p. 1553 ss., per un commento della quale v. G. MUSOLINO, *Le servitù irregolari (L'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, *ibidem*, p. 1517 ss. In dottrina, sul fatto che la stessa opponibilità dei diritti reali limitati sia fondamento del principio di tipicità L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, p. 81; ID., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p. 51. In argomento v. anche A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*[2], Padova, 1988, p. 153 ss. Con specifico riferimento al pegno anomalo e sull'inammissibilità dell'inquadrabilità tra i contratti atipici di garanzia v. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 130, il quale rileva che l'atipicità finirebbe per rilevare unicamente sul piano formale, in quanto la denominazione «*pegno*» usata dal legislatore e dalle parti sarebbe indicativa della volontà di regolare l'operazione riconducendola ad una determinata disciplina legal-tipica.

(489) In tale direzione, nella disamina del pegno su prosciutti di cui alla l. 401/1985, v. L. CAPALDO, *Osservazioni*, cit., p. 462; A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla l. 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadr.*, 1991, p. 94 ss.; P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno*, cit., p. 160, nt. 15, il quale rileva come decisivo il fatto che nella legge siano contenuti continui rinvii alla disciplina codicistica sul pegno.

(490) Cfr. G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 111, il quale sostiene che essa prende dall'ipoteca l'assenza di spossessamento, mentre dal pegno conserva il divieto di disporre del bene rafforzato da un seppur limitato diritto di seguito; con riferimento al pegno di merci in lavorazione, G. COSTANTINO – A. JANNARELLI, *Commento*, cit., p. 544 parlano in termini di mistione tra pegno e ipoteca.

all'esercizio dell'impresa, anche immateriali, e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Salvo che non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso opera una rotatività *ex lege*: il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia (491).

Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito.

Il mancato spossessamento viene surrogato – allo specifico fine *lato sensu* di pubblicità dell'opponibilità ai terzi nelle procedure esecutive e concorsuali (492) – esclusivamente con l'iscrizione in un registro informatizzato costituito

(491) In sede di conversione è stato previsto che se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà relative alla riscossione del credito oggetto della garanzia spettano a ciascun creditore pignoratizio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità previste nel caso in cui si proceda alla vendita del bene oggetto del pegno, il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate. È in ogni caso fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

(492) Il pegno non possessorio, anche se anteriormente costituito ed iscritto, non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non

presso l'Agenzia delle entrate e denominato «*Registro dei pegni non possessori*» (493). Prima dell'introduzione di questa nuova figura di garanzia reale, era escluso che la trascrizione potesse essere di per sé sufficiente a rendere opponibile un diritto atipico (494).

Venendo al contenuto del contratto di pegno, l'iscrizione deve indicare il creditore, il debitore, l'eventuale terzo datore del pegno, la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l'acquisto di un bene determinato, la specifica individuazione del medesimo bene. L'iscrizione ha una durata decennale, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione nel registro effettuata prima della scadenza. La cancellazione dell'iscrizione può essere richiesta di comune accordo da creditore pignoratizio e datore del pegno o domandata giudizialmente.

Il comma 7° della norma in analisi disciplina l'escussione del pegno da parte del creditore. Costui, previa intimazione notificata, anche direttamente a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo

---

possessorio iscritto anteriormente (comma 5°).

(493) Sul fatto che il tradizionale requisito dello spossessamento potesse essere agevolmente superato con l'elaborazione di nuovi ed adeguati strumenti di pubblicità cfr. P. VOIRIN, *Le crédit agricole et ses garanties juridiques*, in AA.VV., *Atti della Prima Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Milano, 1962, p. 20 ss.; E. FAVARA, *Costituzione di pegno*, cit., p. 347.

(494) Cfr., *ex multis*, A. NATUCCI, *La tipicità* ecc., cit., p. 160.; G. DEIANA, *In tema di «obligationes propter rem» accessorie ad un rapporto di servitù*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 91 ss.; G. GROSSO, *Tipicità delle obbligazioni* «propter rem», in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 251 ss; ID., *Servitù e obbligazioni* propter rem, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 213 ss.; Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in *Giur. it.*, 1979, I, p. 796 ss., con nota di M. LUPO COSTI, *Un caso di obbligazione* «propter rem»*?*; Cass., 14 giugno 1956, n. 2069, in *Foro it.*, I, c. 1582 s. (s.m.); Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, in *Giur. it.*, 1952, I, p. 29 ss., con nota di B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù* "in faciendo"*, oneri reali e obbligazioni* "propter rem"*. Contra*, v. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1968, p. 753; ID., *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 102 s.; R. LUZZATTO, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 729 ss.; Cass., 6 febbraio 1946, senza numero, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 197 ss., con nota di P. CECCOPIERI MARUFFI, *Servitù prediali ed oneri reali*.

concedente il pegno (495), e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere: *a*) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza, ricalcando lo schema del patto marciano (496); *b*) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia; *c*) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel *Registro dei pegni non possessori*, alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione (497); *d*) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel *Registro dei pegni non possessori*, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno (498).

---

(495) I quali, a norma del comma 7°-*bis*, hanno diritto di proporre opposizione entro cinque giorni dall'intimazione. All'opposizione applica il rito sommario di cognizione. Ove concorrano gravi motivi, il giudice, su istanza dell'opponente, può inibire, con provvedimento d'urgenza, al creditore di procedere.

(496) La vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. L'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice. In ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.

(497) In tal caso, il creditore pignoratizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore.

(498) Anche in tale evenienza il creditore pignoratizio è tenuto a effettuare una comunicazione al datore della garanzia, immediatamente e per iscritto, indicando il valore

È poi previsto che se il titolo non dispone diversamente, il datore della garanzia deve consegnare il bene mobile oggetto del pegno al creditore entro quindici giorni dalla notificazione dell'intimazione. Se la consegna non ha luogo nel termine stabilito, il creditore può fare istanza, anche verbale, all'ufficiale giudiziario perché proceda, anche non munito di titolo esecutivo e di precetto, a norma delle disposizioni in materia di esecuzione per consegna o rilascio di cui agli artt. 605 ss. c.p.c., in quanto compatibili.

Quando invece il bene o il credito già oggetto del pegno sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, il giudice dell'esecuzione, su istanza del creditore, lo autorizza all'escussione del pegno, stabilendone con proprio decreto il tempo e le modalità. L'eventuale eccedenza è corrisposta in favore della procedura esecutiva, fatti salvi i crediti degli aventi diritto a prelazione anteriore a quella del creditore istante.

Per quanto non previsto dalla nuova disciplina, si applicano, in quanto compatibili, le norme codicistiche in materia di pegno.

Questa nuova figura deve senz'altro essere accolta con entusiasmo, in quanto recepisce la spinta delle pressanti esigenze del moderno mercato creditizio. E lo fa superando il limite teoretico dello spossessamento del costituente attraverso l'ottenimento della necessaria pubblicità della garanzia attraverso un adeguato strumento di pubblicità quale è il «*Registro dei pegni non possessori*».

Il pegno non possessorio appare essere una adeguata garanzia aggiuntiva per i finanziamenti fondiari alle imprese, a maggior ragione in considerazione della condivisibile argomentazione secondo cui «*lo spossessamento previsto dal pegno nella sua forma tradizionale non adempi(e) la funzione di premere sulla volontà del debitore inducendolo a pagare per ricuperare il possesso e la piena facoltà di sfruttamento e di godimento del bene. Al contrario,* (…) *lasciando al debitore il possesso*

attribuito al bene ai fini dell'appropriazione.

del bene e permettendogli di proseguire la sua attività produttiva, gli si offr(e) il migliore incentivo per indurlo ad estinguere il debito contratto» (499).

Una tale visione è stata in più occasioni ripresa e approfondita, sottolineando quanto sia anacronistico configurare il pegno secondo il classico modulo della realità, essendo lo spossessamento inidoneo alle esigenze dell'impresa e del moderno sistema produttivo (500) nonché un elemento non qualificante del tipo contrattuale (501), dal momento che l'effetto primario ed interno dell'istituto (l'indisponibilità del bene per poter attuare in autotutela la ritenzione dello stesso) può essere ottenuto utilizzando tecniche e strumenti diversi dallo spossessamento (e il pegno su prosciutti e prodotti latteo-caseari – così come anche il pegno *omnibus*, in cui il bene è sottoposto alla disponibilità della banca anticipatamente rispetto al momento in cui l'oggetto del pegno verrà ad esistere ovvero sarà individuato – ne sono fulgidi esempi) (502).

L'effetto di regola perseguito con lo spossessamento, cioè l'indisponibilità del bene dato in garanzia, viene conseguito, senza alterare lo schema tipico, attraverso tecniche alternative che, rispetto alla funzione propria del tipo, non costituiscono requisiti, né danno luogo ad effetti extra-tipici (503).

---

(499) G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso*, cit., p. 120 s.

(500) Cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci*, cit., p. 11; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 94 ss., spec. 96. Una risalente critica all'idoneità del pegno quale garanzia reale per la vendita di beni mobili la si rinviene in F. FERRARA, *La vendita per acconti e il* «pactum reservati dominii», in *Foro it.*, 1911, I, c. 494 ss., in quanto «*esige lo spossessamento delle cose oggetto di garanzia nelle mani del debitore, e si comprende che se chi acquista degli oggetti che gli servono, che deve utilizzare per la soddisfazione dei suoi bisogni, dovesse poi per garanzia del prezzo darli allo stesso venditore o a terzi, tanto varrebbe che non li comprasse*» (p. 495).

(501) Così, ancora, E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 127 ss.

(502) Il pegno non possessorio, secondo L. BARBIERA, *Garanzia del credito*, cit., p. 127 ss., sarebbe sempre ammissibile, ma produrrebbe come conseguenza un effetto esclusivamente di garanzia (e non anche di prelazione), mentre l'opponibilità ai terzi sarebbe subordinata alla sussistenza di determinati requisiti. Quanto al profilo esterno, invece, priva il costituente della possibilità di dare luogo – attraverso la consegna – all'effetto liberatorio di cui all'art. 1153, comma 2°, c.c.; sul punto cfr. anche E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 129.

(503) Così, ancora, E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 129.

5.1.3. (*segue*) *Seconda ipoteca e alienazioni in forma di garanzia* – Tornando alle previsioni di CICR e Banca d'Italia in materia di garanzie aggiuntive, deve valutarsi la possibilità dell'operazione con seconda ipoteca. Questa era ritenuta espressamente ammessa dall'art. 4, comma 2°, l. 175/1991, purché il valore delle precedenti iscrizioni ipotecarie, unito alla somma da mutare, non eccedesse il 75 per cento del valore dell'immobile.

Considerato che la Banca d'Italia ha rilevato come non siano idonee le garanzie integrative che prevedono il pagamento alla banca solo al termine delle procedure esecutive, la seconda ipoteca deve considerarsi in via generale inammissibile, fatta salva l'ipotesi di cui al novellato art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3°, t.u.b. (su cui più approfonditamente *infra*, al § 8.5 del presente capitolo), che – tenuto conto del divieto di patto commissorio *ex* art. 2744 c.c. – prevede la possibilità che, in caso di inadempimento del mutuatario-consumatore (concretantesi nel mancato pagamento di un ammontare pari a diciotto rate mensili), la restituzione delle somme ovvero il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia ipotecaria o dei proventi della vendita del medesimo bene alla banca comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito.

Ancora, limitatamente ai finanziamenti alle imprese, l'art. 2 l. 119/2016 ha novellato il t.u.b. con l'introduzione dell'art. 48-*bis*, che introduce una ipotesi legale di alienazione sospensivamente condizionata (504) con patto marciano.

---

(504) Per dei primi commenti v. M. BUONGIORNO – E. NOTARANGELO, *L'articolo 48* bis *T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *dirittobancario.it*, 2016; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Il caso.it*, 2016; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia* ex *art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477 ss.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 740 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 914.

La norma prevede che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (o un altro intermediario autorizzato a concedere finanziamenti *ex* art. 106 t.u.b.) possa essere garantito dal trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempiuto e delle spese di trasferimento.

L'inadempimento si configura allorché il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili, ovvero per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensili, oppure, ancora, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 per cento della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi.

Al verificarsi dell'inadempimento, il creditore è tenuto a notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile una dichiarazione – nella quale è precisato l'esatto ammontare del credito per cui si procede – di volersi avvalere degli effetti dell'accordo in analisi.

Si segnala un pregnante limite oggettivo all'operatività della norma in analisi: il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

A differenza di quanto di previsto art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b., l'art. 48-*bis* t.u.b. non deroga espressamente al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. L'istituto

della vendita sospensivamente condizionata, invero, è un'ipotesi di patto commissorio autonomo, estraneo a quello accessorio descritto dall'art. 2744 c.c.

Le novità introdotte nel t.u.b. in materia di credito ai consumatori relativo a beni immobili residenziali e finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un immobile sospensivamente condizionato assumono portate diverse.

Bisogna sottolineare come la novità legislativa non risieda tanto – o, meglio, non solo – nella tipizzazione di un patto marciano (505), tanto esaltata dai primi commentatori, ma che consegue alla ben più rilevante introduzione di una vendita a scopo di garanzia sospensivamente condizionata, figura che da un'attenta dottrina (506) è stata ricondotta al divieto di cui all'art. 2744 c.c. qualora l'alienazione sia stata voluta in funzione di garanzia di un credito dall'alienatario nei confronti dell'alienante e il contratto programmi l'assoggettamento di un bene del debitore al potere di appropriazione satisfattoria del creditore, lasciando al primo la possibilità di svincolare il bene oggetto della garanzia mediante il pagamento del debito così garantito e non prevedendo alcun meccanismo che assicuri al debitore stesso il recupero dell'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del credito.

5.1.4. (*segue*) *Trasferimenti in garanzia e rapporti con il divieto di patto*

(505) Che, come puntualmente rileva S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 3, rappresenta una novità nel nostro diritto positivo. V. anche A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 740, nonché A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia*, cit., p. 1486, la quale afferma che «*la fattispecie dell'art. 48* bis *è un patto marciano, ma non è il patto marciano*» e, senza suscitare sorpresa alcuna, fornisce all'interprete importanti spunti per formulare osservazioni conclusive sui temi dell'estensione dei poteri di autotutela del creditore, dell'indebolimento ulteriore del principio della *par condicio creditorum*, dell'arretramento della tutela dei terzi e, soprattutto, della contrattualizzazione dei rimedi di tutela giudiziale che avevano nel processo esecutivo il settore finora più resistente alla rinuncia alla giurisdizione.

(506) A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario* Schlesinger, Artt. 1500-1509, Milano, 1987, p. 247 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 240.

commissorio **–** Ora, i dubbi sulla legittimità della figura appena esaminata – nella specifica ipotesi prevista dall'art. 48-*bis* t.u.b. – è stata posta al riparo dal divieto del patto commissorio essendo un'ipotesi legal-tipica, legislativamente regolata (507).

Nel nostro ordinamento vi sono una moltitudine di fattispecie nelle quali è legittimo il trasferimento di proprietà a fini di garanzia (508). Si conviene con quella illustre dottrina (509) che, analizzando la problematica in un'ottica sistematica, è giunta a comprendere le ragioni per le quali figure affini al patto commissorio esulino dal giudizio di riprovevolezza cui, invece, sono soggette le convenzioni commissorie.

Doverosa premessa è il fatto che l'art. 2744 c.c. abbia natura di norma materiale, il cui dato letterale non ha un valore ciecamente vincolante (510). Fermo questo elemento, l'illustre maestro ricava *a contrario* – dalla disamina di tre figure negoziali – le *rationes* dell'illiceità del patto commissorio, estrapolando i tre pilastri che, congiuntamente, fondano le basi del divieto.

Il primo elemento trova la sua scaturigine da un confronto con la figura del pegno irregolare (art. 1851 c.c.). Questa trova la sua legittimità nel congegno che permette al debitore di recuperare la parte del bene eccedente l'ammontare del debito garantito, evitando così che il debitore conceda al creditore un bene dal valore superiore all'entità del credito da soddisfare.

La seconda fattispecie esaminata è stata la *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), figura la cui validità non è messa in discussione nemmanco nel caso in cui il bene ceduto in luogo della prestazione pecuniaria ecceda l'ammontare del

---

(507) C. BOTTA, *Gli incerti confini*, cit., p. 914 evidenzia che la norma «*segna un sostanziale ridimensionamento della disposizione commissoria*».

(508) Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, 2015, p. 725 ss.; A.C. PELOSI, «Sale and lease back» *e alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. it.* leasing, 1988, p. 498 s.; M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, cit., p. 594 ss.

(509) Esattamente A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 233 ss.

(510) Così A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 240.

credito. Il secondo elemento della nullità del patto commissorio emerge qui nel fatto che con quest'ultimo il debitore si espone all'insidia di essere indotto a vincolare il bene al soddisfacimento del creditore, arrischiando l'incertezza di una perdita non definitiva con la speranza di estinguere il debito prima della sua scadenza (511).

Infine, il terzo elemento viene desunto da un confronto con la vendita con patto di riscatto *ex* art. 1500 c.c., contratto valido anche nel caso in cui il venditore vi faccia ricorso al precipuo scopo di ottenere urgentemente una somma di denaro (512). Ebbene, in tale fattispecie il venditore, anche se bisognoso di denaro, non riveste la posizione formale di debitore dell'alienatario, ponendo in essere un'operazione connotata da una causa di scambio e non di garanzia (513).

A contrario, se ne ricava che nelle convenzioni commissorie vi è il *quid pluris*

---

(511) *Contra* A.C. PELOSI, «Sale and lease back», cit., p. 449 s., a giudizio del quale la liceità della *datio in solutum* risiede nel fatto che il debitore ha già ottenuto credito e, non essendo bisognoso di danaro, non rischia (quantomeno nella stessa misura) pressioni del creditore che miri ad ottenere più del dovuto, a differenza che nel patto commissorio, nel quale il creditore può approfittare della situazione per ottenere un bene di valore sproporzionato. È proprio in ciò che, a giudizio dell'Autore, risiede la *ratio* del divieto di cui agli artt. 2744 e 1963 c.c.

(512) Sulla differenza di struttura tra vendita con patto di riscatto e patto commissorio v. G. STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 286. In particolare, nella vendita con patto di riscatto – a differenza che nella convenzione commissoria – la proprietà si trasferisce all'acquirente, così come il rischio di perimento del bene.

(513) Così A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 270 ss.; *contra* F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO e UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE (a cura di), *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1987, p. 127 ss.; ID., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1442 ss., spec. 1444, nt. 24, il quale ravvisa la *ratio* del divieto del patto commissorio nel fatto che con esso il debitore assume un doppio rischio: la sproporzione tra valore del bene vincolato e credito concessogli e il rischio del perimento del bene. Questa tesi, però, renderebbe in via generale valido qualunque patto commissorio nel quale fosse dedotto il trasferimento del rischio di perimento del bene dato in garanzia al creditore: così A. LUMINOSO, *Alla ricerca*, cit., p. 224. *Contra* la tesi del R., in termini diversi, v. anche V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1435; G. DE NOVA, *Il* lease-back, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 273 s.

non solo della qualifica – in capo all'alienante – di debitore dell'alienatario, ma anche la concreta causa di garanzia a fondamento di un patto atto a garantire un distinto rapporto obbligatorio.

La mancanza di uno solo dei tre pilastri del divieto fa venire meno l'illiceità della convenzione con cui si destina un bene all'autosoddisfacimento del creditore.

Si spiega così la validità della convenzione commissoria di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. e dell'alienazione sospensivamente condizionata di cui all'art. 48-*bis* t.u.b.: dei tre elementi connotanti il divieto di patto commissorio, è assente il rischio per il debitore di perdere un bene di valore sproporzionato rispetto al credito, giusta la previsione a mezzo della quale al debitore è assicurato il recupero di quella parte di valore del bene concesso in garanzia che dovesse eccedere l'ammontare del bene garantito.

Ciò che conta è il risultato pratico-economico perseguito dalle parti. In considerazione delle finalità che hanno indotto il legislatore ad introdurre le due norme in analisi (514), che possono essere identificate nelle esigenze del mercato creditizio di rendere più agevole l'accesso al credito e garantire una maggiore speditezza nella realizzazione della garanzia da parte del creditori, esse mirano al precipuo scopo di far ottenere al creditore solo quanto basta per il soddisfacimento delle proprie ragioni fino alla concorrenza del credito, assumendo il connotato di un mezzo di autotutela esecutiva dall'indubbia utilità socio-economica e che persegue incontrovertibili interessi meritevoli di tutela (515).

---

(514) Che trovano, in particolar modo, origine nel Libro Verde sul mercato del credito ipotecario della Commissione Europea doc. COM (2005)327.

(515) La realizzazione della garanzia in via stragiudiziale, nevvero, non è un rimedio sconosciuto al nostro ordinamento: si pensi alla vendita della cosa data in pegno (art. 2797 c.c.) ovvero alla cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss.). In argomento cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 194. *Contra*, ravvisando che l'autosoddisfacimento del creditore violerebbe il principio di ordine pubblico che riserva ai pubblici poteri la tutela dei diritti dei singoli E.

Anche a voler accogliere le tesi (come si è visto, insufficienti) che individuano la riprovevolezza del patto commissorio nella sproporzione tra garanzia prestata e debito garantito (516) ovvero nell'assenza di controllo sull'eccedenza del valore del bene trasferito rispetto al *quantum* garantito (517), ulteriore argomento per sottolineare la generica liceità dei patti di cui si discute è la loro estraneità dall'essere strumenti di sopraffazione economica a danno del debitore, il quale otterrà l'eventuale residuo.

Ancora, per quel che specificamente riguarda l'art. 48-*bis* t.u.b., la supposta (e non dimostrata) inammissibilità, nel nostro ordinamento, di trasferimenti in funzione di garanzia (518) si scontra col diritto positivo e, in particolare, con fattispecie contrattuali a effetti reali con scopo di garanzia quali il già analizzato pegno irregolare o la cauzione (519).

Da ultimo, deve respingersi la tesi della riconducibilità dell'istituto in analisi alla *datio in solutum* (520) in ragione dell'impiego della locuzione «*trasferimento*» nel dettato degli artt. 1197, comma 2°, c.c. e 48-*bis*, comma 1°, t.u.b., «*che potrebbe considerarsi in qualche modo significativa nel voler indicare la produzione di un effetto estintivo del rapporto obbligatorio e non meramente transeunte, come sarebbe se l'obbligazione, nonostante l'escussione e quindi la realizzazione degli effetti connessi al patto, rimanesse in piedi*».

La questione è presto risolvibile sotto il profilo causale, corroborato dal dato letterale del comma 13°-*bis* dell'art. 48-*bis* t.u.b. che qualifica il trasferimento sospensivamente condizionato quale «*patto a scopo di garanzia*». Emerge in

---

BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, cit., p. 94; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 264 ss.

(516) Cfr. I. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 33.

(517) Così M. BUSSANI, *Il contratto di* lease-back, cit., p. 595.

(518) Assunta da V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori*, cit., c. 1437.

(519) Così A. LUMINOSO, *Alla ricerca* ecc., cit., p. 226.

(520) Ritenuta da S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 11, nt. 13, non priva di dignità.

maniera chiara e palese la *causa cavendi* del negozio e non ancora la *causa solvendi*: la causa di garanzia è idonea anche a giustificare un effetto traslativo (521), in considerazione del fatto che è la stessa concessione del finanziamento a dipendere dai particolari effetti di questa forma di garanzia (522).

5.2. ***Le garanzie personali*** **–** Rispetto alle garanzie reali, stante la pacifica ammissibilità di garanzie innominate o atipiche, i confini delle garanzie personali del credito risultano essere ben più ampi.

Lungi dal voler proporre un'elencazione delle singole figure di garanzia personale, deve rilevarsi come nel mercato del credito si affaccino fattispecie articolate e con una variabile intensità del vincolo che lega garante e garantito.

Il riferimento operato dalle Autorità creditizie a fideiussioni bancarie, assicurative e alle garanzie rilasciate da fondi pubblici di garanzia o da confidi individuano un primo *step* dell'analisi delle idonee garanzie personali aggiuntive all'ipoteca di primo grado nelle diffuse figure tipiche della fideiussione e atipiche del contratto autonomo di garanzia o *Garantievertrag* (523).

---

(521) *Contra* cfr. V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1956, p. 69 e, con specifico riferimento dell'inidoneità dell'efficacia traslativa dei negozi con causa di garanzia in virtù del divieto di cui all'art. 2744 c.c. M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 71 ss.; M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, 1962, p. 673.

(522) Tale tesi sembrerebbe persuadere maggiormente anche S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 12 s. Si segnala anche la tesi sostenuta da A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia*, cit., p. 1482, secondo cui la posizione delle parti in relazione al patto di alienazione escluderebbe la sua assimilazione alla *datio in solutum*, dal momento che il debitore sin dall'inizio offre sì il bene in garanzia affinché costituisca la prestazione diversa in luogo dell'adempimento, ma al contempo il creditore, con la dichiarazione – notificata al debitore – di volersi avvalere degli effetti del patto (*ex* art. 48-bis, comma 5°, t.u.b.), presta il suo consenso alla diversa prestazione, conservando fino a quel momento integri e impregiudicati i diritti nascenti *ex contractu*. Proprio tale scelta del creditore sul se avvalersi o meno del patto distinguerebbe l'istituto in analisi da quello di cui all'art. 1197 c.c., il quale si incentra, invece, sulla facoltà del debitore di adempiere all'obbligazione con la diversa prestazione.

(523) A proposito dell'atipicità del contratto autonomi di garanzia, delle differenze con la fideiussione e la polizza fideiussoria v. F. ASTONE, *Contratto autonomo di garanzia, polizza*

Senza una ricostruzione dei due istituti, che trascenderebbe l'oggetto del presente lavoro, appare importante soffermarsi sui profili distintivi tra tali figure, che costituiscono le più diffuse forme di garanzia personale del credito.

Il contratto autonomo di garanzia (524) si distingue dalla fideiussione di cui agli artt. 1936 ss. c.c. sotto molteplici profili. In primis per la presenza delle peculiari clausole «*a prima richiesta*» e «*senza eccezioni*» (525). Il primo effetto della presenza di queste clausole è l'autonomia della garanzia rispetto al rapporto di base intercorrente tra debitore e creditore, con la conseguenza che, a differenza di quanto si verifica con la fideiussione, il garante assume una posizione passiva indipendente dal rapporto principale, con l'obbligo di mettere a disposizione del creditore una somma di denaro (che può essere incondizionatamente pretesa da costui) e non, invece, un obbligo identico a quello del debitore, sottoposto alle stesse vicende relative all'obbligazione principale.

---

fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione «negativa» e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di Cass. SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3497), in *Riv. not.*, 2010, p. 1239 ss.

(524) Con riferimento al contratto autonomo di garanzia, cfr., senza pretesa di completezza e oltre agli Autori citati nelle note successive, A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 435 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 987 ss.; G.B. BARILLÀ, *Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione economica e prospettiva della banca garante*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 409 ss.; G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale (appunti per una lezione)*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, p. 843 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989; G. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 921 ss.; ID., *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 443 ss.; F. NAPPI, *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*[2], Torino, 1995; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 143 ss.; E. NAVARRETA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 285 ss.; L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, *ivi*, 1989, p. 1018 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 171 ss.

(525) Sulla portata delle due formule si rinvia a quanto si dirà *infra*, cap. IV, § 2.4.

Financo dal punto di vista funzionale i due contratti presentano alcune diversità. La garanzia autonoma, oltre ad essere caratterizzata — parimenti alla fideiussione — dalla c.d. *causa cavendi*, si distingue per la sua funzione cauzionale (526). Infatti col contratto autonomo di garanzia viene soddisfatta la duplice esigenza pratica di permettere al creditore-beneficiario, in caso di contestazione del suo credito, di «*litigare al sicuro*» (527) con l'ordinante, potendo disporre di una somma pari al credito vantato qualora si protraggano le contestazioni in ordine al credito stesso, evitando al contempo una lunga ed improduttiva immobilizzazione di capitali, che gli consenta di non dover ricorrere alla ben più onerosa c.d. cauzione reale (528).

Oltre a ciò, la dissomiglianza sul piano della struttura e degli effetti rispetto alla fideiussione si riflette altresì sulla causa concreta del contratto in esame.

Come hanno individuato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (529),

---

(526) Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 429 ss., spec. 463 ss.; A. CAMEDDA, *Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 117, nt. 15. È dibattuto in dottrina e giurisprudenza se per poter configurare un contratto autonomo di garanzia debba porsi l'accento sulla funzione del contratto, non essendo condizione sufficiente le richiamate clausole «*a prima richiesta*» e «*senza eccezioni*», ovvero queste ultime siano condizione necessaria e sufficiente per affermare la presenza di un contratto autonomo. Per un'accurata analisi delle diverse ipotesi ricostruttive v. M. CUCCOVILLO, *Polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia: una distinzione sfumata?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 100 ss.

(527) Quest'ultima espressione è perspicuamente utilizzata da P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 431, 473, 513.

(528) Per mezzo della quale — come è noto — viene attribuita ad un terzo la disponibilità di una somma di danaro o di altre cose fungibili a garanzia di un proprio debito attuale o eventuale, allo scopo che il creditore possa soddisfare sulla stessa le proprie ragioni in caso di inadempimento del debitore. La dottrina maggioritaria riconduce l'istituto alla figura del pegno irregolare *ex* art. 1851 c.c.: sul punto v. ampiamente A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale*, cit., p. 432 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 466 s.

(529) Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 257 ss., con note di G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il* Garantievertrag *un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, e F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e* Garantievertrag, nonché in *Contr.*, 2010, p. 440 ss., con nota di M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*.

con il contratto autonomo di garanzia viene trasferito da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso all'inadempimento — colpevole o meno — della prestazione. Il contenuto dell'obbligazione del garante è qualitativamente diverso da quello del debitore principale, non dovendo assicurare la prestazione dedotta in contratto, bensì il soddisfacimento dell'interesse economico del creditore-beneficiario disatteso con l'inadempimento. Il garante si obbliga così non direttamente ad adempiere in egual maniera del debitore (come nella fideiussione), quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal pregiudizio conseguente al mancato adempimento della prestazione dedotta in contratto. L'*utilitas* pratica della fattispecie è quindi quella di sottrarre il creditore dal rischio dell'inadempimento mediante il trasferimento dello stesso sul garante (530).

Alla luce delle preliminari considerazioni sulla causa concreta del contratto autonomo di garanzia, è necessario approfondire l'incidenza del trasferimento del rischio economico in capo al garante sull'intero rapporto sinallagmatico.

I confini della questione sono limpidi nell'impostazione ermeneutica del contratto proposta dalla dottrina (531). Ci troviamo di fronte ad un'operazione di mera intermediazione finanziaria ove il garante agisce mosso esclusivamente da un intento professionale senza alcun interesse alla soluzione del rapporto sottostante, in una condizione di neutralità ed imparzialità

(530) In tal senso v. Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Trib. Cagliari, 27 gennaio 2012 (ord.), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 109 ss., con nota di A. CAMEDDA, *Brevi note in tema di polizza fideiussoria*, cit.; cfr. anche il peculiare indirizzo argomentativo di Arbitro Bancario Finanziario - Collegio di Napoli, 20 giugno 2011, n. 1290, il quale — oltre a riconoscere l'impresa quale parte naturale del contratto — ravvisa il concreto della fattispecie nel «*potersi proporre al mercato forte della garanzia di un intermediario finanziario la cui nota solvibilità riduce i costi negoziali*».

(531) P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 445 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 110 ss.; M. MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, p. 17 ss.; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, p. 69 ss.

rispetto agli interessi delle parti. Più precisamente, il garante svolge la sua attività di intermediazione per conto e nell'interesse del cliente, dal quale riceve un compenso per l'attività svolta (la messa a disposizione di una determinata somma di denaro al beneficiario, creditore dell'ordinante) e la certezza di ottenere il rimborso di quanto eventualmente corrisposto al beneficiario. Il corrispettivo rappresenta unicamente il lucro di impresa per l'attività di intermediazione per la mera messa a disposizione della somma di danaro a favore del beneficiario (532).

Il garante isola ed assume un rischio commerciale e lo trasforma in un rischio finanziario (533), assicurando così solo un equilibrio di natura finanziaria e non il rischio dell'inadempimento dell'ordinante nei confronti del beneficiario. Infatti, l'operazione contrattuale in esame non è caratterizzata dall'estensione della garanzia patrimoniale su cui può contare il beneficiario, connotato tipico della fideiussione, bensì da una temporanea assunzione, da parte del garante, del rischio originariamente gravante sul creditore, che poi viene nuovamente riversato sul debitore-ordinante attraverso il meccanismo del regresso.

Il servizio che in definitiva viene fornito dal garante è la temporanea assunzione del rischio finanziario, relativo all'insolvenza dell'ordinante, a cui si espone chi concede un servizio finanziario ed in relazione al quale debbono essere argomentate tutte le considerazioni sulla liceità delle commissioni remunerative.

Inoltre, la soggezione al rischio non è l'oggetto del contratto — come nel

(532) Ancora, G. MEO, *Funzione professionale*, cit., p. 196 ss.

(533) Per A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 334, la banca con l'operazione in analisi riesce a perseguire il risultato di isolare il rischio finanziario da quello commerciale, che non riuscirebbe invece a realizzare ricorrendo alla fideiussione, specie in ragione degli artt. 1945 e 1952 c.c. Sulle differenze tra rischio commerciale e rischio finanziario cfr. G. GARIONI, *I finanziamenti delle esportazioni*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007, 495 ss.

contratto di assicurazione —, bensì un effetto dello stesso (534). È da escludere, pertanto, la riconducibilità del contratto autonomo di garanzia alla disciplina di cui all'art. 1895 c.c. (535) non essendo ravvisabile in tale disposizione un valore di principio del diritto dei contratti, bensì — come è stato fondatamente sostenuto nell'affermare la sua portata «*transtipica*» — unicamente dei contratti aleatori (536).

Tantomeno una siffatta riconduzione alla disciplina codicistica in materia di assicurazioni può essere sostenuta fondando l'argomentazione sulla presenza del rischio, in quanto quest'ultimo riveste natura meramente economica che non si riverbera sulla prestazione del garante, ma è indipendente da essa (537).

Tra le altre garanzie aggiuntive nominate dalla normativa di secondo livello vi sono, poi, le «*cessioni di crediti verso lo Stato, da cessioni di annualità o di contributi a carico dello Stato o di enti pubblici*». Questa forma di garanzia, a differenza del pegno di crediti (art. 2800 ss. c.c.) si perfeziona attraverso il trasferimento della titolarità del credito al cessionario.

Emerge la previsione specifica in ragione della quale il creditore ceduto deve

---

(534) V. la sempre attuale disamina sulle differenze tra contratto di assicurazione e contratto di garanzia personale di V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, 160 ss.

(535) V. *contra* le riserve di A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 337, il quale constata che «*nella vicenda del contratto autonomo a venire messi in discussione sembrerebbero, piuttosto,* an *e* quantum *del compenso preteso dalla banca per assumere — senza rischi reali — un obbligo di garanzia nei confronti di un terzo*».

(536) Così, efficacemente, P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, 191. Detta norma racchiude in sé un valore di principio alla luce del quale interpretare il singolo regolamento contrattuale e, soprattutto, l'esposizione al rischio delle singole parti, sanzionando con la nullità le ipotesi nelle quali la possibilità non solo di guadagni ma anche di perdite per entrambi i contraenti dovesse risultare solo apparente.

(537) Sulla distinzione tra garanzie personali, polizze fideiussorie e assicurazione del credito e sul fondamentale ruolo che esercitano le commissioni nella riconduzione all'una o all'altra disciplina v. Trib. Genova, 14 gennaio 2011 (ord.), in *Resp. civ. prev.*, 2012, 227 ss., con nota di V. DEL RE, *Rischio assicurativo e «garanzia» prestata da imprese di assicurazione con corrispettivo a carico del creditore*.

necessariamente essere lo Stato o un altro ente pubblico, sia in ragione dell'estrema solidità che queste controparti garantiscono, che per la smobilizzazione di detti crediti (538).

Nonostante iniziali reticenze (539), l'efficacia traslativa della cessione di crediti a scopo di garanzia è pacificamente riconosciuta in dottrina (540) e giurisprudenza (541).

---

(538) Sull'affermazione della figura v. G. TUCCI, *Garanzie*, cit.,, p. 170

(539) In particolare, alcuni autori (cfr. V. PANUCCIO, *La cessione volontaria*, cit., p. 69) hanno ritenuto la causa di garanzia inidonea a giustificare un effetto traslativo. Altri, invece, ritenevano che la cessione in garanzia violasse il divieto di patto commissorio: così C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 71 ss.; ID., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, Torino, XII, 1968, p. 717; M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, cit, p. 673. G. TUCCI, *Garanzie*, cit., p. 166 ss. ha ritenuto che i negozi a causa di garanzia sono negozi atipici meritevoli di tutela, mentre con riguardo all'eventuale divieto del patto commissorio pone in risalto che il divieto è posto per i casi in cui oggetto della garanzia sia una *res* e non una somma di danaro, nonché che con la cessione di crediti in garanzia l'effetto traslativo si verifica immediatamente e non subordinatamente all'eventuale inadempimento. Inoltre, ulteriore supporto è rinvenibile dalla disciplina in materia di pegno di crediti e, in particolare, dall'art. 2803 c.c., il quale autorizza – in caso di inadempimento del debitore – il creditore pignoratizio a trattenere le somme ricevute, di fatto disapplicando il divieto di patto commissorio. Per una recente ipotesi di cessione di crediti futuri in garanzia quale pattuizione commissoria cfr., però, Trib. Roma, 16 settembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 1409 ss., con nota di M. D'AURIA, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*. Sul punto v. anche G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, In *Commentario* Scialoja-Branca[3], Bologna-Rona, 1968, p. 120 ss.

(540) V. D. BECCARI, *La surrogazione del fideiussore nelle garanzie concesse dai terzi*. Quid iuris *in caso di cessione di crediti a scopo di garanzia?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1523 ss., spec. 1525 ss.; A. SCACCHI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 613 ss.; B. INZITARI, *Cessione di crediti, mandato all'incasso e cessione di crediti in garanzia*, in *Dir. fall.*, 2000, p. 1282 ss.; ID., *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 153 ss.; A.A. DOLMETTA – G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, *Ibidem*, 1999, I, p. 76 ss.; P. PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 20 ss.; S. SOTGIA, *Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, III, 1959, p. 156 ss.; A. GRAZIANI, *La cessione* «pro solvendo», in A. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 244 ss. Sull'utilizzo dell'istituto nel finanziamento dei crediti all'esportazione v., da ultimo e per tutti, il lavoro di C. CHESSA, *Il* forfaiting, Napoli, 2016, p. 1 ss.

(541) Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in *Contr.*, 2002, p. 348 ss., con commento di G. CAPILLI, *Cessione di credito a scopo di garanzia*; Cass., 16 aprile 1999, n. 3797;

Essendo, comunque, quella delle garanzie aggiuntive una categoria aperta, deve rilevarsi come siano diffuse (e idonee allo scopo in analisi) quelle forme di garanzia concepite in ambito societario e caratterizzate da missive con cui la società capogruppo esprime alla banca creditrice in favore di una propria società controllata il proprio conforto, gradimento o raccomandazioni affinché quest'ultima ottenga la concessione o il rinnovo di un finanziamento bancario: stiamo parlando delle lettere di *patronage* (542).

Le dichiarazioni contenute nelle lettere di *patronage* si distinguono in

---

Cass., 3 febbraio 1987, n. 950, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 692 ss.; Cass., 5 novembre 1980, n. 5943; Cass., 15 settembre 1972, n. 2476, in *Dir. fall.* 1973, II, p. 574 ss.; Cass., 9 aprile 1969, n. 1133, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1456 ss., con nota (senza titolo) di B. MORETTI; Cass., 9 ottobre 1968, n. 3169; Trib. Roma, 21 dicembre 1967, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, p. 283 ss., con nota di T. MANCINI, *Pegno di crediti,* cessio pro solvendo *e scopo di garanzia*; Cass., 16 maggio 1963, n. 1244, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, p. 6 ss., con nota di E. ANTONINI, *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*; Cass., 30 ottobre 1956, n. 4057, in *Giust. civ.*, 1957, II, p. 637 ss.; Cass., 8 maggio 1936, n. 1677, in *Foro it.*, 1936, I, p. 758 ss.

(542) Fra i numerosi contributi dottrinali in materia di lettera di *patronage* si ricordano i principali: M.C. PERCHINIUNNO, *Le lettere di* patronage *nel sistema delle garanzie*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, cit., p. 1860 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato* Buonocore, Torino, 2006, p. 261 ss.; N. SOLDATI, *Le lettere di* patronage, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1656 ss.; V. CARIELLO, *«Effetto di* patronage*» della pubblicità del gruppo bancario e responsabilità della capogruppo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 464 ss.; N. CIACCIA, *Le lettere di* patronage, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 85 ss.; M. SEGNI, *Lettere di* patronage, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. MAZZONI, *Le lettere di* «patronage», Milano, 1986, p. 53 ss.; F. DI GIOVANNI, *Le lettere di* «patronage», Padova, 1984; W. DI MEO, *La lettera di patronage nell'economia dell'azienda*, Padova, 1984. In giurisprudenza si vedano Cass., 25 settembre 2012, n. 16259; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 528 ss., con nota di C. GHIGI, *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*; Corte dei conti Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7, in *Riv. Corte conti*, 2012, I, p. 147; Corte dei conti Liguria, 17 maggio 2011, n. 17, in *Riv. Corte conti*, 2011, p. 114; App. Roma, 4 febbraio 2008; Trib. Bergamo, 18 gennaio 2007, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 329 ss., con nota di M. GIORGETTI, *Lettera di* patronage *– Fidejussione – Mandato di credito – Promessa del fatto di terzo – Concessione di una linea di credito - Qualificazione*; App. Milano, 5 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 375 ss., con nota di F. BRUNO – A. DE DIVITIIS, *Il mandato di credito tra lettera di* patronage*, delegazione ed accollo*; Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, 2001, p. 2254 ss., con nota di A.M. MUSY, *L'art. 1333 c.c. e le lettere di* patronage *cosiddette «forti»*.

dichiarazioni cc.dd. informative e dichiarazioni cc.dd. impegnative (543). Con riferimento alle prime, il *patronant* fornisce al creditore informazioni riguardanti lo stato patrimoniale, economico e finanziario del debitore. Con le dichiarazioni impegnative, invece, la società *holding* assume nei confronti della banca l'obbligo di non dismettere la propria posizione di controllo verso il garantito senza il consenso dell'istituto di credito (544).

Una ulteriore differenza deve ravvisarsi tra la lettera di *patronage* semplice o debole e la lettera di *patronage* forte. Questa dicotomia, infatti, rileva in tema di responsabilità del *patronant*, che nel primo caso è sussunta entro i ranghi della responsabilità precontrattuale ovvero aquiliana, dal momento che riguarda esclusivamente le informazioni sulle condizioni economico-patrimoniali del debitore. Nella seconda delle ipotesi prospettate, invece, la società capogruppo interviene sull'obbligo del debitore garantito verso il creditore, dovendo risarcire i danni per non essere intervenuto affinché la società da essa controllata alla restituzione del finanziamento alla banca

(543) In argomento, cfr. P. CORRIAS, *Assunzione di mero vincolo fideiussorio e dichiarazione di* patronage*: compatibilità o alternativa?*, in *Riv. giur. sarda*, 2005, p. 96 ss.; A. MANNONI, *Lettera di* patronage*, fideiussione e altre forme di garanzia personale*, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 428 ss.; G. SACCHI LODISPOTO, *Dichiarazioni di* «patronage»*: le mille e una forma di un istituto*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 277; F. GALGANO, *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 10 ss. In giurisprudenza, si vedano App. Cagliari, 14 luglio 2004, in in *Riv. giur. sarda*, 2005, p. 87 ss., con nota P. CORRIAS, *op. ult. cit.*; Trib. Cagliari, 23 ottobre 2001, *ivi*, 2002, p. 421 ss., con nota di A. MANNONI, *op. ult. cit.*; Cass., 25 settembre 2001, n. 11987 e Trib. Palermo, 18 gennaio 2000, in *Danno e resp.*, 2002, p. 640 ss., con commento di F. SELOGNA, *Le lettere di conforto o lettere di* patronage *nella recente giurisprudenza italiana*; Trib. Trieste, 29 febbraio 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 596 ss., con nota di G. BRUMAT, *Lettera di* patronage *e fallimento*; Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, p. 301 ss., con commento di C. STINGONE, *Lettera di* patronage*: dichiarazione a contenuto impegnativo e qualificazione contrattuale della fattispecie*; Cass., 9 maggio 1985, n. 2879, in *Soc.*, 1985, p. 717 ss.

(544) Sull'appartenenza al medesimo gruppo societario di garante e garantito v. V. CARIELLO, *Capogruppo e patronage delle generalità*, Milano, 2002; A. ATTI, *Il* «patronage» *e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 787 ss.

creditrice cui la lettera di *patronage* era indirizzata (545).

Sta suscitando, inoltre, un rinnovato interesse il contratto di anticresi (artt. 1960 ss. c.c.). Come è noto, con questo contratto il debitore (o un terzo) consegna al creditore un bene immobile a garanzia del credito, affinché questi ne percepisca i frutti e li imputi dapprima agli interessi, qualora dovuti, e al capitale (546), per una durata non superiore a dieci anni.

Qualificato, dalla dottrina dominante (547), come contratto personale di godimento, il negozio anticretico è un contratto di garanzia (548), accessorio rispetto al credito da garantire (549). Tale accessorietà implica uno stretto collegamento tra contratto di anticresi e diritto di credito, cui consegue che la

---

(545) Così C. CHESSA, *Il* forfaiting, cit., p. 88 s. In tema, cfr. anche R. CALVO, *Lettere di* patronage *e abuso: un intervento chiarificatore della cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 713 ss.; U. RUFFOLO, Lettres de patronage *e responsabilità aquiliana*, in *Dir. impresa*, 1984, p. 459; M. PROSPERETTI, Lettres de patronage, in N. IRTI (a cura di), *Diz. dir. priv.*, I, 1, Milano, 1980, p. 556 ss. In giurisprudenza, oltre a un richiamo alla giurisprudenza citata nella nota precedente, cfr. altresì Trib. Torino, 11 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1445; Trib. Firenze, 30 novembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1405; App. Roma, 17 ottobre 1989, *ibidem*, 1989, I, p. 2652

(546) Sul contratto di anticresi v., principalmente, C. CICERO, *Anticresi (Artt. 1960-1964)*, in *Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2010; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato* Sacco, X, Torino, 2009, p. 379 ss.; G. BOZZI, *L'anticresi*, in *Trattato* Rescigno², 13, Torino, 2007, p. 372 ss.; M. BELLANTE, *Anticresi*, in P. CENDON (a cura di), *Le garanzie. Personali e reali*, Torino, 2006, p. 49 ss.; F. MASTROPAOLO, *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su cose immobili*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 521 ss.; ID., *Anticresi*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, *Trattato* Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, p. 1039 ss.; S. MONTICELLI – L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato dir. civ. Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2005, p. 311 ss.; G. ZUDDAS, voce *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. TUCCI, voce *Anticresi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 337 ss.; E. PROTETTÌ, voce *Anticresi*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958, p. 245; M. D'AMELIO, *Dell'anticresi*, in *Commentario* D'Amelio-Finzi, II, Firenze, 1949, p. 436 ss.

(547) A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, p. 46; ID., voce *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, p. 2; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 53; C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 17 ss.

(548) C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 26; C.M. BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 24. *Contra*, M. FRAGALI, *Anticresi*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 30 ss.

(549) Così C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 26.

validità e l'efficacia del primo dipendono dall'esistenza del secondo (550).

Sebbene la tematica si presti a molteplici ed interessanti approfondimenti, ci si deve concentrare sull'aspetto dell'*utilitas* del contratto di anticresi in relazione all'accesso al credito immobiliare.

È stato posto in risalto come il contratto di anticresi possa costituire uno strumento alternativo per facilitare l'accesso al credito bancario, in quanto colui che intende ricevere un finanziamento può contare, oltre che sul valore del bene dal punto di vista della garanzia ipotecaria, anche sul valore d'uso, offrendo l'immobile in anticresi (551). La durata massima decennale del rapporto anticretico non confligge con il fatto che l'obbligazione principale possa essere superiore a siffatto lasso temporale (552).

È importante sottolineare come l'anticresi e l'ipoteca possano anche convivere, come forme di garanzia autonome e separate, l'una relativa ai frutti, l'altra al bene in sé. Di conseguenza, un bene già concesso in ipoteca può essere oggetto di anticresi (553).

Discusso è se le due garanzie possano coesistere in relazione ad un unico rapporto di finanziamento. Ad avviso di chi scrive, in un rapporto di credito fondiario il rapporto anticretico può integrare, quale garanzia aggiuntiva, l'ipoteca di primo grado sul medesimo bene immobile (554). Né parrebbe porsi in contrasto con ciò la previsione di cui all'art. 40 t.u.b., che consente al debitore di estinguere anticipatamente il debito, in quanto è pacifico che l'estinzione del

---

(550) Ancora, C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 26; cui *adde* V. TEDESCHI, *L'anticresi*, in *Trattato* Vassalli, Torino, 1954, p. 48.

(551) F. MECENATE, *L'anticresi. Una possibile alternativa per il mercato immobiliare*, in *Studi e materiali. Cons. naz. not.*, 2014, p. 653.

(552) Così C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 81.

(553) Così, ancora, F. MECENATE, *L'anticresi*, cit., p. 654.

(554) *Contra* cfr. F. MECENATE, *L'anticresi*, cit., p. 654 ss., anche se la posizione dell'Autore nasce dal diverso punto di vista sul quale si fonda la sua disamina, in quanto propone uno schema di «*mutuo anticretico*» ove la garanzia è costituita dall'anticresi, alla quale può accostarsi un'altra eventuale garanzia.

credito garantito sancisca la fine naturale del negozio accessorio di anticresi (555).

Per quel che concerne il divieto di patto commissorio previsto dall'art. 1963 c.c., anche se posteriore alla conclusione del contratto di anticresi, deve rilevarsi che esso ha ad oggetto esclusivamente i frutti e non anche la proprietà del bene (556). In caso contrario, infatti, si trascenderebbe il negozio anticretico in quanto la garanzia – in caso di inadempimento del debitore – verrebbe allargata a quest'ultima (557).

La nullità con cui l'art. 1963 c.c. sanziona il patto commissorio anticretico, in conclusione, deve dirsi parziale *ex* art. 1419, comma 1°, c.c. (558).

5.3. ***Le garanzie dei confidi*** **–** Discorso a parte meritano le garanzie (anch'esse richiamate dalla normativa secondaria disciplinante le garanzie integrative) concesse dai consorzi, dalle società consortili e dalle società cooperative di garanzia collettiva dei fidi, comunemente unificati nella denominazione di consorzi-fidi, confidi o cofidi. Questi sono enti privati costituiti per la prestazione di una garanzia collettiva per i finanziamenti concessi ai loro associati (normalmente piccole o medie imprese) dalle banche o da altri intermediari finanziari (559).

Come si è visto *antea* (cap. I, § 3), essi nascono come risposta alle croniche difficoltà di accesso al credito delle piccole e medie imprese. Il loro operato si concreta nella prestazione di garanzie necessarie alle imprese associate per

(555) Sul punto v. C. CICERO, *Anticresi*, cit., p. 79. *Contra*, per offrire un orizzonte temporale sicuro anche all'anticresista, F. MECENATE, *L'anticresi*, cit., p. 655.

(556) M. FRAGALI, *Anticresi*, cit., p. 199; V. TEDESCHI, *L'anticresi*, cit., p. 64.

(557) Rileva ciò G. ZUDDAS, voce *Anticresi*, cit., p. 5; M. FRAGALI, *Anticresi*, cit., p. 199; G. PERSICO, voce *Anticresi, a) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano 1958, p. 537.

(558) Così Cass., 12 marzo 1983, n. 1866; nonché G. ZUDDAS, voce *Anticresi*, cit., p. 5.

(559) Per una definizione dei confidi e per l'illustrazione del fenomeno si rimanda alla bibliografia citata *supra* alla nt. 111.

poter ottenere finanziamenti, superando così la disparità di trattamento nella richiesta di garanzie bancarie.

I confidi mirano all'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie (560) per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorire il finanziamento, specie a breve e medio termine da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (cfr. art. 13, comma 1, legge 24 novembre 2003, n. 326, di seguito anche legge confidi).

Il vigente quadro normativo, frutto di un percorso evolutivo particolarmente vivace che trova oggi il suo acme negli artt. 106, 112 e 112-*bis* t.u.b., nella citata legge confidi e nei d.m. Economia e Finanza 2 aprile 2015, n. 53 e 23 dicembre 2015, n. 228, distingue tra i confidi vigilati, i confidi minori e le banche confidi.

Partendo dall'ultimo degli enti citati, le banche confidi svolgono sì la tradizionale attività bancaria *ex* art. 10 t.u.b., ma la loro attività prevalente è la prestazione di garanzie collettive dei fidi a favore dei soci. Quest'ultima deve costituire l'attività prevalente delle banche confidi.

I confidi minori, invece, rappresentano una categoria residuale, in quanto, ai sensi dell'art. 112, comma 2°, t.u.b., non rientrano quelli iscritti nell'albo degli intermediari finanziari né, deve ritenersi, le banche confidi. Tra essi rientrano

(560) I confidi sono costituiti da piccole e medie imprese industriali, commerciali, turistiche e di servizi, da imprese artigiane e agricole, come previste dalla legge comunitaria e oggi individuate dal d.m. attività produttive del 18 aprile 2005. Ad essi possono partecipare, nel limite di un sesto della totalità delle imprese consorziate o socie, anche imprese di maggiori dimensioni, rientranti tra quelle individuate dall'Unione Europea per beneficiare degli interventi agevolativi della Banca Europea degli Investimenti (BEI). La dimensione dei confidi è essenzialmente territoriale, di guisa che venga a costituirsi una cerchia di reciproca assistenza tra piccoli imprenditori, ove la vicendevole conoscenza sia in grado di assicurare «*una visione oggettiva e aderente ai concreti problemi di ciascuna impresa*» e, di conseguenza, un servizio adeguato alle esigenze delle imprese consorziate o socie. Si veda a tal proposito la puntuale ricostruzione di D. VITTORIA, *I problemi*, cit., p. 97.

anche i confidi di secondo grado, ossia quei confidi costituiti dai confidi ed eventualmente da imprese consorziate o socie di questi ultimi o da altre imprese in forma di consorzi con attività esterna, società cooperative, società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative (561).

Essi, ai sensi del comma 4° della legge confidi, esercitano esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi e strumentali a favore dei confidi e delle imprese aderenti e delle imprese consorziate o socie dei confidi aderenti. La loro funzione si sostanzia in un ruolo di notevole importanza nello sviluppo dei confidi di primo grado (562).

I confidi minori esercitano esclusivamente l'attività di prestazione di garanzie collettive dei fidi e le attività strumentali e connesse così come definite dall'art. 5 d.m. Economia e Finanze 53/2015.

Questi ultimi servizi, però, devono essere resi esclusivamente a favore dei soci o consorziati. Un siffatto limite non consente ai confidi minori di espandere la propria attività e di aumentare e diversificare le fonti di reddito, contenendo le prospettive di crescita degli stessi e, anzi, rischiando di determinare una loro fuoriuscita dal mercato qualora questi non adottino scelte strategiche aggregative (563).

---

(561) Un peculiare ruolo è stato attribuito a questa tipologia di confidi da R. COSTI, *Le istituzioni* ecc., cit., p. 184, il quale vedeva in essi lo strumento principale per una regionalizzazione dei consorzi di garanzia collettiva fidi, in quanto strumento capace di mediare tra le esigenze imprenditoriali e le scelte programmatorie delle Regioni sovventrici.

(562) In tal senso cfr. R. COSTI, *Consorzi-fidi*., cit., p. 60, 97, che opera una distinzione tra cooperative di garanzia di secondo grado e consorzi-fidi di secondo grado. Se solo le prime possono rappresentare, per le cooperative di primo grado, «*una forma di riassicurazione*», garantendole contro le insolvenze, entrambi gli organismi possono assicurare impieghi più proficui delle risorse economiche ricevute dagli associati e dagli enti pubblici, svolgendo così una efficace funzione di coordinamento tecnico e politico-economico dei confidi. Ancora, i confidi di secondo grado opererebbero come una sorta di stanza di compensazione, nella quale i confidi con un eccesso di risorse possono trasferire queste ultime ai confidi con un eccesso di richieste.

(563) Sul punto v. A. CONSO – D. VARANI, *La nuova disciplina*, cit., p. 18 s., che auspicavano l'introduzione di innovazioni operative per i confidi minori ad opera della normativa

Queste, d'altro canto, sono perseguite e incentivate dalla stessa legge confidi che, ai commi 20° e 20°-*bis*, stimola la costituzioni di enti di grandi dimensioni e l'associazionismo tra confidi (564) – oggi è diffusa anche la rete di confidi –, consentendo loro la possibilità di istituire fondi di garanzia interconsortile destinati alla prestazione di controgaranzie e cogaranzie ai confidi.

I confidi di maggiore dimensione sono intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. Essi. svolgono in misura prevalente l'attività di garanzia collettiva dei fidi (565). Possono inoltre svolgere, prevalentemente nei confronti delle imprese consorziate o socie, le seguenti attività previste dall'art. 112, comma 5°, t.u.b.: prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato, al fine dell'esecuzione dei rimborsi di imposte alle imprese consorziate o socie; gestione, ai sensi dell'art. 47, comma 2°, t.u.b. di fondi pubblici di agevolazione; conclusione di contratti con le banche assegnatarie di fondi pubblici di garanzia ai sensi dell'art. 47, comma 3°, t.u.b. per disciplinare i rapporti con le imprese consorziate o socie, al fine di facilitarne la fruizione.

Ex art. 112, comma 6°, t.u.b. la Banca d'Italia ha previsto per i confidi iscritti

---

secondaria disciplinante l'Organismo di cui all'art. 112-*bis* t.u.b. Invero, non si registra alcuna novità in merito da parte del d.m. 228/2015. Il tema della trasformazione dei confidi minori in confidi maggiori o banche confidi è oggetto di specifiche previsioni normative (commi da 38 a 43 legge confidi) ed è stato approfondito da più autori: v. D. BOGGIALI, *Scissione di confidi e trasformazione di enti diversi dai confidi in confidi*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, p. 230 ss.; G. TUCCI, *La riforma*, cit., p. 389 ss.

(564) In particolare, i confidi che riuniscano almeno 15.000 imprese e che garantiscano finanziamenti complessivamente non inferiori a 500 milioni di euro. I confidi che, invece, riuniscono cooperative e loro consorzi devono associare complessivamente almeno 5.000 imprese e garantire finanziamenti complessivamente non inferiori a 300 milioni di euro.

(565) La prevalenza di tale attività è rispettata qualora dall'ultimo bilancio approvato risulti che l'ammontare dei ricavi derivanti dall'attività di garanzia collettiva dei fidi e dalle attività connesse e strumentali costituisca oltre la metà del totale dei ricavi e l'ammontare nominale delle garanzie collettive dei fidi costituisca oltre la metà del totale dell'attivo, per tale intendendosi la somma del «*totale attivo*» dello stato patrimoniale e del volume delle «*garanzie rilasciate al lordo delle rettifiche*», in base all'ultimo bilancio approvato in conformità delle vigenti disposizioni regolamentari.

nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. la facoltà, in via residuale, di concedere entro un limite pari al 20 per cento del totale dell'attivo altre tipologie di finanziamento sotto qualsiasi forma (566) ai sensi comma 1° del medesimo articolo. Entro tale limite complessivo, i confidi possono anche garantire l'emissione di strumenti di debito da parte delle piccole e medie imprese socie.

Dalla previsione di un limite nella concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma emerge una certa confusione, dal momento che tra essi viene ricompreso, ai sensi dell'art. 1, comma 1°, lett. *f*), d.m. Economia e Finanze 53/2015 anche il «*rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma*».

L'attività di garanzia collettiva dei fidi così come definita dal comma 1° della legge confidi («*l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario*»), si può esplicitare, così come disposto dal 3° comma della medesima legge, nella prestazione di garanzie personali e reali, nella conclusione di contratti volti a realizzare il trasferimento del rischio, nonché nella garanzia depositi indisponibili costituiti presso i finanziatori delle imprese consorziate o socie (c.d. fondo rischi).

Si tratta, pertanto, di comprendere se l'attività svolta dai confidi tradizionali sia o meno qualificabile come concessione di credito di firma, in quanto una eventuale qualificazione dell'attività di garanzia collettiva dei fidi come tale finirebbe per creare un corto circuito all'interno della disciplina, in quanto

(566) Si rimanda, a tal proposito, alla disposizione di cui all'art. 2 d.m. Economia e Finanze 53/2015. Per un'indagine sull'intervento dei confidi nei settori dei mutui, dei finanziamenti a medio termine, del *leasing* e, in particolare, del *factoring*, v. R. RUOZI – B. FILIPPI, *Prospettive di intervento dei consorzi-fidi nel* «factoring», in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi*, cit., p. 83 ss.

quella che dovrebbe essere l'attività esclusiva o prevalente dell'ente troverebbe un notevole limite. Addirittura, ciò creerebbe il paradosso che i confidi cc.dd. minori non potrebbero esercitare la propria attività istituzionale.

Il tema non è una mera elucubrazione mentale fine a se stessa, ma è stato già frutto di attenzione da parte della dottrina. La problematica è sorta in concomitanza del dibattito sulla riconducibilità dei confidi alla categoria degli intermediari finanziari o bancari. Se inizialmente l'ipotesi che l'attività dei confidi fosse un'attività di intermediazione finanziaria e creditizia è stata pacificamente scartata (567) – salvo che dalla giurisprudenza tributaria (568) – ravvisando la funzione dei confidi nel mero raccordo tra imprese di piccole e medie dimensioni e le banche (569), con la legge 5 luglio 1991, n. 197 (c.d. legge antiriciclaggio) la questione è mutata.

La legge antiriciclaggio disciplinava i controlli di matrice pubblicistica su quegli operatori che, pur esercitando la propria attività con modalità tipicamente bancarie, sino ad allora non erano sottoposti né a vigilanza prudenziale né ad un sistema normativo finalizzato a contrastare l'utilizzo del sistema normativo per finalità illecite (570).

L'art. 6 individuava gli intermediari operanti nel settore finanziario in coloro che esercitavano almeno una delle attività indicate all'art. 4, comma 2°, della medesima legge antiriciclaggio, consistenti in: *a*) la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, compresa la locazione finanziaria; *b*)

---

(567) In tal senso v. G. CABRAS, *Le garanzie*, cit., p. 38, nt. 81; ID., *I consorzi fidi*, cit., p. 173; F. CESARINI, *Consorzi-fidi*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi*, cit., p. 14; G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in F. GALGANO (a cura di), *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, IV, Padova, 1981, p. 333, nt. 48.

(568) Cfr. Cass., 17 maggio 1984, n. 3053, in *Boll. trib.*, 1984, p. 1453 ss.; Comm. Trib. centr., 8 luglio 1979, n. 8890, cit.

(569) Così R. COSTI, *Consorzi fidi*, cit., p. 37.

(570) Per un commento della legge cfr. B. MELCHIONNA – L. FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio*[2], Milano, 1992, *passim*.

l'assunzione di partecipazioni; *c*) l'intermediazione su cambi; *d*) i servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi, anche mediante emissione e gestione di carte di credito.

Per questi intermediari cc.dd. residuali era prevista l'iscrizione, a fini di censimento e riscontro, in un elenco tenuto dal Ministero del Tesoro, che si avvaleva dell'Ufficio Italiano dei Cambi, al fine di sottoporre tali operatori ad una vigilanza «*cartolare*» (571) o «*cartacea*» (572).

Con specifico riferimento ai confidi, sebbene inizialmente essi non fossero intermediari (e solo in rare eccezioni fosse stata inoltrata domanda di iscrizione, respinta dall'Ufficio Italiano dei Cambi) (573), in seguito all'emanazione di una Circolare del Ministero del tesoro (574) vi fu un *revirement* sulla questione, tanto da indurre l'Ufficio a iscrivere i confidi le cui domande erano state precedentemente respinte.

In particolare, con questa circolare il Ministero ha precisato che l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma dovesse essere considerata come attività di concessione di crediti di cassa e di firma, quali, ad esempio, avalli e fideiussioni.

Successivamente, con la circolare 2 marzo 1993, n. 2 il Ministero del Tesoro ha implicitamente confermato che i confidi fossero da ricomprendere tra gli intermediari finanziari, prevedendo che essi potessero assumere, ai fini dell'iscrizione nell'elenco *ex* art. 6 l. 197/1991, anche la forma del consorzio o della società consortile.

Tale orientamento si è fondato sul principio di successione delle leggi nel tempo e, in particolare, sull'entrata in vigore della citata l. 317/1991 che

---

(571) Come sottolinea la Relazione 12 giugno 1991 della VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei Deputati.

(572) Così, invece, G.B. PORTALE, *Normativa «antiriciclaggio» e finanziarie di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 77.

(573) Ne dà conto G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 548 s.

(574) Circolare del Ministero del Tesoro 26 giugno 1992, n. 1.

individuava le forme giuridiche dei consorzi di garanzia collettiva dei fidi (575).

Il legislatore, attesa la situazione di incertezza venutasi a creare attorno alla natura di intermediari finanziari dei confidi, è intervenuto con l'art. 2, commi 8°-*bis* e 8°-*ter*, l. 19 luglio 1993, n. 237, prevedendo che i consorzi di garanzia collettiva fidi, di primo e di secondo grado, anche costituiti sotto forma di società cooperativa o consortile, di cui agli artt. 29 e 30 l. 317/1991, fossero iscritti, su domanda, in una apposita sezione dell'elenco speciale previsto dall'art. 6, comma 1°, l. 197/1991 e non fossero soggetti alle altre disposizioni previste dalla legge antiriciclaggio. Tale iscrizione, peraltro, non abilitava i confidi ad effettuare operazioni riservate agli intermediari finanziari.

Oggi, stante l'apparente esistenza del limite alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, ci si deve dunque domandare se esso si applica esclusivamente per le altre tipologie di finanziamenti (prima fra tutte la locazione finanziaria) e non anche per il credito di firma, essendo la sua concessione l'attività istituzionale, esclusiva o prevalente, dei confidi, oppure, aderendo ad un orientamento sviluppatosi in dottrina (576), debba ritenersi che l'attività prevalente dei confidi non sia rappresentata dalla concessione di credito di firma – attività, dunque, residuale e vincolata ai limiti sanciti dalla Banca d'Italia – bensì dal fondo rischi monetario, deposito convenzionalmente vincolato a favore delle banche beneficiarie, che configurerebbe invece un pegno irregolare (577). Qualora vengano prestate garanzie personali a favore

(575) Questa tesi è stata fortemente criticata da G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 549 ss., in primo luogo perché la l. 317/1991 era una legge agevolativa e i requisiti delle forme associative erano espressamente indicati ai fini dell'ammissione ai benefici di cui all'art. 31 della medesima legge. Inoltre, l'Autore rileva come una circolare ministeriale non possa modificare una previsione di legge, penalmente sanzionata, qual è quella di cui all'art. 6, comma 2°, l. 197/1991.

(576) Da G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 550 ss.

(577) G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 551.

delle banche, queste, salvo rare eccezioni, sono prestate direttamente dalle imprese consorziate o da enti sostenitori esterni (578).

Sul tema si registra una recente pronuncia di una giurisprudenza di merito (579) chiamata a pronunciarsi sulla natura del fondo rischi con cui è stata concessa la garanzia aggiuntiva del confidi per un contratto di finanziamento fondiario di cui ha beneficiato un'impresa consorziata.

Ebbene, la giurisprudenza citata ha escluso che la garanzia prestata da un confidi possa essere qualificata come fideiussione, in quanto l'ente di garanzia conclude una convenzione con una banca con la quale assume l'obbligazione di costituire un fondo ed eventualmente di ripristinare la relativa provvista, senza il coinvolgimento diretto o indiretto del proprio patrimonio nell'insolvenza delle associate. La garanzia offerta alla banca è costituita sia dalla disponibilità di detto fondo, nella titolarità del confidi, alimentato con risorse finanziarie alla medesima spettanti, ma aggredibile dalla banca alle condizioni e secondo le procedure e i tempi dedotti in condizione, normalmente entro la percentuale di rischio assunta dal confidi stesso in virtù dell'usuale accordo di ripartizione e condivisione del rischio creditizio delle imprese affidate e limitatamente all'importo del credito scoperto dalle somme recuperate in sede giudiziale o fallimentare, sia dal monte delle fideiussioni limitate prestate, in genere, dalle singole imprese associate (cc.dd. di indennità, escutibili unicamente in caso di incapienza del fondo e di mancata ricostituzione della provvista da parte del confidi) in adempimento di un obbligo statutario loro imposto.

---

(578) Ancora, G.D. MOSCO, *I consorzi fidi*, cit., p. 551.

(579) Trib. Cagliari, 17 settembre 2015, di prossima pubblicazione in *Riv. giur. sarda* con nota di C. CHESSA. Nello stesso senso cfr. Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 10 luglio 2015, n. 5401, che afferma che il vincolo di garanzia, ancorché non espressamente qualificato in termini di garanzia reale, ne ricalca «*significativamente i tratti, ed anzi per certi versi ponga a disposizione della banca delle prerogative financo più penetranti ed efficaci, rispetto a quelle stabilite dall'ordinaria disciplina del pegno*».

In caso di garanzia aggiuntiva prestata da un consorzio di garanzia collettiva dei fidi, non v'è perciò alcuna possibilità, per la banca, di escussione forzosa anche del patrimonio dell'ente. L'eventuale insufficienza delle garanzie così concesse non legittima in alcun caso l'aggressione del patrimonio del confidi, ma eventualmente – in quanto dedotto in contratto – il recesso della banca convenzionata, usualmente dedotto nel caso in cui la consistenza del fondo o l'importo globale delle fideiussioni sia inferiore ad un determinato *quantum*.

Sulla scorta di ciò, la garanzia costituita dal fondo rischi viene sussunto nella figura del pegno irregolare, in quanto il meccanismo di funzionamento rientra nello schema dell'art. 1851 c.c.

Interessante è, inoltre, il rilievo mosso dalla giurisprudenza in analisi, per cui il pegno sarebbe invalido ogni qualvolta sia previsto un generico riferimento ai futuri finanziamenti delle imprese associate e non sia pertanto determinato il credito e l'ammontare garantiti.

La decisione, però, pecca di approssimazione e richiede una doverosa premessa sulle tipologie di garanzie rilasciate dai confidi, specie a seguito del c.d. Accordo di Basilea 2 (580), al cui rispetto sono tenuti i confidi maggiori.

---

(580) L'accordo, elaborato dal Comitato di Basilea, organismo di consultazione per la supervisione bancaria che sviluppa regole tecniche per la vigilanza bancaria prive di potere cogente normalmente seguite dai paesi partecipanti al Comitato, è diretto a fondare la nuova struttura della regolamentazione prudenziale. Tale sistema si fonda su tre pilastri: requisiti patrimoniali minimi; norme per il controllo dei rischi attraverso regole organizzative che le banche dovrebbero adottare; imposizione di regole di trasparenza che consentano un controllo del mercato circa la solidità della banca. Le regole sono state poi ampiamente recepite dalle direttive 2006/48/UE e 2006/49/UE. Le principali novità contenuta in tale accordo risiedono nelle raccomandazioni indirizzate al rafforzamento del sistema bancario europeo e dai criteri di misurazione e controllo dei rischi. In argomento cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 581 ss.; C. COPOZZI, *La applicazione di Basilea II in Italia. Aspetti tecnici ed elementi di riflessione*, Padova, 2009. Il tema è stato ampiamente affrontato anche con specifico riferimento ai confidi cfr. ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *L'impatto di Basilea 2 sull'attività dei confidi*, in *Bancaria*, 9, 2002, p. 74 ss.; L. BOCCHI – G. LUSIGNANI, *Le nuove regole di Basilea 2: prime valutazioni di impatto sui rapporti Banca-Impresa in Italia*, in *Banca, impr., soc.*, 2004, p. 209 ss.; L. GAI, *Prospettive per le*

Nonostante la genericità nella definizione dell'attività istituzionale dei confidi, cui consegue una grande molteplicità di configurazioni della garanzia che, invero, suscitano una generale incertezza nell'approccio all'argomento, i criteri previsti da Basilea 2 permettono una classificazione delle garanzie prestate dai confidi in quattro categorie derivanti dall'incrocio di una doppia distinzione: la modalità di pagamento, che può essere a prima richiesta o sussidiaria, e la responsabilità del confidi, che può essere illimitata o limitata al fondo rischi.

Con la garanzia sussidiaria il confidi remunera la perdita dell'ente finanziatore solo dopo aver escusso, senza successo, il debitore principale ed eventuali fideiussori. Essa può essere cappata o non. La garanzia sussidiaria cappata prevede che il garante risponde limitatamente all'ammontare del fondo rischi e la banca deve escutere la garanzia in via primaria nei confronti dell'impresa, mentre con la sussidiaria non cappata il confidi è tenuto al ripristino della provvista del fondo rischi.

L'Accordo di Basilea 2 richiede, invece, che la garanzia sia diretta, esplicita, con privilegio di primo grado, irrevocabile ed incondizionata. Tra queste, possiamo innanzitutto distinguere la garanzia *tranched-cover* o garanzia cappata a prima richiesta. Essa è una garanzia a prima richiesta di portafoglio, la quale prevede che il confidi garantisca le cc.dd. prime perdite (*junior risk*) di un dato portafoglio di crediti stabilite al di sotto di una certa soglia, oltre la quale la banca non ha garanzia (cc.dd. seconde perdite o *senior risk*). Sono tali

---

garanzie dei confidi verso le PMI dopo la riforma del settore e Basilea 2, in *Riv. banc.*, 2005, p. 29 ss.; F. VALLASCAS, *Le garanzie nella nuova regolamentazione sull'adeguatezza patrimoniale nelle banche: problemi e prospettive per i confidi*, in *Risp.*, 2005, p. 83 ss.; A.M. TARANTOLA – A. TIDU – C. BENTIVOGLI – V. CATAPANO, *Il ruolo dei confidi dopo Basilea 2: un'indagine territoriale*, in *Banca, impr. soc.*, 2006, 159 ss; G. TUCCI, *La riforma dei consorzi fidi e il nuovo diritto comunitario in tema di requisiti patrimoniali e di adeguatezza patrimoniale (*capital requirements*) e di adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi (*capital adequacy*)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 369 ss.; E. ISAIA, *Il sistema di garanzia in Italia*, in P. DE VINCENTIIS (a cura di*), I confidi e il credito alle PMI*, Roma, 2007, p. 72 ss.; G. BOCCUZZI, *I confidi*, cit., p. 259 ss.

le operazioni nelle quali è possibile isolare nell'ambito di un portafoglio composto da una o più attività, attraverso forme di protezione del credito (di tipo reale o personale), una componente di rischio che sopporta le "prime perdite" del portafoglio stesso (581). È stato posto in luce (582) che i confidi stanno adottando in maniera sempre maggiore tali strumenti di mitigazione del rischio di credito.

Da ultimo, rientrano nella categoria di garanzie Basilea 2 *compliant* i contratti autonomi di garanzia, di fronte ai quali, però, emergono alcuni dubbi in considerazione dei suesposti limiti che la più recente normativa secondaria prevede nella concessione di garanzie fideiussorie o, in generale, crediti di firma.

Per limitare l'esposizione dei confidi nel caso di adozione di garanzie autonome, però, è prevista una controgaranzia di un altro ente, pubblico o privato, in una misura percentuale rispetto all'operazione di garanzia concessa dal confidi.

L'attività principale dei confidi, pertanto, non può essere *sic et simpliciter* ricondotta alla garanzia fideiussoria. Sebbene, invece, tale natura sia posseduta dalla garanzia fideiussoria del monte fideiussioni, questa è, però, rilasciata non dal confidi bensì dalle imprese associate alle banche convenzionate, quindi trascende dal presente ambito di indagine.

Eccezion fatta per quelle garanzie riconducibili al credito di firma, nella prassi dei confidi la distinzione tra garanzia sussidiaria e garanzia a prima richiesta risiede unicamente nelle modalità di escussione della garanzia. Difatti, nell'ipotesi di garanzia sussidiaria, in caso di mancato pagamento da parte dell'associato di quanto da esso dovuto all'ente creditizio in dipendenza del finanziamento ottenuto, quest'ultimo può richiedere al confidi il rimborso

(581) Ancora, G. BOCCUZZI, *I confidi*, cit., p. 317.

(582) C. D'AURIA – P. PORRETTA, *La garanzia consortile e le regole di vigilanza prudenziale*, in *dirittobancario.it*, 2015, p. 18.

della quota di finanziamento da essa garantita, nei termini e modi concordati. Il confidi può opporre all'istituto il beneficio della preventiva escussione del socio resosi inadempiente.

Nell'ipotesi di garanzia a prima richiesta, invece, in caso di mancato pagamento da parte del cliente di quanto dovuto, il confidi non può opporre il beneficio della preventiva escussione del socio inadempiente. La previsione della sola clausola «*a prima richiesta*» assume la valenza di invertire l'onere della prova in ordine alla sussistenza e alla fondatezza delle eccezioni nel rapporto intercorrente tra garante e beneficiario. Il garante, perciò, è tenuto solo provvisoriamente ad effettuare la prestazione garantita senza opporre eccezioni (583).

Deve poi essere esclusa la tesi che riconduce il rapporto di garanzia tra confidi e impresa associata al rapporto fideiussorio nascente dal mandato di credito che esso contrae con la banca a favore delle imprese associate (art. 1958 c.c.) (584). Infatti, la banca, nell'erogazione del credito, non segue le istruzioni del confidi, com'è invece nel mandato di credito.

Acquista così la tesi che riconduce la garanzia all'assicurazione del credito o assicurazione cauzionale (585), differenziata rispetto alla fideiussione in senso proprio.

Ad una simile conclusione è altresì recentemente pervenuta la Suprema Corte (586), secondo cui la garanzia rilasciata dai confidi assume una funzione assicurativa del credito in quanto essa ha una causa di copertura non

(583) P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 429 ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 229; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda»,* in U. DRAETTA – C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, 1994, p. 206 s.

(584) D. VITTORIA, *Profili giuridici del «fondo rischi»*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi*, cit., p. 118 s.

(585) G. FINO, *Sulla natura e sulle funzioni della garanzia sussidiaria prestata dai consorzi fidi*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 127, 130.

(586) Cass., 6 agosto 2014, n. 17731.

dell'esposizione creditizia in quanto tale, bensì delle perdite definitive ed accertate che fossero derivate dall'inadempimento del debitore, nonché di eventuali fideiussori, dopo la sua escussione.

In primo luogo, deve constatarsi come l'orientamento interpretativo attuale sia inequivocabilmente diretto nel senso che debba escludersi sia la natura assicurativa, sia la natura fideiussoria delle polizze caratterizzate dall'automaticità del pagamento da parte del garante, assicurando la medesima funzione cauzionale dei contratti autonomi di garanzia (587). Inoltre, pur ammettendo in ipotesi una funzione assicurativa delle polizze cauzionali, come è stato compiutamente posto in evidenza (588) l'attività dei confidi cozza con una siffatta natura della garanzia *in primis* per le concrete modalità di svolgimento dell'esercizio della prestazione di garanzie collettive. Inoltre, ciò sarebbe desumibile dal fatto che lo scopo dei confidi «*non è tanto quello di eliminare o ridurre il rischio di insolvenza del debitore, rischio al quale vanno incontro le istituzioni creditizie per la restituzione dei finanziamenti concessi alle imprese, ma piuttosto quello di agevolare a queste ultime l'ottenimento di affidamenti creditizi a condizioni più vantaggiose di quanto riuscirebbero a conseguire singolarmente*» (589).

Una simile affermazione, anche nell'attuale prassi operativa degli enti in discorso, appare corretta. Risiede nella definizione stessa dell'attività dei confidi il fatto che la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie sia diretta a favorire il finanziamento degli associati da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario.

Il confidi non assume il rischio giuridico dell'insolvenza del suo associato, ma si limita a promettere a costui di anticipare al finanziatore una somma di denaro, in presenza di circostanze prefissate variabili a seconda della tipologia

(587) Cfr., per tutti, P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 494.

(588) Da G. CABRAS, *Le garanzie collettive*, cit., p. 187.

(589) Da G. CABRAS, *Le garanzie collettive*, cit., p. 187.

di garanzia prestata (590). Il confidi corrisponde al soggetto finanziatore (immediatamente o in seguito all'insuccesso nella preventiva escussione del debitore a seconda della tipologia di garanzia) la somma promessa, rivalendosi successivamente per riottenere la stessa sull'associato o su eventuali controgaranti (591).

Essa, comunque, non presenterà sicuramente una natura fideiussoria qualora presenti una clausola che presenti l'inopponibilità delle eccezioni relative al credito, venendo meno il fondamentale requisito dell'accessorietà.

Peraltro, l'aspetto da ultimo profilato giustificherebbe i timori posti in luce stanti i succitati limiti (592), gravanti sugli intermediari iscritti all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. – tra cui i confidi – nell'esercizio del credito di firma sotto qualsiasi forma. Infatti, l'abbandono della natura reale della garanzia verso una natura personale creerebbe, a primo acchito, un corto circuito all'interno della disciplina, in quanto quella che dovrebbe essere l'attività esclusiva o prevalente dell'ente troverebbe un notevole e quasi insormontabile limite, che priverebbe di senso l'esistenza stessa di tali enti. Senza contare che, potendo essere esercitata entro questi stringenti limiti solo dai confidi maggiori, irragionevolmente i confidi minori non potrebbero prestare garanzie, vanificando totalmente l'esercizio della propria attività.

Effettivamente, racchiudere l'attività dei confidi nella fattispecie della fideiussione, del pegno, del mandato di credito o del contratto di assicurazione non consente di ottenere una visione esaustiva del fenomeno nella sua più piena funzione economico-sociale. Essa è una forma di garanzia personale atipica chiaramente connotata dalla funzione cauzionale, consistente nell'esigenza del creditore-garantito di ottenere un rafforzamento delle

(590) Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 498.

(591) Cfr. G. MOLLE, *Fideiussioni bancarie ed assicurazioni fideiussorie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, I, p. 449.

(592) Da E. OLIVIERI, *L'ambulatorietà*, cit., p. 1393 ss.

possibilità di attuare il proprio credito.

Deve pertanto concludersi che il rinvio operato dall'art. 112 t.u.b. all'art. 106 e, conseguentemente, al citato d.m. Economia e Finanze 53/2015 è frutto di un non troppo attento *drafting* normativo. Sebbene debba ritenersi applicabile anche ai confidi un limite all'attività di concessione dei finanziamenti, questo non può comprendere il rilascio di garanzie ed impegni di firma. Ciò snaturerebbe la natura e il ruolo stesso dei confidi, che nel rilascio delle garanzie in forma imprenditoriale e mutualistica svolge la sua peculiare funzione socio-economica assumendo un sempre più rilevante ruolo quale manifestazione della *sharing economy* nell'attività di esercizio del credito.

5.4. ***Le polizze assicurative connesse ai finanziamenti: le cc.dd.*** **payment protection insurances** ***(PPI)*** **–** Il citato comunicato «*Garanzie integrative per il credito fondiario*» nel chiarire la possibilità di estendere il novero delle garanzie integrative anche a quelle che non sono offerte dal cliente, individua quale ulteriore strumento di tutela aggiuntiva del credito altresì i contratti di assicurazione a garanzia dell'eventuale inadempimento del mutuatario.

Le polizze abbinate ai finanziamenti di banche e altri intermediari finanziari (cc.dd. *payment protection insurances*, *breviter* PPI, note anche come *credit protection insurances*) hanno lo scopo di proteggere il cliente da eventi pregiudizievoli che possano limitare la sua capacità di rimborso del finanziamento (593).

L'assicurazione contro la solvibilità del debitore quale *species* dell'assicurazione contro i danni era già prevista dal codice del commercio del

(593) La tematica è stata puntualmente approfondita da P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, p. 614 ss.; I. RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e "legislazione Monti"*, in *Ass.*, 2012, I, p. 277 ss.; A. CANDIAN, *Assicurazione e garanzia del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 632 ss. Per una impostazione generale sul tema dell'assicurazione del credito v. D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito*, Milano, 2003.

1882, che all'art. 440 disponeva il *beneficium excussionis* nei confronti del debitore e la surrogazione dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato. Tale tipologia di copertura non è stata poi riproposta nel codice civile del 1942. Invero, è stata consueta la previsione dell'obbligo di concludere una polizza assicurativa "scoppio-incendio", a protezione del valore del bene concesso in ipoteca, prevista nella legislazione previgente dall'art. 7 r.d. 472/1910 (594).

La diffusione dei mutui in abbinamento a contratti di assicurazioni, generalmente del ramo vita, si è iniziata a verificare tra gli anni '70 e gli anni '80 del secolo scorso, inizialmente nel Regno Unito con i cc.dd. *endowment mortgages*. Con essi il mutuatario pagava solamente la quota interessi e, contestualmente e al posto della quota relativa al capitale, il premio del contratto di assicurazione, al fine di costituire un capitale tale da consentire il rimborso del prestito alla scadenza o prima della scadenza in caso di morte del debitore. Il premio assumeva così la funzione di sostituire il periodico rimborso della quota capitale e il rimborso del capitale prestato dall'ente creditizio avveniva per mezzo dell'impresa di assicurazione (595).

Diffusesi sempre maggiormente nel mercato del credito – alimentando, così, il fenomeno della c.d. bancassicurazione (596) –, le PPI differiscono dalle garanzie personali del credito (fideiussione, assicurazione cauzionale, contratto autonomo di garanzia etc.) in quanto oggetto dell'assicurazione non è il rischio di insolvenza del debitore, bensì un evento, diverso dall'inadempimento, che può causare l'inadempimento del finanziato, così

(594) Su cui, per tutti, v. C. MOGLIE, *Manuale*, p. 262 ss.

(595) V., in argomento e per la disamina di altre esperienze in paesi comunitari, A. ZUCCHELLA, *L'innovazione finanziaria nel credito immobiliare*, Milano, 1988, p. 59 ss. Con specifico riferimento ai sistemi di *common law* cfr. D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito*, cit., p. 262 ss.

(596) Sul tema della bancassicurazione v. P. CORRIAS, *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 533 ss., nonché in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, cit., I, p. 535 ss.

fornendo una garanzia indiretta del credito (597).

La crescente diffusione ha indotto un Autore a rilevare come il finanziamento ipotecario stia evolvendosi assumendo oramai la forma di finanziamento ipotecario-assicurativo (598).

Senza anticipare le conclusioni in merito alla presente disamina, la tematica assume attuale rilevanza alla luce di alcuni recenti interventi normativi, sia per mezzo di fonti primarie che secondarie, che hanno voluto regolare il diffuso fenomeno per cui le stesse banche finanziatrici offrivano ai clienti finanziati contratti assicurativi a garanzia del credito. Così, la banca assumeva nell'operazione un triplice ruolo: finanziatore, intermediario assicurativo e beneficiario dell'assicurazione. Un simile contegno da parte delle banche era ulteriormente aggravato da un sovraccarico di costi a danno del finanziato-assicurato.

Il tema è stato affrontato inizialmente dall'ISVAP (oggi IVASS), con il regolamento 26 maggio 2010, n. 35, col quale si faceva divieto all'intermediario della polizza di essere beneficiario o vincolatario della stessa. Essendo però mancata la preliminare pubblica consultazione da parte dell'autorità di vigilanza, il provvedimento è stato annullato dalla giurisprudenza amministrativa (599) e successivamente riproposto novellando il regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5 (600), il cui art. 48, rubricato «*Conflitti di interesse*»

(597) Così P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore*, cit., p. 616. A. CANDIAN, *Assicurazione*, cit., p. 633, evidenzia come l'evento che si riferisce alla vita dell'assicurato è indice di una interruzione o disgressione delle risorse patrimoniali su cui costruire una sufficiente garanzia. I. RIVA, *Polizze connesse a mutui*, cit., p. 277, vi ricomprende i contratti di assicurazione a copertura di rischi connessi alla perdita o al deterioramento, o comunque alle variazioni di valore, dell'immobile ipotecato, ovvero quelle a copertura di eventi dannosi che possano investire la persona del debitore, precludendogli la possibilità di adempiere l'obbligo restitutorio.

(598) Ancora, P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore*, cit., p. 639.

(599) Cfr. Tar Lazio, 27 ottobre 2010, nn. 33031, 33033, 33044, 33133.

(600) Col provvedimento ISVAP 6 dicembre 2011, n. 2946.

dispone oggi al comma 1°-*bis* che gli intermediari sono tenuti ad astenersi dall'assumere, direttamente o indirettamente, anche nell'offerta e nella gestione dei contratti di assicurazione, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva.

Inoltre, a livello di fonti primarie, deve innanzitutto registrarsi la novella all'art. 21 cod. cons., il cui comma 3°-*bis* (introdotto dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214) recita che «*È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario*» (601). La norma, naturalmente, sarà applicabile solo nei contratti conclusi da un consumatore, intendendosi per tale, come è noto, la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale da questa svolta [cfr. art. 18, comma 1°, lett. *a*), cod. cons].

Viene così sanzionata (602) la condotta impositiva di una banca, che, per integrare la fattispecie in analisi, deve però necessariamente essere il soggetto fornitore della medesima polizza. La banca, però, può dunque obbligare la conclusione di un contratto di assicurazione qualora questo sia fornito da un soggetto terzo.

Non rileva, per il momento, il fatto che la banca sia beneficiaria dell'assicurazione.

---

(601) Sulle pratiche commerciali scorrette, in generale, cfr. C. CHESSA, *Le modifiche al codice del consumo introdotte dalla nuova disciplina in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, attuativo della direttiva 2005/29/CE)*, in *Riv. giur. sarda*, 2007, p. 925 ss.

(602) Discussa è la sorte del contratto concluso in seguito ad una pratica commerciale scorrette. Per una panoramica sulle diverse opinioni cfr. I. RIVA, *Polizze connesse a mutui*, cit., p. 287 s., ove ampi riferimenti bibliografici.

Successivamente, è intervenuto l'art. 28 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27 recante «*Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture*», il quale tenendo ferme le previsioni di cui all'art. 183 cod. ass. sugli obblighi comportamentali delle imprese di assicurazione nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti e ai relativi regolamenti ISVAP, dispone che le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo (603).

In attuazione del comma 2° dell'anzidetta norma, l'ISVAP ha emanato il regolamento 3 maggio 2012, n. 40, con il quale ha definito i contenuti minimi del contratto di assicurazione di cui sopra (604).

---

(603) Specificamente sui contratti di assicurazione sulla vita abbinati ai finanziamenti immobiliari cfr. G. MARTINA, *Il contratto di assicurazione sulla vita finalizzato all'erogazione di un mutuo immobiliare tra misure legislative urgenti, regolamentazione dell'Autorità di vertice del settore assicurativo e prospettive* de jure condendo, in *Dir. banca merc. fin.*, 2015, p. 295 ss.; D. PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *Contr.*, 2013, p. 943 ss.; A. FRIGNANI – D. PASCHETTA, *Le polizze vita abbinate ai mutui immobiliari e al credito al consumo (il provv. ISVAP n. 2946 del 6 febbraio 2011 e l'art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Dir. fisc. ass.*, 2012, p. 413 ss.; I. RIVA, *Polizze connesse a mutui*, cit., p. 277 ss., secondo cui (p. 289) l'esclusione delle polizze danni dall'ambito della disciplina è di non facile comprensione.

(604) Su cui v. G. MARTINA, *Il contratto di assicurazione sulla vita*, cit., p. 302 ss.; A. FRIGNANI – D. PASCHETTA, *Le polizze vita abbinate ai mutui immobiliari*, cit., p. 428 s. Nei settori bancario, finanziario ed assicurativo – così come in altri rilevanti settori dell'economia – il contratto parrebbe essere diventato strumento di regolazione pubblicistica del mercato in mano alle autorità pubbliche di regolazione (cfr. C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronimia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1369). La legislazione speciale degli ultimi venti anni, di matrice comunitaria e con obiettivi di

regolazione di mercato, ha introdotto nel sistema nuove fonti *extra ordinem* scaturenti da atti di produzione delle autorità di vigilanza, di carattere regolamentare. Alle autorità indipendenti è riconosciuto un potere normativo pregnante e vastissimo, che pone *in primis* l'interrogativo sulla legittimità costituzionale dell'attribuzione di tale potere. Questa attribuzione è conferita alle *authorities* da una legge ordinaria nel rispetto o in attuazione dei principî della Costituzione ed entro i limiti delle materie di competenza statale *ex* art. 117, comma 6°, Cost., venendo a determinare quel c.d. "policentrismo normativo" che nella legislazione italiana trova le sue ragioni nella razionalizzazione della distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti altrettanto pubblici (v. Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, parere n. 11603 del 2005, spec. § 6.2, in *Foro amm. CDS*, 2005, p. 528 ss., spec. 534). La legittimità del potere normativo delle autorità passa anche attraverso il coinvolgimento di coloro che sono ad esse assoggettati: deve essere garantito il diritto al contradditorio procedimentale in tema di atti di regolazione, sottoponendo ai destinatari il provvedimento – nella fase della sua formazione - per assicurare «*l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere*» (Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 281 ss., con nota di I. PIAZZA, *Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*). Tale modello di regolazione è ormai assurto a regola generale nel settore *latu sensu* finanziario, ove i regolamenti vanno ad integrare un vasto *corpus* legislativo di matrice anche – *rectius* soprattutto – comunitaria. Così, in ambito bancario, tali poteri normativi sono attribuiti alla Banca d'Italia, nel settore dei mercati finanziari prevalentemente alla Consob e in materia assicurativa all'Ivass. Inoltre, i regolamenti delle autorità di vigilanza debbono sempre rispondere al principio di legalità. I regolamenti che costituiscono diretto sviluppo della normativa primaria (c.d. esecutivi o di integrazione-attuazione) non possono porsi in contrasto con la norma da cui dipendono; più dibattuta invece è la legittimità di tutti quei regolamenti il cui potere di emanazione è attribuito alle autorità indipendenti con un mero riferimento o alla materia oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità di carattere generale. Se L. CARLASSARRE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 614 ha espresso più di qualche perplessità in proposito, la dottrina maggioritaria [L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 351 s.; G. MORBIDELLI, *I regolamenti dell'ISVAP*, in S. AMOROSINO – L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Milano, 2006, p. , 44 S.; P. CORRIAS, I*n tema di prodotti finanziari delle imprese di assicurazione e di trasparenza nel settore assicurativo alla luce dei regolamenti di attuazione dell'ISVAP*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 999] ritiene che nei regolamenti c.d. autonomi non vi sia alcuna deroga al principio di legalità, in quanto – nonostante l'ampia discrezionalità di cui dispongono le autorità – non possono porsi in contrasto con le norme che esprimono i principî sovrastanti, tanto da poter parlare di « indipendenza relativa » (così G. MORBIDELLI, *op. loc. cit.*, 45). Il considerevole potere normativo secondario riservato alle autorità si riverbera fortemente sul contenuto dei contratti dei diversi settori soggetti alla loro vigilanza. Infatti, le regole dettate dalle *authorities* ai soggetti vigilati determinano un adeguamento del contratto a dette prescrizioni, aventi carattere cogente e per tale motivo non derogabili. Sull'argomento sia consentito un rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Il potere di incisione* ab extra *delle Autorità di vigilanza del mercato sulle condizioni contrattuali alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giustizia civile.com*, 2014.

Da ultimo, il nuovo art. 120-*octiesdecies*, comma 2°, t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori (v. *infra*, § 8.1 del presente capitolo) estende anche a tali contratti di finanziamento le suddette disposizioni normative primarie.

Dal coordinamento delle varie disposizioni, si evince dunque – per quel che specificamente riguarda i contratti di credito fondiario – che qualora questi siano destinati nei confronti di un consumatore, la banca in nessun caso potrà obbligare il cliente a sottoscrivere con essa una polizza assicurativa di qualunque genere, in quanto configurerebbe una pratica commerciale scorretta. Qualora, specificamente, si tratti di una assicurazione sulla vita, l'ente creditizio dovrà sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alla stessa banca. Conseguentemente, nel rispetto del regolamento ISVAP 5/2006, la banca – non essendo la fornitrice della copertura assicurativa – potrà essere la beneficiaria della polizza.

Nel caso in cui, invece, il finanziamento fondiario sia destinato ad un soggetto diverso da un consumatore, per le assicurazioni obbligatorie non s'applicherà la disposizione di cui all'art. 21, comma 3°-*bis*, cod. cons., ma esclusivamente – nel caso in cui si tratti di un'assicurazione vita – la previsione di cui all'art. 28 l. 27/2012. Per cui, la banca potrà pure collocare un proprio prodotto, ma in tal caso non potrà esserne la beneficiaria.

In tutti i casi, se la conclusione della polizza fosse facoltativa, la banca potrà fornire il prodotto assicurativo, ma non potrà mai esserne beneficiaria stante il divieto di cumulo disposto dal regolamento ISVAP 5/2006.

È stato però rilevato che il divieto di cumulo opera solamente laddove la banca ottenga un compenso – diretto o indiretto – dall'attività di intermediazione, per cui la circostanza che la banca risulti beneficiaria della polizza PPI sarebbe compatibile in assenza di un vantaggio economico per la

banca (605).

Inoltre, la sottoposizione del doppio preventivo potrebbe condurre a elusioni della *ratio* sottesa all'istituto, laddove si ritenesse che oltre a questi potesse presentarne anche altri riferibili a se stessa o a imprese dello stesso gruppo, sfruttando un chiaro vantaggio persuasivo (606).

Di stretta attinenza al credito fondiario è, inoltre, la previsione di cui all'art. 49 regolamento ISVAP 35/2010 sulla sorte del contratto di assicurazione in caso di estinzione anticipata o trasferimento del contratto di finanziamento: in caso di corresponsione di un premio unico, l'impresa di assicurazione dovrà restituire al cliente la parte di premio relativa al periodo residuo alla scadenza.

Ad essa è susseguito l'art. 22 l. 17 dicembre 2012, n. 221, il quale, ai commi da 15°-*quater* a 15°-*septies*, conferma che il premio assicurativo deve considerarsi come parte integrante dei costi del finanziamento, sicché grava sull'impresa di assicurazione l'obbligo di restituzione della parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria.

Tuttavia, le imprese possono trattenere dall'importo dovuto le spese amministrative sostenute per l'emissione del contratto e per il rimborso del premio, a condizione che le stesse fossero note al momento della conclusione del contratto. Tali spese non devono essere tali da costituire un limite alla portabilità dei contratti di finanziamento ovvero un onere ingiustificato in caso di rimborso.

Alternativamente al rimborso, la norma prevede che le imprese di assicurazione, in caso di portabilità del contratto di finanziamento e su richiesta del debitore assicurato, forniscano la copertura assicurativa fino alla scadenza contrattuale a favore del nuovo beneficiario designato.

La disciplina in analisi si applica a tutti i contratti di assicurazione, compresi

(605) Così I. RIVA, *Polizze connesse a mutui*, cit., p. 284.

(606) Cfr. I. RIVA, *Polizze connesse a mutui*, cit., p. 291, la quale esclude una simile possibilità, cui *adde*, nello stesso senso, P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore*, cit., p. 633.

quelli commercializzati precedentemente alla data di entrata in vigore della legge.

Nella prassi contrattuale è diffusa la clausola che prevede un termine perentorio di trenta giorni per la richiesta di cessazione dell'assicurazione in caso di estinzione anticipata del finanziamento. Con argomentazioni precise e condivisibili, la giurisprudenza arbitrale ha rilevato come una siffatta clausola sia da considerarsi vessatoria *ex* art. 1341, comma 2°, c.c. e, se il cliente è un consumatore, abusiva *ex* art. 33 cod. cons. Inoltre, la fissazione di un così breve termine di decadenza rende effettivamente eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di recesso. In ragione di ciò, la clausola è da ritenersi comunque nulla *ex* art. 2965 c.c., data la complessità dell'operazione in cui s'inserisce il contratto di assicurazione, in prospettiva di evidente accessorietà rispetto al finanziamento (607).

Nonostante le esposte criticità, i meccanismi assicurativi in analisi vanno via via assumendo una sempre più centrale utilità nel credito immobiliare, rappresentando un efficace strumento di garanzia per il soggetto finanziato. I punti d'ombra della disciplina sono ancora tanti e riguardano sia il pericolo di condotte scorrette e grette da parte degli enti creditizi, sia le lacune della disciplina nei confronti delle assicurazioni danni.

S'è continuamente posto in luce, nel corso dell'analisi dell'istituto del credito fondiario, che l'erogazione di un finanziamento non dipende esclusivamente dalla valutazione dell'immobile oggetto della garanzia ipotecaria, ma anche da una istruttoria circa la situazione reddituale del cliente, al fine di valutare la sostenibilità economica del finanziamento da parte di costui.

Se, anche a seguito dell'abrogazione del regolamento sul credito fondiario (r.d. 472/1910), la conclusione di una polizza assicurativa contro i rischi

(607) Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Napoli, 9 dicembre 2010, n. 1452. Cfr. altresì le decisioni del medesimo Collegio 18 ottobre 2011, n. 2199; 2 febbraio 2012, n. 347; 5 dicembre 2012, n. 4122.

dell'incendio continua a sussistere come regola consuetudinaria, finalizzata a proteggere il bene immobile concesso in garanzia, appare del tutto ragionevole – se non auspicabile – la copertura dell'altro elemento di valutazione del rischio economico del finanziamento (608). Proprio la rilevata trasformazione, nella prassi, del credito fondiario in un credito ipotecario-assicurativo comporta che, in assenza di un'assicurazione del debitore a garanzia del finanziamento, a costui venga negato l'accesso al credito. Soluzione paternalistiche atte a contrastare principalmente il problema dei conflitti di interesse delle banche rischiano così di finire per risolversi in un danno per l'aspirante finanziato.

6. *L'estinzione anticipata del rapporto contrattuale di finanziamento* – L'art. 40 t.u.b. disciplina la facoltà di estinzione anticipata e della risoluzione nel credito fondiario.

Il comma 1° della norma, nella formulazione introdotta dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, prevede che «*I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni*».

La norma deroga all'art. 1816 c.c., secondo cui il termine per la restituzione del mutuo oneroso si presume a favore di entrambe le parti.

Il CICR, con deliberazione 9 febbraio 2000, ha disciplinato i criteri che le banche devono seguire nella determinazione del compenso da corrispondersi da parte del cliente, con l'indicazione di tutti gli oneri posti a suo carico.

La norma, di indubbio vantaggio per il debitore, che può ridurre o eliminare la sua esposizione in virtù delle sue sopravvenute esigenze (609), legittima il

(608) Cfr., in tal senso, P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore*, cit., p. 639.

(609) M. SEPE, *Commento* sub *art. 40 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 463.

compenso e tende, in astratto, ad uniformare il comportamento delle banche nella quantificazione del compenso, sebbene il rinvio alla contrattazione delle parti operato dall'art. 40, comma 1°, t.u.b. e il fatto che la deliberazione CICR fissi criteri unicamente finalizzati alla facile conoscibilità e valutabilità dell'onere economico da parte del cliente inducano a ritenere che il fondamento delle predette commissioni debba rinvenirsi al di fuori delle norme sul credito fondiario (610) e più precisamente nella disciplina codicistica della multa penitenziale *ex* art. 1373, comma 3°, c.c. (611), per la sua natura indennitaria (anziché sanzionatoria come la clausola penale).

Le banche, inoltre, normalmente limitano per brevi periodi, la facoltà di estinguere anticipatamente il finanziamento (612).

L'implicito invito all'uniformità della disciplina in caso di estinzione anticipata non è stato recepito dalle banche e ciò ha indotto il legislatore a introdurre l'art. 120-*ter* t.u.b. in materia di estinzione anticipata dei mutui immobiliari, applicabile anche ai contratti di credito fondiario (613). Dobbiamo perciò ritenere che la norma in analisi abbia abrogato per incompatibilità la

(610) Cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 188.

(611) Così M. SEPE, *Commento* sub *art. 40 t.u.b.*, cit., p. 466. V. anche G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 94 e P.L. FAUSTI, *Questioni in tema di scioglimento unilaterale del contratto di mutuo bancario*, in *Not.*, 2001, p. 74, i quali parlano di un'indennità compensativa, in quanto l'estinzione anticipata produce un'alterazione dell'equilibrio finanziario della banca, che deve essere in qualche modo compensato. F. FIORUCCI, *I finanziamenti di credito fondiario*, cit., p. 123, ritiene che il compenso – al di là della sua qualificazione giuridica – sia riducibile giudizialmente allorché risulti eccessivo.

(612) V., ancora, C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 188. *Contra*, G. FALCONE, *La disciplina dello scioglimento del contratto di credito fondiario*, in *Dir. fall.*, 2000, p. 1073; G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 87.

(613) M. SEPE, *Commento* sub *art. 40 t.u.b.*, cit., p. 463; *contra* G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, in *Commentario* Costa, cit., p. 1389 ss., il quale ritiene che la disciplina del credito fondiario sia speciale rispetto alla disciplina in analisi e, pertanto, non sia derogata per effetto della disciplina successiva *ex* art. 15 preleggi c.c.

norma precedente nella parte in cui prevede l'applicabilità del compenso (614). L'art. 40, comma 1°, t.u.b. rimarrebbe perciò valido nell'attribuire al finanziato l'inderogabile diritto all'anticipata estinzione (615).

La norma, introdotta col d.l. 7/2007 (616), è anch'essa frutto di un disegno liberale che, con l'art. 120-*quater* t.u.b. (617), finisce per costruire un quadro che non si limita al mero riequilibro sinallagmatico, ma consente di agevolare la rotazione degli impieghi migliorando «*la fluidità di questo comparto del mercato dei finanziamenti*» (618).

Rispetto al dettato dell'art. 40, comma 1°, t.u.b., l'elemento di innovazione risiede nel fatto che, inderogabilmente, è nulla qualsivoglia pattuizione, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei contratti di mutuo conclusi per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche (619).

Siffatta nullità, nell'ottica di tutelare il cliente, non determina la nullità dell'intero contratto (c.d. nullità di protezione, da leggere in combinato disposto con l'art. 127 t.u.b.).

---

(614) In tal senso v. anche F. FIORUCCI, *Le novità*, cit., p. 684, il quale ritiene che una tesi contraria a ciò contrasterebbe con la ratio di rimuovere gli ostacoli all'uscita dei mutui e sarebbe esposta a un sindacato di legittimità costituzionale.

(615) L'inderogabilità della norma consentirebbe inoltre di disapplicare l'art. 65 l. fall. nel caso di esercizio del diritto: così Cass., 18 luglio 2008, n. 19978.

(616) Per una ricostruzione del travagliato *iter* normativo cfr. V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 1772 s.

(617) Anche la surrogazione di cui all'art. 120-*quater* t.u.b. è considerata una forma di estinzione anticipata, che, in deroga all'art. 40, comma 1°, t.u.b., esclude qualsivoglia compenso a favore dell'ente erogante: così G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-quater *t.u.b.*, cit., p. 1408.

(618) V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1771.

(619) Cfr. A.A. DOLMETTA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 524 ss.

La portata soggettiva e oggettiva della norma è stata oggetto di fervido dibattito. Sotto il primo profilo, sebbene sia stato detto che debba fornirsi una lettura estensiva della norma (620), deve ritenersi invece che l'ambito di applicazione sia ristretto alle sole persone fisiche, stante il richiamo alla destinazione ad uso abitativo dell'immobile ovvero «*allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche*» (621).

Sotto il profilo oggettivo, invece, appare coerente l'impostazione secondo cui il termine «*mutuo*» sia adottato in senso atecnico, quale sinonimo di finanziamento, così che – analogamente all'art. 38 t.u.b. – debbano ritenersi ricompresi tutti i contratti di finanziamento (622). Questo deve comunque essere finalizzato all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari, ricomprendendo non solo ipotesi aventi ad oggetto il diritto di proprietà, ma qualsivoglia diritto reale e diretti alla loro costituzione, conservazione, a opere di ristrutturazione o di miglioramento (623).

L'art. 40, comma 2°, t.u.b., invece, prevede che la banca possa invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce

---

(620) V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1775.

(621) In tal senso, v. G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1387, e implicitamente anche A.A. DOLMETTA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata»*, cit., p. 550, i quali addirittura ascrivono carattere necessario all'uso diretto e personale del bene, tanto da ricondurlo alla nozione di «*prima casa*». P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione*, cit., p. 13 s., preferisce invece parlare di un allargamento del concetto di consumatore.

(622) Così V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1776; A.A. DOLMETTA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata»*, cit., p. 543. *Contra*, v. G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1385 ss., nonché in *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40 del 2007 (cd «decreto Bersani-bis»)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 727; G. PETRELLI, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche. Novità nel decreto legge Bersani*-bis, in *Not.*, 2007, p. 110; P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione*, cit., p. 6 ss.

(623) V. LEMMA, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1775; F. FIORUCCI, *Le novità*, cit., p. 683; G. FALCONE, *Commento* sub *art. 120*-ter *t.u.b.*, cit., p. 1386.

ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

Con tale norma, il legislatore ha certamente voluto individuare tre diverse fattispecie (624). In generale, deve ravvisarsi che, a tutela del finanziatore, è prevista la sanzione della possibile risoluzione anche nel caso di "ritardo nell'adempimento" (c.d. inadempimento relativo).

Con la prima fattispecie individuata, la norma introduce un periodo di tolleranza (ritardo inferiore a trenta giorni) in cui il ritardo non può in alcun caso determinare la risoluzione del contratto (625).

La seconda fattispecie, individua invece il ritardo endemico, che può attivare la facoltà prescritta dalla norma. Il pagamento deve intendersi ritardato, e facoltizzante la banca a chiedere la risoluzione del contratto, qualora il versamento venga effettuato tra il trentesimo ed il centottantesimo giorno. Il ritardo del debitore, tuttavia, può essere invocato per la risoluzione soltanto se ripetuto per almeno sette volte anche non consecutive.

L'ultima fattispecie, desumibile implicitamente, elimina *de facto* la distinzione tra il ritardato ed il mancato pagamento, consentendo di invocare la risoluzione a decorrere dal centottantunesimo giorno di ritardo, anche relativo ad una sola rata.

Ciò, pertanto, sia in deroga all'art. 1819 c.c., che, s'è ritenuto, degli artt. 1820 e 1453 s. c.c. (626), con la conseguenza che la regola generale sulla decadenza del beneficio del termine sarebbe consentita solo in caso di insolvenza o diminuzione della garanzia, cioè fuori dai casi di cui all'art. 40, comma 2°, t.u.b. (627).

---

(624) M. SEPE, *Commento* sub *art. 40 t.u.b.*, cit., p. 474 s.

(625) S. BONFATTI, *La nuova disciplina*, cit., p. 1015, parla di diritto all'elasticità dell'adempimento.

(626) M. PIGA, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 45.

(627) Così C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 218.

Una giurisprudenza di merito ha rilevato che la norme sembra avere portata innovativa e derogatoria anche rispetto alla regola generale indicata dal codice civile per i mutui sulla decadenza dal beneficio del termine, nel senso che tale decadenza potrà essere legittimamente invocata, sia con il richiamo alla disposizione di legge contenuta nell'art. 1819 c.c., sia con riferimento ad una eventuale specifica pattuizione di contratto, solo nel caso di inadempimento protratto oltre i termini indicati nella disposizione di legge speciale (628).

Altra curia, nell'escludere che l'art. 40, comma 2°, t.u.b. disciplini anche la decadenza del termine, ha ravvisato che la norma *de quo* non preclude alla banca di dichiarare la decadenza dal beneficio del termine *ex* art. 1186 c.c. a fronte del mancato pagamento anche di una sola rata, in presenza di una apposita pattuizione in tal senso (629), ciò in considerazione della distinzione dell'istituto da quello della risoluzione.

Tale tesi è stata criticata dalla dottrina (630), sia perché una siffatta clausola sarebbe nulla per frode alla legge in quanto consentirebbe alla banca di realizzare, seppur indirettamente, un risultato che la stessa legge ha inteso vietare, sia perché può operare esclusivamente negli stretti limiti dell'art. 1186 c.c., per cui non può instaurarsi un automatismo tra inadempimento e insolvenza.

Infatti, a tal uopo rileva esclusivamente l'inadempimento che sia sintomo di una compromessa situazione patrimoniale del debitore. Perciò, l'autonomia delle parti non può ampliare la sfera legale della decadenza del beneficio del

(628) Trib. Salerno, 4 febbraio 2011.

(629) Trib. Napoli, 17 luglio 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 575 ss., con nota di C. FRIGENI, *Mancato pagamento delle rate nel mutuo fondiario e rimedi a disposizione della banca: tra risoluzione del contratto e decadenza dal beneficio del termine*.

(630) C. FRIGENI, *Mancato pagamento*, cit. p. 590 ss.

termine (631). Una pattuizione riguardante la decadenza dal beneficio del termine per il caso di inadempimento del finanziato è legittima solo nella misura in cui ripeta la generale disposizione dell'art. 1186 c.c. (632).

A nostro avviso, la norma riempirebbe inoltre di significato l'art. 1455 c.c., in quanto nel caso dei ritardi indicati dall'art. 40, comma 2°, t.u.b., l'inadempimento non avrebbe scarsa importanza tenuto conto dell'interesse della banca.

Le banche, perciò, possono anche inserire nei contratti una clausola risolutiva espressa con cui fin dalla conclusione del contratto si conviene l'operatività della risoluzione del contratto nel caso del verificarsi del ritardato pagamento.

Non pare creare problemi nemmeno la possibilità di rinunciare all'attivazione della clausola risolutiva espressa, atteso che oggi – rispetto alla disciplina *ante* t.u.b. (art. 39 t.u. 1905) – la risoluzione per inadempimento non opera più *ex lege*. È però innegabile che le parti non possano derogare alla norma prevedendo la risoluzione del contratto allorquando la parte finanziata non abbia provveduto all'integrale pagamento anche di una sola rata. Una siffatta clausola sarebbe nulla (633).

Atteso che anche nella previgente disciplina autorevole dottrina aveva concluso che non fosse conveniente per l'istituto di credito impedire al mutuatario la possibilità di sanare l'inadempimento, né sotto il profilo sociale, né tantomeno sotto il profilo amministrativo e utilitaristico del creditore (634), nell'attuale quadro normativo l'ammissibilità dell'adempimento tardivo che

---

(631) Così, *inter alios*, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 136 ss. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato* Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 516 s.; *contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1990, p. 223 s.

(632) Così C. FRIGENI, *Mancato pagamento*, cit. p. 592.

(633) Trib. Salerno, 4 febbraio 2011, cit.

(634) C. MOGLIE, *Clausola risolutiva espressa e precetto di pagamento nelle esecuzioni per credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, I, p.608 s.

faccia venire meno la risoluzione non è più dubitabile, sia per in termini generali (635), che specificamente in tema di garanzia, in quanto lo spunto offerto dall'art.. 2881 c.c. (636) – per cui la reviviscenza del contratto estinto determinerebbe altresì la risurrezione della garanzia – è estendibile a tutte le altre forme di garanzia (637).

Qualora venga esercitata la facoltà di risolvere il contratto, il cliente inadempiente dovrà provvedere all'immediata restituzione dell'intera somma ricevuta, essendo venuto meno il meccanismo di rateizzazione previsto nel contratto ormai risolto. Ne consegue che alla banca compete il diritto di ricevere, oltre all'importo integrale delle semestralità già scadute, la sola quota di capitale residuo e non anche gli interessi conglobati nelle semestralità a scadere (638).

Per i contratti di credito fondiario ai consumatori cui è applicabile la nuova disciplina di cui agli artt. 120-*quinquies* ss. t.u.b. (cfr. *infra*, § 8 del presente capitolo), la disciplina di cui all'art. 40, comma 2°, t.u.b. dovrà essere raffrontata con quanto previsto dal nuovo art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. in tema di inadempimento del consumatore. Fin d'ora può anticiparsi che le due

---

(635) Sulla rinunzia all'effetto risolutivo cfr., recentemente, Cass., 10 marzo 2011, n. 5734; Cass., 24 novembre 2010, n. 23824; Cass., 1 agosto 2007, n. 16993.

(636) V. Cass., 2 novembre 2000, n. 14337.

(637) Cfr. M. FRAGALI, *Fideiussione-Mandato di credito*, in *Commentario* Scialoja, Bologna-Roma, 1968, p. 508 ss.; A. MAZZONI, *Lettere di* patronage*, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, II, p. 365. V., però, Cass. 15 novembre 2004, n. 21585, secondo cui in tutte le ipotesi di reviviscenza dell'obbligazione principale per sopravvenuta caducazione di una sua causa estintiva, rivivono, con l'originale obbligazione, anche le relative garanzie se prestate dal debitore principale, mentre, per ciò che concerne le garanzie prestate da terzi, quale la garanzia fideiussoria ordinaria, il fenomeno della reviviscenza va senz'altro escluso, non potendosi all'occorrenza invocare il disposto dell'art. 2881 c.c., dettato, in via eccezionale, per la sola ipoteca. In senso conforme anche Cass., 20 dicembre 2002, n. 18156. Il perfezionamento della reviviscenza può avvenire anche solo *per facta concludentia*: cfr. Cass., 29 dicembre 1969, n. 4052; Cass., 31 maggio 1979, n. 3135.

(638) Così Cass., SS.UU., 19 maggio 2008, n. 12639, in *Dir. giust.*, 2008, p. 610 ss., con nota di A. FAVAROLO, *Condizione o clausola risolutiva nell'ipotesi di inadempimento del mutuo fondiario: le sezioni unite compongono il contrasto*.

discipline non si sovrappongono, ma mantengono ciascuna un proprio ambito di applicazione. L'inadempimento di cui all'art. 40, comma 2°, t.u.b., infatti, rileva esclusivamente ai fini della risoluzione del contratto, mentre l'inadempimento di cui alla seconda norma, consistente nel «*mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili*» e specificamente che «*non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2*», permette un'estinzione anticipata del contratto di finanziamento attraverso il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene.

7. *Il procedimento di espropriazione* – La norma di chiusura della disciplina sul credito fondiario è relativa a quelli che forse sono i più rilevanti privilegi che connotano siffatto credito speciale e che hanno da sempre creato le principali resistenze: stiamo parlando delle norme relative al trattamento riservato al credito fondiario nell'ambito sia del procedimento esecutivo individuale, sia del fallimento e delle altre procedure concorsuali.

Innanzitutto, «*nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo*» (comma 1°).

La norma in analisi costituisce una deroga all'art. 479 c.p.c. e, specificamente, all'obbligo di notificazione del titolo esecutivo, sostituendo il requisito soggettivo previsto nella precedente disciplina dall'art. 43, comma 1°, t.u. 1905 («*procedimento di espropriazione iniziato dagli Istituti di credito fondiario*») con un requisito oggettivo («*procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari*») (639).

Ciò, però, non esclude il diritto del debitore a ricevere la notificazione degli

(639) Così Corte cost. (ord.), 6 marzo 2006, n. 95

atti preliminari all'esecuzione (640).

Il comma 2° tratta dell'azione esecutiva individuale nel fallimento. In deroga a quanto disposto dall'art. 51 l. fall., l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione e la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento (641).

Questo privilegio processuale non può tradursi in una violazione – sul piano sostanziale – della *par condicio creditorum*, dal momento che l'eccedenza nel ricavato della vendita viene attribuita al fallimento e non altera il principio di universalità della procedura fallimentare (642).

In caso di cessione di crediti diversa dalla fattispecie delineata dall'art. 58 t.u.b. (643), il cessionario non può godere dei privilegi in analisi, in quanto è stato ritenuto che la *ratio* sottesa alle norme sul procedimento di espropriazione sia quella di tutelare il creditore-banca in quanto tale. Perciò, in tal caso, il cessionario non può iniziare né proseguire l'azione esecutiva dopo la

(640) Cfr. Cass., 3 giugno 1996, n. 5081, in *Fall.*, 1997, p. 49 ss. Per una disamina delle principali problematiche sottese all'argomento cfr. C.M. TARDIVO. *Il credito fondiario*, cit., p. 227. M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 495, ritiene che la norma non escluda la notifica del titolo contrattuale insieme al precetto. Si veda però Cass., 25 agosto 2006, n. 18513, che esclude anche la necessità di notificazione del solo precetto.

(641) V. Cass., 30 marzo 2015, n. 6377; Cass., 28 maggio 2008, n. 13996.

(642) Cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 470; G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 148; G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 129; Trib. Monza, 13 aprile 2015; Cass., 28 maggio 2008, n. 13996, cit.; Cass., 15 gennaio 1998, n. 314, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1934 ss., con nota (senza titolo) di F. MACARIO; Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, cit.

(643) Sulla trasmissibilità dei privilegi in seguito a cessione effettuata ai sensi dell'art. 58 t.u.b., ma solo per i crediti sorti successivi all'emanazione del t.u.b. Trib. Bari (ord.), 12 gennaio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 685 s., con nota di G. TARZIA, *Cessione di credito fondiario e «privilegi processuali»*. Per la trasmissione dei privilegi di cui al t.u. 1905 anche dei crediti sorti prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina v. Trib. Napoli, 25 maggio 2011.

dichiarazione di fallimento del debitore (644).

Discusso è, invece, se, una volta che la banca inizia o prosegua l'azione esecutiva individuale nonostante il fallimento del debitore, essa debba o meno insinuarsi al passivo del fallimento per percepire il *quantum* spettantegli o trattenere quanto assegnatole dall'espropriazione immobiliare.

La tesi affermativa appare preferibile, anche alla luce del novellato art. 52 l. fall, in quanto è da escludersi che le eccezionali disposizioni previste dalla disciplina sul credito fondiario – concernenti la sola fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo – possano condurre ad una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare. L'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore nei limiti del proprio credito è provvisoria (645), essendo la banca, in ogni caso, onerata all'insinuazione al passivo del fallimento in modo tale da consentire la graduazione dei crediti cui è finalizzata la procedura concorsuale. La mancata insinuazione al passivo fallimentare rende inefficace il privilegio fondiario sancito dall'art. 41, comma 2°, t.u.b. (646).

Stante la formulazione della norma, si ritiene che l'azione esecutiva non sia

---

(644) Così Trib. Napoli, 3 marzo 2009, in *Riv. dott. comm.*, 2009, p. 843 (s.m.).

(645) Cfr., sul punto, anche Cass., 26 agosto 2014, n. 18227.

(646) S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali*, cit., p. 1019, nt. 21; G. BOZZA, *Credito fondiario*, cit., p. 178 s.; C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 257 s.; Cass., 30 marzo 2015, n. 6377; Cass., 9 luglio 2014, n. 15606; Cass., 28 maggio 2008, n. 13996, cit.; Cass., 14 maggio 2007, n. 11014; Cass. 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Fall.*, 2005, p. 1143 ss. con nota di A. PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*; Cass., 28 maggio 1998, n. 5267, in *Fall.*, 1999, p. 517 ss., con osservazioni di V. CANTELE, *Esecuzione di credito fondiario in pendenza del fallimento del mutuatario*; Cass., 15 gennaio 1998, n. 314, cit. *Contra*, R. ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 386 s.; A. SALETTI, *L'espropriazione*, cit., p. 1001 s.; V. CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione singolare*, in *Fall.*, 1996, p. 1145 s.; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10017, in *Fall.*, 1999, p. 1072 s., con nota di M. TERENGHI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*; Trib. Ivrea (ord.), 10 maggio 1995, in *Fall.*, 1996, p. 183 ss., con nota di D. COLOMBINI, *Tutela del credito fondiario nel fallimento*; Trib. Ovieto, 7 maggio 1992, in *Fall.*, 1993, p. 98, con nota di V. BENEDETTI, *Collocazione delle spese del procedimento esecutivo del credito fondiario*; Cass., 20 novembre 1982, n. 6254, in *Foro it.*, 1983, I, c. 350 s.

esperibile in caso di concordato preventivo (647), mentre è ammessa in caso di liquidazione coatta amministrativa (648). Devono inoltre ravvisarsi dei dubbi sui rapporti tra la procedura del c.d. piano del consumatore (art. 8 l. 27 gennaio 2012, n. 3, recante «*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*») e l'azione esecutiva fondiaria di cui all'art. 41 t.u.b.: l'art. 10, comma 2°, lett. *c*), l. 3/2012, così come l'art. 51 l. fall., vieta le azioni esecutive nelle more dell'omologazione del piano. Lo spiraglio alla compatibilità lasciato dall'art. 12-*bis*, comma 2°, l. 3/2012, secondo cui «*Quando, nelle more della convocazione dei creditori, la prosecuzione di specifici procedimenti di esecuzione forzata potrebbe pregiudicare la fattibilità del piano, il giudice, con lo stesso decreto, può disporre la sospensione degli stessi sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo*» pare rivelarsi insufficiente ai fini della nostra indagine, in quanto è riferito unicamente al caso in cui ci si trovi nelle more della convocazione dei creditori. Deve quindi ritenersi che per il piano del consumatore valgano le analoghe considerazioni

(647) Così G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 149; A. SALETTI, *L'espropriazione*, cit., p. 1001 s.; dello stesso A., *Espropriazioni per i crediti speciali e fallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 651 s.; G. BOZZA, *Il credito fondiario*, p. 154 ss., il quale sottolinea, in un passaggio che merita essere riportato per intero, che «*Solo in una procedura a carattere liquidatorio come il fallimento (e la liquidazione coatta amministrativa) è configurabile una deroga al divieto delle azioni esecutive in favore di quei creditori che il legislatore, per motivi vari, ha ritenuto di dover privilegiare, permettendo loro una più rapida riscossione dei loro crediti rispetto ai tempi dell'esecuzione collettiva. In una procedura come l'amministrazione controllata, la conservazione del patrimonio del debitore, col blocco generalizzato di tutte le azioni esecutive, è essenziale e connaturato alla procedura stessa nel tentativo di consentire all'impresa la ripresa della sua attività dinamica; nel concordato preventivo con garanzia la tutela dei creditori è assicurata dalla garanzia fornita e dal pagamento immediato dei creditori con preferenza. Nel concordato con cessione dei beni – che ha carattere liquidatorio, ma in forme diverse dalla liquidazione dell'attivo di cui agli artt. 104 e segg. L.F. – si instaura un equilibrio tra i beni del debitore e crediti che verrebbe inevitabilmente rotto dalla possibilità per un creditore di soddisfarsi direttamente*». Sotto il regime previgente, cfr. Cass., 19 marzo 1998, n. 2922; Cass., 7 novembre 1991, n. 11879, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1279 ss., con nota di A. DIDONE, *Esecuzione per la riscossione del credito fondiario e concordato preventivo. Contra*, Cass., 6 novembre 1986, n. 6487, in *Foro it.*, 1987, I, c. 459 ss.; App. Roma, 17 luglio 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2413 ss.

(648) Cass., 7 giugno 1988, n. 3847, in *Foro it.*, I, c. 2915 ss., con nota (senza titolo) di M. FABIANI.

che reggono l'inesperibilità dell'azione esecutiva durante il concordato preventivo (649).

L'art. 41, comma 3°, t.u.b. disciplina il versamento delle rendite da parte del custode, dell'amministratore giudiziario o del curatore direttamente all'istituto fondiario (650). Anch'esso costituisce esclusivamente un privilegio meramente processuale ed è subordinato alla circostanza che la banca abbia iniziato o proseguito l'azione esecutiva al di fuori del fallimento e non quando, invece, all'espropriazione dei beni ipotecati provvedano gli organi fallimentari (651).

Inoltre, ulteriori condizioni per la fruizione del privilegio sono la presentazione del conto parziale e la sua approvazione da parte del giudice *ex* artt. 560, comma 1°, e 593 c.p.c., in quanto solo un'approvazione del conto permetterebbe di rendere disponibili le somme e, al contempo, una disapplicazione delle norme del codice di rito disincentiverebbe la banca a procedere con l'esecuzione individuale (652).

La facoltà di intervento del curatore, qualificata anche in termini di diritto-dovere (653) deve ritenersi volta a stimolare un sollecito svolgimento della procedura esecutiva individuale al fine di contingentare i tempi rispetto a quelli che sarebbero necessari nella procedura concorsuale, specie laddove dovrebbe residuare una somma di competenza della massa fallimentare.

---

(649) Si rimanda *antea*, alla nt. 647. V. però, recentemente, Trib. Lanciano, 7 dicembre 2016, che afferma che il debitore può eventualmente attivarsi per ottenere la sospensione del procedimento esecutivo relativo a crediti fondiari prima della vendita facendo ricorso alla procedura di cui alla l. 3/2012.

(650) La facoltà di intervento del curatore risponde all'esigenza di consentire a costui di svolgere pienamente il suo compiuto di tutelare la massa fallimentare e di garantire il rispetto sostanziale della *par condicio creditorum*. Così M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, cit., p. 498.

(651) In tal senso App. Milano, 26 ottobre 1982; Trib. Roma, 9 gennaio 1997, in *Fall.*, 1997, p. 540 (s.m.); Trib. Roma, 17 novembre 1998, *ivi*, 1998, p. 456.

(652) Così M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, cit., p. 499 s. *Contra* v. G. BOZZA, *Il credito fondiario*, cit., p. 116.

(653) Così M. RISPOLI FARINA, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, I, cit., p. 615.

Inoltre, la presenza del curatore permette di evitare che, sempre per esigenze di celerità, sia fissato un prezzo dell'immobile inferiore al valore di mercato ovvero sia quantificato un credito della banca superiore a quello reale, incidendo sui diritti degli altri creditori. La norma in analisi permette al curatore la possibilità di salvaguardare il principio dell'unicità di sede per la determinazione del credito della banca, qualora essa non intenda rinunciare alla procedura esecutiva individuale e far valere i suoi diritti in via concorsuale (654).

Ciò ha indotto la dottrina a ravvisare una deroga al principio dell'esclusività della verifica fallimentare *ex* art. 52 l. fall., in quanto la procedura concorsuale si limita alla graduazione del credito, mentre la fase della quantificazione si fissa nella procedura esecutiva individuale (655).

Gli ultimi tre commi della norma conservano alcuni privilegi che hanno sempre contraddistinto il credito fondiario in tema di vendita o di aggiudicazione dell'immobile ipotecato.

Nello spirito di conservare l'originario contratto di credito fondiario, l'aggiudicatario o l'assegnatario possono subentrare, senza autorizzazione del giudice dell'esecuzione (in deroga all'art. 508 c.p.c.), nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato, assumendosi gli obblighi relativi, purché entro quindici giorni dal decreto *ex* art. 574 c.p.c. ovvero dalla data dell'aggiudicazione o dell'assegnazione paghino alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese (art. 41, comma 5°, t.u.b.). Ciò suffraga la tesi secondo cui l'azione esecutiva non conduce alla risoluzione dell'originario contratto, ma solo ad una decadenza del debitore dal beneficio del termine

(654) Così M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, cit., p. 498 s.

(655) Ancora, precisamente, M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, cit., p. 499. *Contra*, v. Cass., 4 settembre 2009, n. 19217.

(656), configurando lo schema dell'accollo *ex lege* (657).

Connesso a questa norma, il comma 4° risponde all'esigenza di celerità dei tempi di escussione delle garanzie bancarie, prevedendo che col provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, il giudice dell'esecuzione prevede che l'aggiudicatario o l'assegnatario – non subentranti nel rapporto di finanziamento – versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa, pena la decadenza (cfr. art. 587 c.p.c.). Il termine per il pagamento non potrà comunque essere inferiore a quindici giorni, in considerazione del fatto che il comma 5° prevede tale termine a favore dell'aggiudicatario o dell'assegnatario ai fini della decisione in ordine all'esercizio della facoltà di subentro nel contratto di finanziamento originario (658).

Il versamento del prezzo non ha però natura satisfattoria. In ogni caso, il trasferimento del bene espropriato e il subentro nel contratto di finanziamento restano subordinati all'emanazione del decreto previsto dall'art. 586 c.p.c. (659). Ciò può determinare qualche problema, in quanto ai sensi della medesima norma (e dell'art. 108, comma 3°, l. fall.) il giudice

---

(656) Cfr. Cass., 10 aprile 1991, n. 3763, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 279 ss., con nota di C. CAMARDI, *Osservazioni a Cass. 10 aprile 1991, n. 3763, in tema di condizione risolutiva* ex *art. 39 T.U. sul credito fondiario*.

(657) Così G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 155. Sulla fattispecie dell'accollo *ex lege* in generale cfr. P. RESCIGNO, *Accollo* «ex lege», in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, p. 205 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 242; A. TOMASSETTI, *Assunzione unilaterale ed espromissione* ex lege, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 45 ss. Non può ravvisarsi la figura dell'espromissione, nelle linee tracciate dall'Autore da ultimo citato (p. 46), nonché da Cass., 18 giugno 1990, n. 6131, in cui «*l'effetto assuntivo è completamente autonomo da un qualsiasi accordo negoziale tra le parti e si verifica esclusivamente in forza della norma ad essa preordinata*».

(658) Così, precisamente, G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 154.

(659) Cui, ad avviso di A. SALETTI, *L'espropriazione*, cit., p. 994 s.; G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario*, cit., p. 156; M. SEPE, *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, p. 501, sarebbe altresì subordinato il subentro nel contratto di finanziamento, ampliando la portata degli artt. 508 e 585, comma 2°, c.p.c.

dell'esecuzione può sospendere la vendita qualora ritenga che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto (660).

8. ***Prospettive di evoluzione della disciplina alla luce del d.lgs. 72/2016 di recepimento della direttiva 2014/17/UE –*** Nel corso della trattazione s'è in più occasioni fatto richiamo alla direttiva 2014/17/UE (direttiva MCD) (661), relativa ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, recepita nel nostro ordinamento col d.lgs. 72/2016, che ha introdotto nel t.u.b., al Titolo VI, il nuovo Capo I-*bis* (artt. 120-*quinquies* ss.).

La direttiva è il frutto di un percorso durato quasi un decennio e che trova i suoi principali *step* nel Libro Verde della Commissione Europea sul mercato

(660) Sull'argomento cfr. C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario*, cit., p. 300. V. anche Trib. Santa Maria Capua Vetere, 11 novembre 1997, in *Not.*, 1999, p. 365 ss., con commento di F. CANANZI, *Potere di sospensione della vendita* ex *art. 586 c.p.c. e riflessi sull'attività del notaio delegato ai sensi della legge n. 302/98*.

(661) Sulla direttiva 2014/17/UE v. i lavori di P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016; P. DE GIOIA CARABELLESE – C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1422 ss.; D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 190 ss.; E. PELLECCHIA, *La direttiva 2014/17/UE: sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, *ivi*, p. 206 ss.; A. LUPOI, *La direttiva 17/2014*, cit., p. 234 ss.; T. RUMI, *La direttiva 2014/17/UE sul credito relativo agli immobili residenziali*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, cit., p. 632 ss.; EAD., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo ai beni immobili*, in *Contr.*, 2015, p. 70 ss.; F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1423 ss.; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 181 ss.; F. AZZARI, *I «prestiti in valuta estera» nella direttiva 2014/17/UE sui «contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 187 ss.; R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 823 ss.; R. GRISAFI, *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale*, in *Studium iuris*, 2015, p. 655 ss. (I^ parte) e 796 ss. (II^ parte); I. FERRETTI, *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla Direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 863 ss.

del credito ipotecario del 2005 (662) e nel Libro Bianco della Commissione Europea sull'integrazione dei mercati del credito ipotecario nell'Unione Europea del 2007 (663) ed è finalizzata a stabilire i requisiti minimi obbligatori per gli Stati comunitari atti a salvaguardare i consumatori che vogliano concludere un contratto di credito per l'acquisto di immobili residenziali e facilitare un più competitivo mercato europeo dei prestiti ipotecari (664), consentendo ai consumatori il confronto delle offerte di finanziamento disponibili sul mercato al fine di prendere una decisione consapevole e informata sull'opportunità di concludere il contratto (665). Altra dottrina ha ravvisato il fine dell'intervento del legislatore comunitario nello scongiurare il sovraindebitamento delle famiglie (666).

Il legislatore italiano ha recepito pressoché integralmente il contenuto della direttiva, novellando il t.u.b. inserendo una disciplina che s'applica indubbiamente ai contratti di credito fondiario, ma che al contempo inserisce una nuova fattispecie legaltipica di finanziamento di scopo. Inoltre, viene colmata una importante lacuna, essendo i contratti di finanziamento immobiliare a medio-lungo termine finora esclusi dall'applicazione della disciplina del credito ai consumatori di cui agli artt. 121 ss. t.u.b.

Fino all'entrata in vigore della novella, la disciplina consumeristica per i contratti di credito era infatti applicabile – per quel che concerne i contratti di finanziamento immobiliare – unicamente per quei contratti di credito garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata inferiore a cinque anni e il cui importo fosse compreso tra i 200 e i 75.000 euro. A tutti gli altri contratti

(662) Doc. COM (2005)327 del 19 luglio 2005, consultabile *on-line* al sito internet *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0327&from=EN*

(663) Doc. COM(2007) 807 del 18 dicembre 2007, consultabile *on-line* al sito internet http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l24487&from=IT

(664) P. DE GIOIA CARABELLESE – C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 1425.

(665) Così T. RUMI, *Profili privatistici*, cit., p. 72.

(666) V. R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori*, cit., p. 823.

sussumibili entro la fattispecie del credito fondiario e ai finanziamenti finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato non si applica la disciplina in argomento. L'ambito di applicazione della stessa è invece esteso ai contratti di locazione che prevedano la possibilità dell'acquisto della cosa locata, con o senza corrispettivo, al locatario (ad es., il contratto di *rent to buy*, su cui *infra*, cap. III, § 5) e ai contratti di *leasing* (a cui non s'applica unicamente la disciplina di cui all'art. 125-*ter* in materia di recesso del consumatore).

L'ambito di applicazione oggettivo della nuova disciplina s'evince dal combinato disposto degli artt. 120-*quinquies*, comma 1°, lett. *c*), e 120-*sexies* t.u.b., che rispettivamente recepiscono il comma 1° e 2° della direttiva MCD. Per credito immobiliare si intende il finanziamento concesso sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali, ovvero il contratto di credito finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina una molteplicità di contratti astrattamente ascrivibili nella definizione di contratto di credito immobiliare, primi fra tutti i contratti di credito cc.dd. *equity release*, con ciò intendendosi i contratti di credito in cui il finanziatore concede *una tantum* o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale e non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito (ad es., il prestito vitalizio ipotecario, su cui

infra, cap. III, § 3).

Ancora, sono esclusi i contratti di credito erogati dal datore di lavoro ai propri dipendenti senza interessi o a un TAEG (tasso annuo effettivo globale) inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere, quelli concessi in forma agevolata {sia in virtù di agevolazioni pubbliche [art. 120-*sexies*, lett. *c*)] (667), che per specifici accordi tra le parti [art. 120-*sexies*, lett. *d*), *e*) e *g*)]} ovvero risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge. Il legislatore ha altresì sfruttato la facoltà, offerta dalla direttiva, di non applicare la disciplina in analisi ai contratti di credito che, pur finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale, non sono garantiti e ai contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile (cc.dd. prestiti ponte) (668).

Per quel che concerne, invece, l'ambito di applicazione soggettivo, trattasi di contratti conclusi tra un finanziatore, *scilicet* un soggetto abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale, e un consumatore. Per quest'ultimo viene utilizzata la definizione già nota in altri segmenti del nostro ordinamento (cfr. artt. 3 cod. cons. e 121 t.u.b.), ovverosia di persona fisica che agisce per scopi

(667) L'esclusione di tale tipologia di contratti di finanziamento immobiliare, lasciata facoltativa dalla direttiva MCD, implica però che il legislatore italiano debba garantire l'applicazione di adeguate misure alternative per far sì che il consumatore riceva informazioni tempestive circa le caratteristiche, i rischi e i costi principali di tali contratti di credito nella fase precontrattuale e che la pubblicità di tali contratti di credito sia corretta, chiara e non ingannevole (art. 3, par. 5, direttiva MCD).

(668) Sono tali i contratti di credito che non hanno una durata determinata o che devono essere rimborsati entro dodici mesi e utilizzati dal consumatore come finanziamento temporaneo nella transizione verso un altro contratto di finanziamento per il bene immobile: sul tema v. S. CORDOPATRI, *Commento all'art. 3 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 142.

estranei all'attività imprenditoriale, artigianale o professionale eventualmente svolta (669).

Le altre norme contenute nel nuovo Capo I-*bis* del Titolo VI t.u.b. possono essere inquadrate entro tre insiemi, contenenti le norme sugli obblighi di informazione e consulenza, le norme sulla valutazione del merito creditizio e del valore degli immobili e quelle sulle vicende patologiche del rapporto contrattuale.

8.1. ***Gli obblighi di informazione e di consulenza precontrattuali nel credito immobiliare ai consumatori*** **–** La direttiva MCD ha prestato particolare attenzione agli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, concentrandosi sull'attività di consulenza che deve necessariamente precedere la concessione del finanziamento. Il legislatore italiano ha recepito la disciplina inserendo nel t.u.b. gli artt. da 120-*septies* a 120-*decies*, 120-*terdecies*, 120-*septiesdecies* e 120-*octiesdecies*.

La direttiva MCD ha prescritto, all'art. 7, regole di comportamento imposte ai soggetti finanziatori e agli intermediari del credito (670), i quali debbono agire in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei

(669) Sulla nozione di consumatore cfr., *inter alios*, G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contr.*, 2001, p. 205 ss.; P. FLORIO, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*, in *Giur. it.*, 2002, p. 543 ss.; F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 872.

(670) Sono definiti tali, ai sensi dell'art. 125-*quinquies*, comma 1°, lett. *g*), «*gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente, almeno una delle seguenti attività:* 1*) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti;* 2*) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore*». Sulla figura di tali soggetti ausiliari dei finanziatori cfr. U. MORERA, *Sulla figura del "mediatore creditizio"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 340 ss.; G. BALBINA, *Il diritto alla provvigione del mediatore tra disciplina generale e speciale. La figura del mediatore creditizio*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 476 ss.

diritti e degli interessi dei consumatori. Ciò rappresenta una rilevante novità nella recente legislazione comunitaria in tema di consumatore creditizio (671). La previsione della direttiva non è stata recepita nei medesimi termini dall'art. 120-*septies*, che nel dettare i principi generali cui deve essere informato il contegno degli anzidetti soggetti prescrive un atteggiamento diligente, corretto e trasparente, omettendo il riferimento alla professionalità, ben accolto in dottrina (672).

Tale mancanza deve ritenersi comunque implicitamente ricompresa nel canone di diligenza, essendo esso comunque prescritto nei confronti di professionisti (673).

Lo stesso art. 7 direttiva MCD contiene inoltre la disciplina ora trasposta nell'art. 120-*septiesdecies* t.u.b. in materia di retribuzione del personale, ispirata al principio di una gestione sana ed efficace del rischio al fine di assicurare il

---

(671) G. MASTROPASQUA, *Commento all'art. 7 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 212.

(672) Cfr. R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 796 s.

(673) Sull'obbligo della banca di fare uso di una diligenza e perizia adeguata al proprio *status* professionale, cfr. per tutte Cass., 12 giugno 2007, n. 13777, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 21 ss., con nota di F. CIRAOLO, *Prelievi fraudolenti e responsabilità della banca nell'erogazione del servizio Bancomat*, secondo cui – ai sensi dell'art. 1176, comma 2°, c.c. – la banca, svolgendo attività professionale, «*deve adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei propri clienti con la diligenza particolarmente qualificata dell'accorto banchiere, non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto o di operazione oggettivamente esplicati*». Numerose decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario richiamano, quale riferimento al comportamento tenuto in concreto dall'intermediario, le formule «*accorto banchiere*», «bonus argentarius» *et similia*: cfr., *ex multis* e solo nell'ultimo anno le decisioni del Collegio di Milano 2 marzo 2016, n. 2003; 14 gennaio 2016, n. 332; Collegio di Roma 26 maggio 2006, nn. 5052 e 4983; Collegio di Napoli 23 maggio 2016, n. 4842; 19 maggio 2016, n. 4656. In dottrina, cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 213 ss.; F. SALINAS, *Osservazioni in tema di segnalazione alla Centrale dei rischi e di responsabilità della banca*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 334 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazioni di obblighi discendenti dal proprio* status, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 655 ss.; N. MARZONA, *Lo* status *(professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 266 ss.

rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina. La finalità perseguita è quella di garantire un adeguato livello di professionalità del personale e di scoraggiare un'assunzione di rischi superiore al livello di rischio tollerato del creditore.

Venendo alle informazioni e alle pratiche preliminari alla conclusione del contratto, l'art. 120-*octies* t.u.b. disciplina il contenuto della pubblicità, recependo integralmente il contenuto dell'art. 11 direttiva MCD e individuando puntualmente il contenuto degli annunci pubblicitari, che deve essere espresso in maniera chiara, precisa, evidenziata e, a seconda del mezzo utilizzato, facilmente leggibile o udibile. Inoltre, nel caso di finanziamenti in valuta estera, deve esservi l'esplicito avvertimento circa il fatto che eventuali fluttuazioni del tasso di cambio potrebbero incidere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare.

L'intera disciplina sulla pubblicità non può poi prescindere dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette (artt. 20 ss. cod. cons.) e aggiunge, rispetto sia alla disciplina generale sulla pubblicità dei contratti bancari (art. 116 t.u.b.) che a quella relativa ai contratti di credito ai consumatori (art. 123 t.u.b.), che gli annunci pubblicitari relativi a contratti di credito debbono essere effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole e non devono contenere formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito.

L'art. 120-*octiesdecies* t.u.b. ha invece recepito l'art. 12 direttiva MCD disciplinando le pratiche di commercializzazione abbinata, vietate dalla suddetta norma comunitaria. Per pratica di commercializzazione abbinata si intende l'offerta di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente.

Sono invece ammesse le pratiche di commercializzazione aggregata,

consistenti nell'offerta o nellala commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, in cui il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente, ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate quando esso è offerto in maniera aggregata con i servizi accessori.

La previsione assume notevole rilevanza in relazione alle assicurazioni PPI. Nonostante la possibilità di inserire una deroga in tal proposito, è stato mantenuto salvo il divieto di cui all'art. 21, comma 3°-*bis*, cod. cons. che considera ingannevole la pratica commerciale di un soggetto finanziatore che, ai fini della conclusione di un contratto di credito, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dal medesimo intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso lo stesso soggetto.

Sulla base del quadro normativo tratteggiato *supra* al § 5.4 del presente capitolo, per quel che concerne le polizze assicurative connesse ai contratti di credito non dovrebbero ravvisarsi problemi di incompatibilità alla luce della disciplina di recepimento. Il limite, infatti, non deve essere ravvisato nella eventuale imposizione nella conclusione di un contratto di assicurazione, ma unicamente nell'evitare nei confronti del consumatore un condizionamento ad acquistare un prodotto assicurativo proprio, condotta che comunque integra la fattispecie della pratica commerciale scorretta (674). Il recepimento della direttiva, però, non ha saputo comunque cogliere l'occasione per una auspicata revisione dell'intera disciplina sulle polizze assicurative connesse ai contratti di finanziamento, considerate anche le ampie facoltà di legiferare in materia lasciata dall'art. 12 direttiva MCD agli Stati membri (675).

Di particolare interesse è la norma di cui all'art. 120-*novies* t.u.b., dedicato

(674) Di tale opinione è anche E. TAMBURINO, *Commento all'art. 12 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 268.

(675) Cfr. M. PALMIERI, *Commento all'art. 12 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 280.

agli obblighi precontrattuali, uno dei principali *core* della direttiva MCD, la quale agli artt. 13 e 14 organizza e regola, rispettivamente, le informazioni generali e quelle personalizzare che il finanziatore deve fornire al cliente nella fase prodromica alla conclusione del contratto.

Il finanziatore o l'intermediario del credito deve mettere a disposizione del consumatore un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti, nonché fornirgli le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito. Le informazioni personalizzate sono fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato «*Prospetto informativo europeo standardizzato*» (PIES), consegnato tempestivamente dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze e la sua situazione finanziaria e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito.

Ispirati dal principio della concorrenza, viene garantito al consumatore un tempo di riflessione di almeno sette giorni al fine di confrontare le diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata. È poi previsto che durante il periodo di riflessione, l'offerta è vincolante per il finanziatore e il consumatore può accettare l'offerta in qualunque momento. Ciò deroga a quanto sino ad ora previsto per i contratti di finanziamento dalle Disposizioni sulla trasparenza della Banca d'Italia (v. *infra*, nel subparagrafo successivo) per cui la consegna nella fase precontrattuale del documento contenente le informazioni relative al contratto di credito non impegna le parti alla stipula del contratto.

Precipui obblighi informativi gravano altresì sugli intermediari del credito ai sensi dell'art. 120-*decies* t.u.b. In particolare, questi sono volti a garantire una

corretta informazione circa l'indipendenza o meno dell'intermediario nei confronti del finanziatore, se presta servizi di consulenza, nonché se sono previsti compensi o commissioni per l'attività prestata.

8.2. ***La violazione degli oneri informativi precontrattuali: una critica alla pretesa di una loro «contrattualizzazione»*** **–** Deve puntualizzarsi che la disciplina di recepimento non ha saputo fornire una risposta all'interrogativo posto da una attenta dottrina (676) circa le conseguenze alla violazione dei doveri di informazione nella fase precontrattuale.

Per tentare di fornire un contributo alla soluzione della questione, ci si può spostare su piano d'analisi più generale, ampliato ai contratti bancari e di intermediazione finanziaria.

Nei contratti di investimento la problematica è stata affrontata in relazione alla mancata consegna al cliente del documento sui rischi generali. Vero è, come ha rilevato anche una recente giurisprudenza di merito (677), che l'obbligo dell'intermediario finanziario può dirsi assolto avendo la banca consegnato al cliente il documento sui rischi generali e avendo provveduto alla profilatura del cliente tenendone conto nel proporre gli investimenti di cui è causa ai sensi dell'art. 28, comma 1°, reg. Consob n. 11522/1998 (678), ma tutto ciò attiene al piano dei doveri di informazione in una fase prodromica alla

(676) R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 797.

(677) Trib. Bologna, 3 giugno 2014, in *Ex parte creditoris.it.*

(678) Regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 e sostituito dal Regolamento recante norme di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007. Sull'evoluzione della disciplina dell'informazione del risparmiatore a seguito dell'adozione del nuovo reg. Consob n. 16190/2007, che ha adottato la disciplina comunitaria introdotta dalla c.d. direttiva Mifid (direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari) cfr. F. FIORDIPONTI, *Tutela del risparmio: principi costituzionali e rimedi civilistici*, Napoli, 2012, p. 100 ss.

stipulazione del contratto.

Una simile conclusione appare addirittura coerente con quanto statuito dalla giurisprudenza della Suprema Corte, allorché si afferma l'esclusiva funzione strumentale e propedeutica alla stipulazione del contratto di gestione del documento sui rischi, al fine di rendere l'investitore più consapevole rispetto ai rischi dell'investimento e del mandato gestorio conferito all'intermediario (679). Inoltre, tale documento contiene avvertenze generiche, talché non è in grado di sostituire le informazioni specifiche dovute in ogni caso dall'intermediario nelle informazioni sui titoli che si trattano in concreto (680).

Le norme in materia di oneri di comportamento dell'intermediario dettate dal t.u.f. e dalla disciplina regolamentare (681) sono poste a presidio della sfera giuridica dell'investitore garantendo la regolare e consapevole formazione del processo decisionale diretto al compimento delle operazioni di investimento tutelando, tramite la protezione del singolo investitore, il regolare funzionamento del mercato finanziario.

Il rimedio della nullità (di protezione, in quanto può essere fatta valere solo dal cliente) del contratto di investimento previsto dall'art. 23 t.u.f. riguarda però esclusivamente l'ipotesi della violazione dell'obbligo di conclusione del contratto in forma scritta ovvero nella diversa forma consentita o, ancora, per le pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto

---

(679) Cass., 19 febbraio 2014, n. 3889, in *De jure*.

(680) Così App. Bologna, 10 febbraio 2014, in *Il caso.it*. Queste informazioni specifiche rese dall'intermediario costituiscono le basi sulle quali l'investitore fonda la sua decisione informata ed esclusiva sul "se" e "in quali titoli" investire: cfr. App. Ancona, 3 ottobre 2014, in *Il caso.it*.

(681) Attraverso la quale si perseguono le finalità di vigilanza enunciate dall'art. 5, comma 1°, t.u.f., consistenti – come è noto – nella salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, nella tutela degli investitori, nella stabilità e nel buon funzionamento del sistema finanziario, nella competitività del sistema finanziario e nell'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria.

dal cliente e di ogni altro onere a suo carico (e in tal caso trattasi di una nullità parziale, da cui deriva esclusivamente l'assenza di costi a carico dell'investitore).

La tutela del risparmio costituzionalmente sancita dall'art. 47 cost. trova comunque piena protezione attraverso gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento per l'inadempimento precontrattuale.

Per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento intermediari n. 16190/2007 (682), le informazioni dovute ai sensi dell'art. 28 reg. Consob n. 11522/1998 (che constano sia in informazioni generali, concretantesi nel documento sui rischi generali, sia in informazioni particolari, circa il rischio specifico dell'operazione) erano un dato oggettivo del quale gli intermediari dovevano tenere conto al fine della valutazione di adeguatezza *ex* art. 29. La finalità perseguita è dunque quella di consentire al cliente una scelta di investimento libera e consapevole, estrinsecazione dei generali doveri comportamentali, gravanti in capo all'intermediario, di diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, di acquisire le informazioni necessarie dai clienti e di operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati di cui all'art. 21, comma 1°, lett. *a*) e *b*), t.u.f. (683).

La previsione degli obblighi informativi in capo all'intermediario riempie di contenuto il concetto giuridico di diligenza professionale *ex* art. 1176, comma 2°, c.c., spostando l'asse operativo verso una correttezza intesa come buona fede e dovere di lealtà a carattere oggettivo. È condivisibile una recente giurisprudenza di merito che ravvisa in siffatti oneri di comportamento un

(682) Per i quali gli intermediari erano comunque tenuti a provvedere agli adempimenti in tema di informazioni nei confronti della clientela di cui agli artt. da 29 a 32, 35, comma 2°, 46 e 52, comma 1°, lettera *b1*), in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008.

(683) Così Trib. Milano, 26 gennaio 2015.

dovere che trova la propria ragione economica e giuridica sia nella natura fiduciaria del rapporto tra cliente ed intermediario, sia nella sostanziale asimmetria conoscitiva tra il cliente e la banca (684).

Il documento generale sui rischi è dunque un atto standardizzato predisposto dalla Consob, che fornisce prime e generiche informazioni che vogliono consentire all'investitore di essere nelle condizioni di comprendere la natura ed il grado di esposizione al rischio delle operazioni di strumenti finanziari sintetizzando concetti complessi e sofisticati, apparentemente strumentali ad una migliore comprensione della dinamica delle operazioni sul mercato finanziario.

La consegna del documento in questione, però, di per sé non esaurisce il rispetto dei doveri di informazione, stante la natura asettica, generale e standardizzata delle indicazioni in esso contenute che, non riferendosi ad operazioni concrete, non garantisce quella conoscenza completa ed effettiva del titolo negoziato che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumersi consapevolmente i rischi dell'investimento compiuto.

Il corretto adempimento degli obblighi di informazione precontrattuale è ottenuto fornendo al cliente informazioni adeguate al suo profilo di investitore in relazione allo specifico investimento (685).

---

(684) Così Trib. Milano, 15 aprile 2013, in *Ex parte creditoris.it*. La curia ambrosiana asserisce inoltre che il dovere informativo da parte della banca deve essere calibrato sulla reale tipologia di investitore che volta entra in contatto con l'intermediario. In ragione di ciò, deve essere fornita «*un'informativa puntuale e dettagliata, rapportata alle conoscenze in ambito finanziario, alla propensione al rischio, alla tipologia di obiettivi perseguiti del singolo cliente, tenendosi conto anche della storicità quale emergente dal patrimonio titoli*». A conferma di ciò cfr. anche Trib. Taranto, 8 marzo 2013, in *Il caso.it*, secondo cui «*i doveri di diligenza e correttezza dell'intermediario non si esauriscono con la comunicazione delle informazioni necessarie a favorire una scelta di investimento consapevole e ponderata, né tantomeno con la acquisizione del c.d. profilo dell'investitore, costituito dalle finalità dichiarate che questi intende perseguire anche alla luce di precedenti eventuali esperienze*».

(685) Cfr., in tal senso, Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012; App. Torino, 19 febbraio 2010; Trib. Forlì, 20 gennaio 2010; Trib. Parma, 24 maggio 2007; Trib. Brindisi, 4 ottobre 2005; Trib.

La mera consegna del documento generale sui rischi non può pertanto ritenersi idonea a determinare una presunzione di conoscenza dei rischi dello specifico investimento in capo a risparmiatori non professionali (686), con la conseguenza che deve categoricamente escludersi la sanzione della nullità per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto di prestazione di servizi di investimento, stante il carattere assolutamente generico dell'informazione resa, inidonea ad essere posta a fondamento dell'accordo informato.

Risulta infatti fondamentale rifuggire le conclusioni su cui si fondano alcuni pronunciati della giurisprudenza di merito (687) con cui è stata dichiarata la nullità del contratto di investimento per la violazione dei doveri di comportamento gravanti in capo all'intermediario nella fase precedente alla stipulazione del contratto di intermediazione, in particolare per la mancata consegna al cliente del documento informativo sui rischi generali dell'investimento. Ciò non solo escludendo la nullità virtuale in quanto la norma di cui all'art. 28 reg. Consob n. 11522/1998 nel prescrivere il documento standardizzato sui rischi generali negli investimenti in strumenti finanziari non individua precise regole di comportamento cui uniformare la condotta dell'agente (688), ma anche aborrendo l'ipotesi di una nullità strutturale. Bisogna difatti distinguere tra l'assenza *tout court* del consenso, suscettibile di determinare la nullità del contratto *ex* art. 1418, comma 2°, c.c. e l'esistenza di un consenso non sufficientemente informato o addirittura disinformato (689).

Mantova, 5 aprile 2005, tutte reperibili in *Il caso.it*.

(686) Trib. Mantova, 5 aprile 2005, cit.

(687) V. App. Cagliari, sez. dist. Sassari, 23 gennaio 2015, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 241 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Note critiche sulla pretesa «contrattualizzazione» dei documenti informativi nei contratti bancari e finanziari*.

(688) Trib. Parma, 24 maggio 2007, cit.

(689) *Contra* A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, p. 399. Si segnala altresì la tesi di S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFORO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009, p. 97, secondo cui il cliente potrebbe eccepire l'inefficacia

Quest'ultima ipotesi può prefigurare una situazione di annullabilità del contratto, se la disinformazione sia riconducibile ad una delle ipotesi prese in considerazione dagli artt. 1427 ss. c.c. come cause di annullabilità del contratto (690).

Per quanto concerne invece i contratti bancari, la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale è stata ravvisata nella mancata consegna al cliente del documento di sintesi e dell'indicatore sintetico di costo (*breviter* ISC) (691). Inserendo la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari nell'alveo dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. (su cui v. *supra*, § 2.2 del presente capitolo) è stata dichiarata la nullità del contratto di finanziamento per la mancata consegna al cliente del documento di sintesi e dell'ISC, in applicazione della deliberazione CICR del 4 marzo 2003 e del Titolo X delle Istruzioni di Vigilanza per le banche del 2003 (abrogato dalle nuove Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 2009) (692).

---

del contratto per difetto di consapevole autodeterminazione con l'annesso risarcimento del danno. In giurisprudenza di merito v. la recente pronunzia di Trib. Milano, 16 aprile 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 449 ss., con nota di P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze* linked*: la riproposizione di un tema*.

(690) Sull'argomento si rimanda alle considerazioni di cui *infra*, spec. alla nt. 722.

(691) V. Trib. Cagliari, 21 marzo 2013, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 241 ss., con nota di F. ONNIS CUGIA, *Note critiche*, cit.

(692) Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999, n. 229. Il Titolo X è stato inserito con il 9° aggiornamento del 25 luglio 2003, avente ad oggetto la «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*», c.d. Istruzioni di Vigilanza del 2003, la cui premessa così recita: «*La disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari persegue gli obiettivi, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni e di promuovere e salvaguardare la concorrenza nei mercati bancario e finanziario*». Sulle Istruzioni di Vigilanza del 2003 cfr. G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr.*, 2003, p. 1045 ss.; R. RAZZANTE, *Le (apparentemente nuove) regole di trasparenza per gli intermediari finanziari: qualche considerazione a caldo*, in *Dir. econ. ass.*, 2003, p. 791 ss.; ID., *La «trasparenza bancaria» entra nell'ordinamento*, in *Soc.*, 2004, 38. Dal 1° gennaio 2010 sono entrate in vigore le nuove Disposizioni della Banca d'Italia «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e cliente*» del 29 luglio 2009. Sull'argomento cfr. B. INZITARI – P. DAGNA, *Commissioni e spese nei contratti bancari*, Padova,

Deve specificarsi che la Banca d'Italia, in data 30 settembre 2016, ha pubblicato l'aggiornamento alle Disposizioni sulla trasparenza attuativo della disciplina di recepimento della direttiva MCD, inserendo la nuova sezione VI-*bis* in materia di «*Credito immobiliare ai consumatori*».

La Banca d'Italia, in attuazione degli artt. 8 (693) e 9 (694) della delibera CICR, ha novellato le Istruzioni di Vigilanza con l'introduzione del titolo X, che alla sezione II detta la disciplina in materia di «*Pubblicità e informazione precontrattuale*». Dopo aver indicato esplicitamente che tra gli strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali rientra il documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali, unito al testo del contratto, ai parr. 7-9 disciplina le informazioni precontrattuali (695) – che, come visto, non s'applica però ai contratti di credito

---

2010, 160 ss. Le previsioni in materia di documento di sintesi e ISC hanno mantenuto la propria sede nella sezione II – Pubblicità e informazione precontrattuale.

(693) Art. 8 deliberazione CICR 4 marzo 2003 (Informazione precontrattuale): «*Prima della conclusione del contratto il cliente ha diritto di ottenerne una copia completa per una ponderata valutazione del contenuto. La consegna della copia non impegna le parti alla conclusione del contratto*».

(694) Art. 9 deliberazione CICR 4 marzo 2003 (Informazione contrattuale): «*Al contratto è unito un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali, redatto secondo i criteri indicati dalla Banca d'Italia. La Banca d'Italia individua le operazioni e i servizi per i quali, in ragione delle caratteristiche tecniche, gli intermediari sono obbligati a rendere noto un "Indicatore Sintetico di Costo" (ISC) comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia medesima*».

(695) Par. 7, sez. II, Titolo X, Istruzioni di Vigilanza 2003 (Informazioni precontrattuali): «*Prima della conclusione del contratto, la banca consegna al cliente che ne abbia fatto richiesta una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula per una ponderata valutazione del contenuto. La consegna della copia non impegna le parti alla stipula del contratto. Il diritto del cliente di ottenere copia del testo contrattuale non può essere sottoposto a termini o condizioni. La banca acquisisce un'apposita attestazione in calce allo schema contrattuale, nella quale il cliente dichiara se intende avvalersi o meno di tale diritto. Ove le parti addivengano alla conclusione del contratto, l'attestazione è conservata dalla banca. In caso di modifica delle condizioni contrattuali indicate nella copia consegnata al cliente, la banca, prima della conclusione del contratto, ne dà informativa al cliente stesso e, su richiesta di quest'ultimo, consegna una copia completa del nuovo testo contrattuale idonea per la stipula. In caso di offerta fuori sede attraverso soggetti terzi, questi ultimi sono sottoposti agli obblighi previsti dal presente paragrafo. Quando si adoperano tecniche di comunicazione a distanza, il testo contrattuale, comprensivo delle condizioni generali di contratto, è fornito al cliente in forma cartacea o su altro supporto durevole*». Par. 6, sez. II, Disposizioni sulla trasparenza 2009 (Consegna di copia del contratto): «*Prima*

immobiliare ai consumatori, ove la consegna delle informazioni relative al contratto vincola la banca alla stipula in caso di accettazione da parte del cliente –, il documento di sintesi (696) e l'indicatore sintetico di costo (697).

---

della conclusione del contratto, l'intermediario consegna al cliente, su sua richiesta, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula; a scelta del cliente può essere consegnato il solo documento di sintesi. La consegna avviene entro tempi congrui rispetto alla richiesta. Nei contratti di finanziamento, considerato che la determinazione delle condizioni economiche è preceduta da un'istruttoria, il cliente può scegliere tra: i*) la consegna di copia del contratto idonea per la stipula, che può essere subordinata al pagamento di una somma non eccedente le spese di istruttoria (il cui ammontare massimo è pubblicizzato nel foglio informativo);* ii*) la consegna gratuita: dello schema di contratto, privo delle condizioni economiche; di un preventivo contenente le condizioni economiche basate sulle informazioni fornite dal cliente. Per i contratti di mutuo ipotecario offerti ai clienti al dettaglio, diversi dai contratti di credito immobiliare ai consumatori ai quali si applica la sezione VI-*bis*, la consegna della copia del contratto idonea per la stipula è gratuita a partire dal momento in cui viene concordata la data per la stipula presso il notaio. Negli altri casi la consegna è sempre gratuita. La consegna non impegna le parti alla stipula del contratto. Il diritto del cliente di ottenere copia del testo contrattuale o del solo documento di sintesi non può essere sottoposto a termini o condizioni. In caso di modifica delle condizioni contrattuali indicate nella copia consegnata al cliente, l'intermediario, prima della conclusione del contratto, ne informa il cliente stesso e, su richiesta di quest'ultimo, gli consegna una copia completa del nuovo testo contrattuale idonea per la stipula ovvero una nuova copia del documento di sintesi. Il presente paragrafo si applica anche in caso di offerta fuori sede*».

(696) Par. 8, sez. II, Titolo X, Istruzioni di Vigilanza 2003 (Documento di sintesi): «*Al contratto è unito un "documento di sintesi", volto a fornire al cliente una chiara evidenza delle più significative condizioni contrattuali ed economiche. Il "documento di sintesi" costituisce il frontespizio del contratto ed è redatto secondo modalità, anche grafiche, di immediata percezione e comprensione. Esso riproduce lo schema di foglio informativo relativo allo specifico tipo di operazione o servizio, con opportuni adattamenti, riportando le condizioni economiche e le clausole contrattuali praticate al cliente; possono essere omesse le informazioni riguardanti la banca e quelle relative alle caratteristiche e ai rischi dell'operazione o del servizio*». Par. 7, sez. II, Disposizioni sulla trasparenza 2009 (Documento di sintesi): «*Ai contratti è unito un "documento di sintesi", che riporta in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo allo specifico tipo di operazione o servizio. Il documento di sintesi dei servizi il cui foglio informativo è redatto secondo i modelli allegati alle presenti disposizioni riporta le condizioni economiche secondo lo stesso ordine seguito nel foglio informativo. Il documento di sintesi relativo ai contratti di conto corrente offerti ai consumatori non riporta l'ISC. Il documento di sintesi costituisce il frontespizio del contratto; ne è parte integrante in presenza di un accordo delle parti in tal senso. Se l'offerta di un'operazione o di un servizio non è in alcun modo personalizzabile, il foglio informativo e il documento di sintesi possono coincidere. In questo caso il frontespizio del contratto è costituito dal foglio informativo. Per i contratti di mutuo che sono o potrebbero rimanere a tasso fisso per tutta la durata del contratto, il documento di sintesi riporta in calce il piano di ammortamento*».

(697) Par. 9, sez. II, Titolo X, Istruzioni di Vigilanza 2003 (Indicatore sintetico di costo): «*Il contratto e il "documento di sintesi" di cui al par. 8 della presente sezione riportano un "indicatore*

Nell'ottica di una trasparenza bancaria sempre più intesa come «*trasparenza delle relazioni contrattuali*» (698), documento di sintesi e ISC rappresentano uno strumento di tutela per il cliente, il quale viene reso edotto con modalità trasparenti dei costi connessi ai contratti bancari e finanziari, orientando le proprie scelte verso gli intermediari maggiormente efficienti (699). Al riguardo, però, in dottrina sono state sollevate critiche, in particolare sulle conseguenze che la standardizzazione delle informazioni può comportare in materia di pratiche commerciali scorrette, con l'adozione di comportamenti collusivi ed anticompetitivi da parte degli intermediari (700).

Per quel che invece attiene al rapporto tra obblighi informativi e contratto, un preciso studio (701) ha approfondito il problema del rapporto tra la

---

sintetico di costo" (ISC), calcolato conformemente alla disciplina sul tasso annuo effettivo globale (TAEG), ai sensi dell'art. 122 del T.U. e delle relative disposizioni di attuazione, quando hanno a oggetto le seguenti categorie di operazioni indicate nell'allegato alla delibera del CICR del 4 marzo 2003: mutui; anticipazioni bancarie; altri finanziamenti. Alle operazioni di credito al consumo si applicano le disposizioni sul TAEG previste ai sensi del Capo II del Titolo VI del T.U.». Par. 8.2, sez. II, Disposizioni sulla trasparenza 2009 (Indicatore sintetico di costo): «*Il foglio informativo e il documento di sintesi riportano un indicatore sintetico di costo denominato "Tasso Annuo Effettivo Globale" (TAEG) quando riguardano le seguenti categorie di operazioni indicate nell'allegato alla delibera del CICR del 4 marzo 2003: mutui; anticipazioni bancarie; altri finanziamenti; aperture di credito in conto corrente offerte a clienti al dettaglio. Il TAEG è calcolato secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di credito per i consumatori (sezione VII, paragrafo 4.2.4), e dall'Allegato 5B o, in presenza di ipoteca su un bene immobile, secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di credito immobiliare ai consumatori (sezione VI-bis, paragrafo 5.2.4, e Allegato 5C)*».

(698) Così, efficacemente, A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 560.

(699) La stretta connessione tra disciplina della concorrenza e disciplina della pubblicità pone al centro del discorso il pensiero di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*[2], Roma-Bari, 2004, p. 103 ss., secondo il quale dette discipline rispondono alla logica di accrescere la libertà e la consapevolezza della scelta.

(700) Cfr. E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 246.

(701) COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI – UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, Studio n. 4703, reperibile su www.notarlex.it/studi/settore/Studio_4703.pdf.

disciplina delle Istruzioni di Vigilanza e il disposto dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. ravvisando che, trattandosi le disposizioni di cui ai parr. 7-9 di strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali, «*esse non costituiscono "contenuto del contratto" e dunque la loro mancanza non dovrebbe mai importare la nullità*» (702).

La delibera CICR (art. 9) e il par. 8, sez. II, Titolo X, delle previgenti Istruzioni di Vigilanza (così come anche le vigenti Disposizioni del 2009) dispongono che il documento di sintesi deve essere allegato al contratto principale (703). È stato evidenziato però come la collocazione della norma nella sezione delle Istruzioni riguardante la pubblicità e le informazioni precontrattuali debba indurre a ritenere che il contratto al quale si riferiscono le norme in questione sia la copia che la banca deve consegnare al cliente ai sensi del par. 7, sez. II, Titolo X, delle Istruzioni del 2003 (704). Il che spiegherebbe anche come mai, ai sensi del par. 8, sez. II, Titolo X, delle Istruzioni di Vigilanza del 2003, il documento di sintesi venga a costituire il frontespizio del contratto. A conferma di questa tesi si sottolinea come anche le Disposizioni sulla trasparenza del 2009, al par. 6, sez. II, prevedono che il cliente ha diritto di ottenere, a sua scelta, copia completa del testo contrattuale idonea alla stipula ovvero il solo documento di sintesi. Inoltre, a rimarcare l'importanza che il documento riveste in sede precontrattuale, in caso di modifica delle condizioni

(702) Ancora COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI – UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le istruzioni di vigilanza*, cit., p. 5. Nello stesso senso, unicamente per quanto concerne il documento di sintesi, v. Trib. Cagliari, 29 marzo 2016; Trib. Cagliari, 30 marzo 2016, citt.

(703) Nell'ambito dei doveri di informazione precontrattuale, la consegna del documento di sintesi unito al contratto rappresenta una mera obbligazione in capo al finanziatore subordinata alla richiesta del cliente: così A. MINTO, *Il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 103.

(704) COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI – UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le istruzioni di vigilanza*, cit., p. 5.

contrattuali indicate nella copia consegnata al cliente, l'intermediario – prima della conclusione del contratto – è tenuto ad informare il cliente stesso e, su richiesta di costui, a consegnargli una copia completa del nuovo testo contrattuale idonea per la stipula ovvero una nuova copia del documento di sintesi.

L'importanza che il documento di sintesi riveste prima della conclusione del contratto permane anche una volta instauratosi il rapporto, trasformandosi in quadro riassuntivo delle condizioni contrattuali e modalità informativa dell'eventuale variazione delle condizioni contrattuali *ex* art. 118 t.u.b. (Titolo X, sez. IV, par. 2, delle Istruzioni di Vigilanza del 2003 e nelle vigenti Disposizioni sulla trasparenza del 2009, sez. IV, par. 3). Infatti esso [che viene trasmesso al cliente ad ogni variazione del contratto (705) e, comunque, almeno una volta all'anno assieme al rendiconto], datato e progressivamente numerato, riporta le condizioni economiche in vigore anche se non sono variate rispetto alla comunicazione precedente. In caso di variazione, le condizioni oggetto di modifica sono riportate con una specifica evidenza grafica.

Per quanto riguarda l'ISC, il testo del par. 9, sez. II, Titolo X, delle Istruzioni di Vigilanza del 2003 poteva far sorgere qualche dubbio interpretativo in quanto disponeva che «*il contratto e il "documento di sintesi" di cui al par. 8 della presente sezione riportano un "indicatore sintetico di costo" (ISC)*». Anche in tal caso è necessario prendere in considerazione la collocazione sistematica della norma e considerare in primo luogo il riferimento al contratto come al testo contrattuale consegnato dalla banca al cliente prima della conclusione del contratto (quello al quale, come indicato *supra*, è unito il documento di sintesi)

(705) Oggi, invero, ai sensi del par. 2, sez. IV, delle Disposizioni sulla trasparenza del 2009, così come modificato con il Provvedimento Banca d'Italia 15 luglio 2015, in caso di modifica unilaterale delle condizioni del contratto da parte dell'ente creditizio questi deve osservare le condizioni e i limiti di cui all'art. 118 t.u.b.

e, *in secundis*, che la disposizione è collocata nella sez. II del Titolo X, relativa all'informazione precontrattuale e non nella sez. III, recante la disciplina dei contratti e nella quale sono contenute le disposizioni in materia di forma e di quel contenuto minimo tipico determinato di cui all'art. 117, comma 8°, t.u.b., la difformità dal quale cagiona la nullità del contratto (706). A sostegno di tale interpretazione vi è il dato letterale del par. 8.2, sez. II, Disposizioni sulla trasparenza del 2009, (modificato con il Provvedimento Banca d'Italia 15 luglio 2015, che ha distinto la disciplina dell'ISC per i conti correnti e i contratti di finanziamento), ove è disposto che l'ISC dei finanziamenti è riportato nel foglio informativo e nel documento di sintesi, circoscrivendo chiaramente la rilevanza dell'ISC alla sola fase precontrattuale.

La mancata indicazione dell'ISC non sarebbe dunque causa di nullità del contratto in quanto essa non è elemento del contenuto minimo dello stesso, ma comporta conseguenze esclusivamente sul piano della mancata ottemperanza degli obblighi di informazione di cui è onerato l'intermediario nella fase precontrattuale (707).

---

(706) COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI – UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le istruzioni di vigilanza*, cit., p. 5.

(707) Di contrario avviso rispetto all'impostazione da noi argomentata nel testo v., recentemente, Trib. Napoli 25 maggio 2015; Trib. Cagliari, 29 marzo 2016, cit., che dichiarano la nullità del contratto per violazione dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. in quanto l'assenza dell'indicatore sintetico del costo impedirebbe al cliente di avere conoscenza del costo del finanziamento e di poter effettuare così una valutazione complessiva e comparativa della proposta contrattuale. L'ISC – a giudizio della giurisprudenza di merito in analisi – si pone in una duplice veste: sia come strumento di pubblicità nella fase pre-contrattuale, sia quale contenuto minimo e tipico del contratto previsto necessariamente dalla Banca d'Italia quale strumento di protezione del cliente in funzione di trasparenza delle condizioni economiche del contratto. La curia cagliaritana, inoltre, afferma che la nullità del contratto per mancata indicazione dell'ISC deriverebbe per altra via anche dalla violazione di norma imperativa. L'inserimento in contratto dell'ISC, difatti, lungi dall'essere solo obbligo di comportamento del finanziatore, costituirebbe un obbligo posto a presidio di interessi pubblici di primaria importanza e non solo del cliente: la trasparenza delle condizioni economiche del contratto mediante l'indicazione del costo complessivo dell'operazione non consente solo al cliente di cogliere il senso complessivo dell'operazione, ma altresì di comparare le proposte contrattuali

Anche a voler dare un'interpretazione rigorosa della norma, per cui l'indicazione dell'ISC debba essere ricondotta entro gli obblighi contrattuali gravanti in capo all'ente creditizio, è doveroso fare riferimento alle modalità di calcolo dell'ISC indicate dal par. 8.2, sez. II, Disposizioni sulla trasparenza del 2009 (e già prima al par. 9, Titolo X, sez. II, delle Istruzioni del 2003), ossia le stesse con le quali, ai sensi dell'art. 121, commi 1°, lett. *m*), e 3°, t.u.b., viene calcolato il tasso annuo effettivo globale (TAEG) (708) nei contratti di credito ai consumatori (709). Come è stato rilevato dalla S.C. (710), la nullità di un contratto di finanziamento può essere qualificata come parziale, in quanto riguardante parte del contenuto di un contratto divisibile (*scilicet*, nel caso del credito fondiario, il costo del credito che il finanziato deve corrispondere al

presenti sul mercato così da orientarlo nella scelta della proposta più conveniente e di garantire la più ampia concorrenza tra gli operatori. Per questo motivo, esso si impone alla volontà delle parti in quanto posto a presidio di interessi superiori. La violazione della norma, pertanto, non potrebbe incidere solamente nell'ambito della responsabilità per inadempimento – che tutela l'interesse privato della parte – dovendo gravitare nell'ambito dell'invalidità per contrasto con una norma imperativa posta a tutela di interessi indisponibili.

(708) Le Disposizioni del 2009, alla sez. II, par. 8.2, affermano che per i contratti di finanziamento «*Il TAEG è calcolato secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di credito per i consumatori (sez. VII, par. 4.2.4), e dall'Allegato 5B*».

(709) Sebbene siano entrambi indici del costo effettivo dell'operazione per il cliente, grazie ai quali costui soddisfa la propria esigenza di essere informato circa l'effettiva incidenza sull'operazione o servizio del tasso d'interesse e degli oneri accessori, consentendogli di comparare le diverse offerte presenti sul mercato e poter così orientarsi verso la scelta migliore, come rileva G.L. GRECO, *La "pubblicità" nella nuova trasparenza bancaria*, in G.L. GRECO (a cura di), *Studi sul rapporto tra banca e cliente. Trasparenza, Mifid,* corporate bond, Pisa, 2008, p. 50 ss., la distinzione tra TAEG e ISC è desumibile innanzi tutto dalle caratteristiche proprie del primo, il quale ha uno specifico ambito di applicazione soggettivo – il cliente consumatore – ed oggettivo – il credito al consumo –, assenti nell'ISC. In secondo luogo, la loro diversità è ravvisabile anche dalla differente disciplina sanzionatorie in caso di omissione nella loro indicazione. Infatti, per l'ISC non è previsto il meccanismo di integrazione legale dei contratti al quale si ricorre nel caso di assenza del TAEG. Per un parallelismo tra ISC e tasso effettivo globale medio (TEGM) cfr. D. MANENTE, *La pubblicità del tasso effettivo globale medio degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari*, in L. DE ANGELIS – N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario. Commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008, p. 338 ss.

(710) Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, cit.

finanziatore).

Come è noto, l'art. 1419, comma 2°, c.c. afferma che la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (arg. *ex* art. 1339 c.c.). E l'art. 125-*bis*, comma 7°, lett. *a*), t.u.b. prevede una c.d. clausola di *default* che in caso di assenza o nullità della clausola contrattuale riguardante il TAEG, questo equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annui (711).

Questa è stata definita (712) una nullità parziale necessaria (di protezione) e, pur se contrariamente al Codice del consumo (art. 33, comma 1°) il t.u.b. non contiene una regola generale di non propagazione della nullità di singole clausole all'intero contratto, deve comunque ritenersi regola generale della disciplina della trasparenza bancaria – nonché principio fondamentale delle nullità di protezione – quella per cui la nullità di singole clausole non può mai comportare la nullità totale del contratto, nei limiti – naturalmente – che la conservazione corrisponda anche in concreto all'interesse sostanziale del cliente (713).

Una recente giurisprudenza di merito (714), individuando l'identità tra TAEG e ISC (715), ha condiviso siffatta impostazione declarando la nullità parziale del contratto di finanziamento per violazione di norme imperative inderogabili, con la conseguente applicazione del tasso BOT.

---

(711) Tale tipologia di clausole di *default* è definita da G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto dell'economia*, Padova, 2000, p. 105 e p. 152 ss., *penalty default rule*, in quanto introduce una disciplina che penalizza la parte più informata, nella fattispecie in analisi l'ente creditizio.

(712) Da A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 305 s.

(713) La conservazione del contratto appare essere un principio che si ricava dall'analisi della *ratio* delle diverse disposizioni legislative a tutela dei contraenti deboli: sul punto cfr. S. POLIDORI, *Disciplina della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 13 e p. 180; P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002, p. 384 s.

(714) Trib. Chieti, 23 aprile 2015, in *Il caso.it*.

(715) In quanto l'ISC, così come il TAEG, «*tiene conto non solo del tasso di interesse applicato al finanziamento, ma anche di tutte le spese di natura bancaria che la parte finanziata è tenuta a pagare*».

La nullità dei contratti bancari e finanziari in caso di violazione degli obblighi precontrattuali, condivisa anche da parte della dottrina (716) è contornata da non poche incertezze in quanto l'inadempimento nei doveri di informazione appare inidoneo ad influire sul consenso della controparte contrattuale, risultando arduo sostenere l'allocazione dei doveri di informazioni tra i doveri contrattuali (e, per tale ragione, un'integrale assenza del consenso), specie allorché la consegna del contratto e del documento di sintesi non rientra nella sfera della doverosità.

Aderendo invece alla tesi – sistematicamente più coerente, anche all'esito della direttiva MCD – della violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, le conseguenze saranno limitate alla responsabilità precontrattuale della banca con il conseguente rimedio del risarcimento del danno, sulla qualificazione del quale è intervenuta in più riprese la Corte di Cassazione (717).

La S.C. ha sottolineato come la responsabilità per violazione di specifici obblighi precontrattuali dell'intermediario non sia limitata ai soli casi in cui la

---

(716) Cfr., *inter alios*, R. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, p. 100 ss.; ID., *Nullità e obblighi di informazione*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 150 ss.; E. SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 190 ss.; V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in L. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 478 s.; ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 245; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 18 s.

(717) Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Corr. giur.*, 2008, p. 228 ss., con nota di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*; in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*. Per una ricostruzione del variegato panorama giurisprudenziale sulle conseguenze nascenti dalla violazione degli obblighi informativi a tutela del cliente da parte dell'intermediario cfr. C. CHESSA, *A proposito della violazione degli obblighi di informazione nel contratto di investimento finanziario dopo l'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite*, in *Riv. giur. sarda*, 2008, p. 734 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

violazione determini la rottura ingiustificata delle trattative del contratto ovvero la stipulazione di un contratto invalido, bensì riguarda anche il caso in cui dette violazioni siano seguite dalla conclusione di un contratto pregiudizievole per la controparte, ancorché valido ed efficace. Verrebbe così violato il principio di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c., che il Giudice di legittimità ha elevato a clausola generale della fase precontrattuale – il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa – volta a tutelare la libertà di autodeterminazione dell'investitore ed il suo interesse negativo a non stipulare un contratto dal contenuto alterato.

I doveri di comportamento estranei al contenuto tipico dell'obbligazione contrattuale sono esclusivamente fonte di responsabilità (718). La nullità può derivare soltanto dalla violazione di regole di validità che attengano al contenuto del contratto ovvero che postulino il divieto di concludere il contratto (719).

Come ha posto in evidenza un'autorevole dottrina (720), il senso del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento risiede nel conferire al legislatore una riserva esclusiva nella tipizzazione dei comportamenti che, qualora abbiano preceduto o accompagnato la conclusione del contratto, possono incidere sulla validità del medesimo.

---

(718) «*In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni*»: così L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 9.

(719) Sul punto cfr. la riformulazione del principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento operato da G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, p. 734 ss., il quale, pur condividendo l'esclusione della nullità prospettata dalle Sezioni Unite, ritiene che quest'ultima risulti motivata in maniera inadeguata. Difatti, «*la soluzione di far conseguire o meno alla violazione gli obblighi legali di informazione la sanzione della nullità* ex *art. 1418 comma 1 c.c., dipenderà invero da considerazioni di vario genere* (...)*, ma non potrà comunque essere argomentata con la mera considerazione che gli obblighi di informazione costituiscono delle "regole di comportamento", e che per questa ragione la loro violazione non può essere sanzionata con la invalidità del contratto*».

(720) Esattamente C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 630.

Solo in ossequio ad una simile interpretazione la regola di comportamento può essere elevata al rango di norma di validità dell'atto, superando la normale sanzione della responsabilità precontrattuale attraverso la materializzazione dell'informazione in un documento, con la conseguenza che è alla pubblicazione o alla consegna di esso e non alla mera informazione che la legge annoda la nullità (testuale, *ex* art. 1418, comma 3°, c.c.) (721).

La violazione di una norma di comportamento nella fase precedente alla conclusione del contratto, ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità del contratto per vizi del consenso, qualora la disinformazione sia riconducibile ad una delle ipotesi normativamente prese in considerazione come cause di annullabilità del contratto (722), determina dunque la responsabilità precontrattuale dell'intermediario, con il corrispondente obbligo risarcitorio (723). Il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio derivante dalla violazione del dovere di comportamento, salvo che non risulti un maggior danno direttamente derivante dalla condotta dell'intermediario (724).

---

(721) Cfr. L. CASTRONOVO, *La responsabilità contrattuale*, in L. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale*, cit., p. 341 ss.

(722) Per C. SCOGNAMIGLIO *Regole di validità*, p. 628, «*la possibilità di somministrare tale rimedio non incide in alcun modo sul principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento* (...) *perché, nel caso dei vizi del consenso nominati, è appunto il legislatore, e non il giudice, in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede, a predisporre la fattispecie che, se integrata, determina la invalidità del contratto*». Sulla possibilità di domandare l'annullabilità del contratto in caso di violazione degli obblighi di informazione cfr. S. TOMMASI, *Intermediazione finanziaria e obblighi informativi continuativi*, in *Giustizia civile.com.*, 2014, p. 5 s. Appare interessante il rilievo di G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 618, sulla previsione di cui all'art. 4, comma 3°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ove è esplicitamente prevista l'annullabilità del contratto tra l'avvocato e l'assistito in caso di inadempimento degli obblighi di informazione sulla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dal medesimo decreto.

(723) Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, citt.

(724) Cfr. anche Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 621 ss., con nota di A. TUCCI, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari fra "nullità virtuale"*, culpa in contrahendo *e inadempimento contrattuale*.

Il rimedio risarcitorio appare essere la soluzione maggiormente efficiente – oggi anche in relazione all'art. 120-*novies* t.u.b. (725) – nell'ottica del tutelato equilibrio contrattuale, in quanto con la nullità si eccederebbe in una tutela paternalistica a favore del cliente, non dando rilevanza – come, al contrario, è perseguibile con la tutela risarcitoria grazie all'operabilità dei meccanismi di cui all'art. 1227 c.c. – all'eventuale concorso del comportamento colposo del danneggiato ovvero alla ipotetica evitabilità, in tutto o in parte, del danno (726). Ciò rappresenta inoltre uno strumento di educazione finanziaria del cliente, il quale in tal modo sarà stimolato a seguire più elevati standard di diligenza nelle sue future iniziative di investimento.

L'attenzione prestata dalla nuova disciplina al servizio di consulenza trova la sua massima espressione nell'art. 120-*terdecies* t.u.b., che riserva la prestazione del servizio ai finanziatori e agli intermediari del credito (727).

I consulenti – che possono essere considerati indipendenti qualora prestino professionalmente e in via esclusiva servizi di consulenza – oltre ad essere gravati da obblighi informativi antecedenti la prestazione del servizio devono agire nel migliore interesse del consumatore, dal quale acquisiscono informazioni aggiornate sulla sua situazione personale e finanziaria, sugli obiettivi e sulle preferenze al fine di fornirgli una raccomandazione personalizzata adeguata e ragionevole rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria. Ai fini della raccomandazione i consulenti debbono prendere in considerazione un numero sufficientemente ampio di contratti di credito nell'ambito della gamma di prodotti da essi stessi offerti o, nel caso dei mediatori creditizi, un numero sufficientemente ampio di contratti

(725) Anche R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 797, 799, pone le conseguenze della violazione degli obblighi informativi nel credito immobiliare ai consumatori fuori dal perimetro della validità del contratto.

(726) Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità*, cit., p. 624.

(727) Sulla tematica v. A. LUPOI, *La direttiva 17/2014*, cit., p. 234 ss.

di credito disponibili sul mercato.

È stato erroneamente considerato, facendo perno sull'art. 8 direttiva MCD, che la consulenza debba essere gratuita (728). La gratuità delle informazioni fornite ai consumatori nella fase precontrattuale deve essere limitata alla sola informativa obbligatoria (quella di cui all'art. 120-*novies* t.u.b.), dovendosi escludere perciò il servizio di consulenza, la cui remunerazione è prevista dall'art. 120-*terdecies* t.u.b., ma che deve comunque essere resa nota al consumatore prima dell'esecuzione della prestazione (729).

Ancora, si deve rifuggire dalla tesi che vede la fonte del contratto di consulenza nel contatto sociale qualificato (730), anch'essa frutto di confusione tra obblighi precontrattuali e servizio di consulenza.

La teoria del contatto sociale qualificato, nel corso degli ultimi due decenni, ha trovato ampio utilizzo nelle più varie materie: dal caso della responsabilità medica (731) al tema della pubblica amministrazione per atti illegittimi (732); da quello della scuola per l'autolesione dell'alunno (733) finanche a quello della banca che paghi un assegno non trasferibile a chi non è legittimato (734).

Come recentemente rilevato dalla Suprema Corte (735), deve essere escluso che il contatto sociale elaborato dalla giurisprudenza italiana possa equipararsi ad una fonte contrattuale.

---

(728) Così R. CALVO, Le regole generali, cit., p. 825.

(729) Di analogo avviso A. AZARA, *Commento all'art. 8 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 221 ss.

(730) Sostenuta da R. CALVO, *Le regole generali*, cit., p. 825.

(731) La teoria del contatto sociale qualificato in materia di responsabilità sanitaria è stata recepita dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza 29 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

(732) Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2685, con nota di S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale*.

(733) Cass., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346; Cass., SS.UU., 31 marzo 2007, n. 8067.

(734) Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712.

(735) Cass., 4 aprile 2014, n. 7909, in *Ragiusan*, 2014, p. 156.

A giudizio della Corte di Cassazione, difatti, il contenuto contrattuale del contatto sociale qualificato è «*il frutto di una elaborazione giurisprudenziale del diritto nazionale italiano finalizzata ad estendere* (…) *i regimi più favorevoli al malato, della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione, propri delle obbligazioni nascenti da contratto*».

Non si esclude che il contatto sociale qualificato possa essere considerato fonte di un rapporto obbligatorio, giusta la formula di chiusura dell'art. 1173 c.c. «*che racchiude potenzialità non riconducibili a una conformità legalistica*» (736) e attribuisce rilevanza a quei rapporti che non hanno la loro scaturigine nel contratto e nel fatto illecito, ma che sono comunque idonei – in quanto conformi all'ordinamento giuridico – a produrre vincoli giuridici obbligatori. Sebbene la disciplina sulla responsabilità contrattuale fornisca una più efficace difesa a chi è meritevole di una tutela primaria, devono evitarsi «*generalizzazioni indiscriminate*» (737), essendo la formula di cui all'art. 1173 c.c. incompatibile con l'espandersi di una rigidità che vada ad invadere ambiti ragionevolmente presidiati, *in primis*, dalla responsabilità extracontrattuale (738).

Appaiono sicuramente condivisibili le osservazioni di chi è giunto alla conclusione dell'identità sul piano ontologico e normativo del «contatto» e dell'interferenza tra danneggiante e danneggiato propria delle fattispecie aquiliane (739), spostando l'ambito della ricerca sui confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sul piano funzionale e circoscrivendo la responsabilità contrattuale alle fattispecie ove il risarcimento ha una funzione surrogatoria del mancato risultato a favore della sfera patrimoniale o personale

(736) U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e* crisi, Milano, 2016, p. 124.

(737) Puntualmente U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., p. 132.

(738) Ancora, U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., p. 132 s.

(739) Così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 86 ss.

consistente nella prestazione, mentre la responsabilità aquiliana risponde ad esigenze di salvaguardia della ricchezza, andando a ricostruirla ogni qual volta subisca un danno ingiusto (740). Tale precisa disamina (741), replicando alla tesi di uno dei più risoluti difensori della teoria del contatto sociale qualificato (742), pone in risalto come i tradizionali indicatori che fondano la distinzione tra l'obbligazione senza prestazione e l'obbligo aquiliano del *neminem laedere* siano, in realtà, criticabili, sia sotto il profilo del contenuto precettivo (743), sia sotto quello ontologico-normativo (744), che sotto quello dei destinatari del contenuto precettivo dei due obblighi (745).

(740) M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 97 ss.

(741) Approfondita anche, con un'analisi della struttura dogmatica delle rispettive discipline, in M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle* «rationes» *dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 335 ss.

(742) V., recentemente, L. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, spec. p. 138, secondo cui il preteso arretramento del fronte del contatto sociale non corrisponde al vero.

(743) Come rileva M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 77 ss., a giudizio del quale il fatto che la responsabilità contrattuale sia usualmente ascritta alla violazione di un'obbligazione preesistente non designa una discrasia temporale tra obbligo e danno, bensì esprime che l'effetto risarcitorio sorge dall'inadempimento di un'obbligazione il cui tenore e il cui senso prescindono dalla responsabilità che la sua inosservanza determina.

(744) V., ancora, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 165 ss., secondo cui non vi è diversità tra il contatto e l'interferenza tra danneggiato e danneggiante. La circostanza che l'allocazione giuridica degli esiti pregiudizievoli del primo sia retta dal criterio di buona fede, mentre il secondo da criteri attinenti al rischio e alla colpa, lo inducono a declinare la responsabilità aquiliana in due diversi paradigmi: quello del danneggiamento colposo e quello del pregiudizio abusivo, con un'ulteriore distinzione sulla base dei problemi che esibiscono i due tipi di conflitti, chiamati – rispettivamente – occasionali e modali.

(745) Superando così la contrapposizione tra relatività dell'obbligazione senza prestazione e indeterminatezza dell'obbligo aquiliano, in quanto tutti gli obblighi sono determinati e soggettivamente orientati. L'indeterminatezza tipica del dovere di *neminem laedere* è metaforicamente ordinata ad indicare il raggio della pretesa di rispetto dei diritti assoluti, mentre il carattere relativo tipico delle obbligazioni indica che la pretesa all'esecuzione coattiva del credito può essere esperita esclusivamente nei confronti del debitore: cfr. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 91 ss.

Pertanto, come rilevato da un Autore (746), la costruzione della responsabilità fondata sulla teoria del contatto sociale trova le sue giustificazioni esclusivamente in ragioni di politica del diritto: siffatta teoria è nata per ben altri scopi e il suo adeguamento è frutto dell'uso semplicistico di un modello legale trapiantato da un ordinamento straniero (in particolare, quello tedesco) (747).

8.3. ***L'istruttoria reddituale e tecnico-legale nel credito immobiliare ai consumatori*** **–** L'art. 120-*novies*, comma 1°, lett. *b*), t.u.b. dispone che il documento contenente le informazioni precontrattuali deve avvertire il consumatore che il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa di scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione. L'art. 120-*undecies* t.u.b. detta una innovativa disciplina (748), secondo cui «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate*»

(746) A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss., riferendosi alla responsabilità medica.

(747) Questa tesi è stata duramente criticata da L. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 133 ss. Sotto i profili della uniformità ed omogeneità, ai fini della determinazione della giurisdizione italiana *ex* art. 5, comma 1°, lett. *a*), Regolamento (CE) n. 44/2001 in ordine alla domanda di responsabilità contrattuale da contatto sociale tra agenzie di *rating* e utenti dei mercati finanziari e sull'esclusione di questa dall'ambito della «*materia contrattuale*» di cui alla richiamata disposizione cfr. Trib. Roma, 7 febbraio 2014, in *Il caso.it*.

(748) Del medesimo parere (P. DE GIOIA CARABELLESE) – C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 1431.

(749).

Nel nostro ordinamento la tematica della verifica del *rating* del consumatore facente ricorso a un contratto di credito trova un suo precedente nell'art. 124-*bis* t.u.b., norma dal tenore, però, nettamente più blando.

Se la norma dell'art. 124-*bis* t.u.b. aveva tratteggiato un finanziamento bancario ai consumatori fondato sulla «*responsabilità*» (750) l'art. 120-*undecies* t.u.b. lo fonda sulla «*prudenza*» (751), evitando sì il sovraindebitamento (752), ma nella consapevolezza degli effetti nefasti che questo può avere, partendo dal mercato immobiliare, sull'intera finanza mondiale.

Senza esaltare la valutazione del merito creditizio come ha invece fatto quell'orientamento dottrinale che ritiene che essa permetta una nuova lettura della responsabilità patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., accordando ad essa una importanza e una valenza che trascende i tradizionali strumenti di conservazione di cui al libro VI c.c. (753), la novella assume una notevole importanza sotto più profili. L'obbligo che incombe sulla banca di valutare il merito creditizio del consumatore deve essere riguardato in un'ottica non soltanto prudenziale, ma anche di tutela di colui che ha formulato la richiesta di finanziamento, trattandosi di una valutazione che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del

---

(749) Per una disamina degli spunti offerti in merito dalla direttiva MCD cfr. E. PELLECCHIA, *La direttiva 2014/17/UE*, cit., spec. p. 209 ss.

(750) Cfr. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 38 ss.

(751) In tal senso R. CALVO, *Le regole generali*, cit., p. 826.

(752) L'art. 6, comma 2°, l. 3/2012 definisce il sovraindebitamento «*una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*». Sul tema, in generale, cfr. E. CATERINI, *Credito al consumo, "tutela e incoraggiamento del risparmio", sovraindebitamento*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Credito al consumo*, Napoli, 2010, p. 45 ss.

(753) Così K. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali. Commento agli artt. 18, 19 e 20 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 384.

cliente.

In primo luogo, può riconoscersi una valenza pubblicistica, dal momento che una adeguata e corretta valutazione consente una corretta allocazione delle risorse bancarie, concedendo il credito esclusivamente a coloro che sono in grado di restituirlo ed evitando che il denaro ottenuto dalle banche mediante la raccolta del risparmio sia vincolato in impieghi troppo rischiosi e che il mancato rimborso da parte dei soggetti beneficiati possa non solo compromettere la sana e prudente gestione del finanziatore stesso, ma anche aggravare irragionevolmente il rischio assunto da terzi, segnatamente quando abbiano prestato una garanzia personale ovvero abbiano acquistato uno strumento derivato dalla cartolarizzazione dei crediti bancari (754). Inoltre, la valutazione assume una valenza prettamente privatistica che si riverbera sul regolamento contrattuale e si manifesta in un doppio ordine di ragioni: nell'obbligo della banca di valutare la capacità del consumatore di rimborsare il finanziamento e nell'obbligo del consumatore di fornire le corrette informazioni sulla sua situazione patrimoniale per consentire un corretto ed adeguato giudizio. Questa valutazione può, però, condurre a diversi risultati.

Lasciando da parte l'innocuo caso della concessione del credito susseguente ad una valutazione corretta e positiva – che, in ogni caso, non dovrebbe automaticamente tradursi nell'obbligo per il finanziatore di erogare il credito (755) –, ci si deve soffermare sul caso in cui la valutazione sia corretta, ma negativa e pertanto conduca ad un diniego del credito e su quello relativo a una valutazione erronea (per cattiva condotta del finanziatore ovvero per omissioni o reticenze del consumatore), cui comunque segua l'erogazione del

(754) Cfr. A. SIMONIATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009, p. 188; Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440. V. anche C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 2014, p. 547.

(755) V. il considerando n. 57 Direttiva MCD.

credito.

Nel primo caso, una valutazione negativa può a ragione determinare un diniego del finanziamento, ma il soggetto finanziatore deve informare il consumatore del rifiuto e se la decisione è basata sul trattamento automatico di banche dati (su cui v. anche l'art. 125 t.u.b.) (756).

Quid iuris nel caso in cui il contratto di finanziamento sia stato concluso sulla scorta di valutazioni inesatte, trascurando il merito creditizio del consumatore, sopravvalutandone le capacità reddituali ovvero nel caso in cui costui abbia omesso di fornire informazioni utili allo *scoring* o fornito false informazioni?

Il caso dell'erronea valutazione dipendente da un comportamento omissivo o commissivo del consumatore è l'unico per cui è stato previsto un rimedio. Questa è, infatti, l'unica circostanza in cui il finanziatore può risolvere il contratto concluso sulla scorta di una scorretta valutazione ovvero modificare unilateralmente le condizioni contrattuali *ex* art. 118 t.u.b. (art. 120-*undecies*, comma 4°, t.u.b.).

In totale assenza di un apparato sanzionatorio per le altre fattispecie, deve innanzitutto ritenersi sproporzionata l'impostazione secondo cui l'erogazione del finanziamento basata su una errata verifica del merito creditizio ovvero concessa ad un consumatore immeritevole determini l'invalidità del contratto, sia nel senso della nullità (757) che in quello dell'annullabilità per errore sulle

---

(756) Sull'art. 125 t.u.b. cfr. R. VIGO, *Commento* sub *art. 125 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, cit., p. 1440 s. V. anche la decisione dell'Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182 e le numerose decisioni arbitrali ivi richiamate.

(757) In tal senso R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 799, la quale individua il rimedio nella nullità virtuale parziale, che permetterebbe di conservare l'operazione contrattuale travolgendo solo quella parte di contratto relativa alle condizioni economiche e al piano di ammortamento che fosse risultata influenzata dalla mancata valutazione del merito creditizio. Ad avviso della G., il rimedio, sul piano pratico, potrebbe ispirarsi alla tecnica utilizzata dall'ultimo comma dell'art. 1815 c.c. in materia di usura e dovrebbe altresì avere una legittimazione relativa azionabile solo ad opera del consumatore danneggiato. A nostro avviso, non essendo esplicitamente richiamato tra le disposizioni applicabili, nel caso di un contratto di credito ai consumatori finalizzato all'acquisto di un immobile residenziale comunque non

qualità del consumatore *ex* art. 1429, n. 3 c.c. (758), in quanto indebolirebbe e stempererebbe la tutela effettiva della parte astrattamente protetta (759).

Anche la tesi che riconduce la vicenda patologica al rimedio risolutivo *ex* art. 1453 c.c. (760) deve essere esclusa, considerando che l'unico caso in cui la valutazione non corretta può condurre alla risoluzione del contratto è quella in cui il comportamento rilevante è, come s'è visto, *ex latere debitoris*.

La lesione del diritto individuale del consumatore ad una preventiva valutazione del proprio merito creditizio deve essere ascritta alla fase precontrattuale, potendosi perciò configurare un danno risarcibile, nel senso già esposto *supra* a proposito degli obblighi informativi precontrattuali (761).

Il discorso è strettamente connesso a quanto visto *supra* (§ 2.2 del presente capitolo) in materia di limiti di finanziabilità. Il valore della stabilità patrimoniale che, secondo la Corte di Cassazione (762), la disciplina di cui

---

opererebbe l'art. 125-*bis*, comma 9°, t.u.b., in ragione del quale, in caso di nullità del contratto di credito al consumatore costui non è tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di rimborsare ratealmente quanto dovuto, con la stessa periodicità dedotta in contratto, che trasforma *de facto* un finanziamento nullo in un finanziamento gratuito.

(758) Cfr. M.M. FRANCISETTI BROLIN, *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla* culpa in contrahendo *ai vizi del volere*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 562 ss. *Contra*, v. la decisione dell'Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, cit.

(759) In tal senso R. CALVO, *Le regole generali*, cit., p. 827, il quale però riconduce la vicenda patologica più generalmente all'inadempimento *ex* art. 1218 c.c. Appare possibilista alla risoluzione del contratto anche R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 799, secondo cui il solo consumatore potrebbe chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento o l'adempimento in termini di rideterminazione delle condizioni economiche alla luce della reale e trascurata valutazione del suo merito creditizio.

(760) Sostenuta da R. CALVO, *Le regole generali*, cit., p. 827.

(761) Aderiscono alla tesi della tutela risarcitoria K. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori*, cit., p. 392 s., la quale ravvisa che la lesione si concretizza nel danno derivante dal peggioramento dell'esposizione debitoria del consumatore e dall'impossibilità di adempiere all'obbligazione restitutoria. Cfr. anche S. LA ROCCA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in V. RIZZO – E. CATERINI – L. DI NELLA – L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e di credito*, Napoli, 2010, p. 226. V. inoltre la decisione dell'Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, cit.

(762) Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit.

all'art. 38, comma 2°, t.u.b. tutela, ravvisando nelle disposizioni primarie e secondarie in questione una norma di buona condotta la cui violazione potrà comportare al più l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario non deve essere a nostro avviso ravvisato nel rispetto della proporzione tra valore dell'immobile e importo finanziato, ma nella valutazione della meritevolezza del cliente al finanziamento.

L'operazione di valutazione della solvibilità del creditore ha sempre accompagnato l'istruttoria precedente all'erogazione del finanziamento, anche in assenza di una espressa previsione normativa. Oggi, la disciplina trova sede in materia di credito ai consumatori finalizzato all'acquisto di immobili ed è posta a tutela del consumatore stesso e della stabilità dei finanziatori (763) e smentisce l'affermazione secondo cui «*un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente*» (764), in quanto il cliente potrebbe non riuscire a rispondere dei debiti contratti perché non sostenibili in relazione alla sua specifica capacità patrimoniale. La garanzia ipotecaria garantisce sì l'operazione di finanziamento e giustifica la deroga al principio della *par condicio creditorum* che caratterizza la disciplina del credito fondiario, ma non è di per sé sufficiente a tutelare la stabilità di coloro che operano sul mercato.

L'attività istruttoria sulla verifica del *rating* creditizio è invece una valutazione più completa, sebbene previsionale (765), che ha ad oggetto sia i

---

(763) Cfr. M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori di cui al capo II titolo VI Tub novellato dal titolo I del D.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 323.

(764) Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit.

(765) K. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori*, cit., p. 389. Si vedano, inoltre, gli *Orientamenti ABE sulla valutazione del merito creditizio* EBA/GL/2015/11 del 19 agosto 2015, i quali richiedono agli operatori del credito, prima della conclusione del contratto, di svolgere una valutazione approfondita del merito creditizio dei consumatori, al fine di verificarne la capacità (attuale e prospettica) di adempiere ai propri obblighi contrattuali. A tal fine, banche e intermediari sono chiamati a tener conto, *inter alios*, della capacità del consumatore di produrre reddito nel tempo (anche attraverso indagini "ragionevoli"); degli ulteriori impegni di pagamento già assunti dal consumatore; dei fattori che riducono o potrebbero in prospettiva ridurre la capacità del consumatore di adempiere agli obblighi derivanti dal contratto di

profili reddituali che quelli patrimoniali, per stabilire la solidità finanziaria e la capacità di rimborso dell'aspirante finanziato. L'imperita valutazione del merito creditizio farebbe dunque sorgere, oltre alla testé accennata tutela di tipo risarcitorio a favore del creditore cui è stato leso il diritto a un corretto *scoring*, anche quelle sanzioni previste dall'ordinamento bancario di cui ha discorso la Suprema Corte.

La garanzia ipotecaria opererebbe in una fase patologica, in cui il credito è già deteriorato e rappresenta perciò un *quid pluris* ai fini della stabilità patrimoniale del finanziatore ai fini dell'erogazione del finanziamento, il cui eventuale venire meno a causa della nullità derivante dalla violazione del limite di finanziabilità non cagionerebbe il paventato risultato paradossale di pregiudicare il valore della stabilità patrimoniale della banca che la relativa normativa proteggerebbe. Il suo fine primario è quello di tipizzare la categoria del credito fondiario attribuendo ai contratti di finanziamento il requisito, appunto, della fondiarietà, che consente l'applicazione della disciplina iperprotezionistica a favore delle banche eroganti (766).

Questa opinione trova oggi una implicita conferma negli artt. 120-*undecies*,

---

credito (ad esempio, la riduzione del reddito dopo il pensionamento, l'aumento dei tassi di interesse con riferimento ai mutui a tasso variabile etc.).

(766) Sebbene R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 800 metta in guardia dal fatto che – da una lettura congiunta dell'art. 19 e dal considerando n. 26 direttiva MCD – possa essere attirata nell'alveo delle regole di comportamento, in quanto nella anzidetta direttiva si chiarisce come sia importante garantire la corretta valutazione del bene immobile residenziale quando questa «*incida sugli obblighi residui del consumatore, in caso di insolvenza*», ciò non sembra contraddire la posizione sostenuta nel testo. L'Autrice, inoltre, aggiunge che «*sembra potersi escludere un problema di validità del contratto, si tratterebbe di dovere gestire il pregiudizio subito dal consumatore a causa di una imprudente o negligente perizia pensando a soluzioni di natura satisfattoria per il consumatore danneggiato che dovrebbero in ogni caso lasciare impregiudicata la sussistenza (e dunque validità) del contratto stesso. Ciò sempre a patto che non si voglia invocare la categoria della c.d. nullità virtuale a seguito della violazione di regole di condotta imposte agli intermediari durante la fase delle trattative, elaborata dalla giurisprudenza facendo leva sul carattere imperativo delle disposizioni che prevedono dette regole ovvero ritenendo le stesse espressione di principi di ordine pubblico, quali la protezione del risparmio e il buon funzionamento del mercato*».

comma 4°, e 120-*duodecies* t.u.b., dedicato alla valutazione del bene immobile, che consente di superare uno degli argomenti addotti dalla S.C. per suffragare la propria tesi.

Con riferimento alla prima delle due norme, è previsto che nel caso di un «*aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni aggiornate, a meno che il credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria*». È palese l'esigenza, da parte del finanziatore, di avere indicazioni circostanziate sul livello di affidabilità del cliente.

Per quanto concerne, invece, la valutazione del bene immobile con cui si garantisce l'esposizione creditizia, il giudice di legittimità ha infatti altresì rilevato che la valutazione estimatoria dell'immobile oggetto di finanziamento è suscettibile di opinabilità e soggetto a margini di incertezza valutativa e come tale non rilevabile dal testo del contratto (767). Nella norma in analisi l'affidabilità è riferita non al bene, ma agli standard per la valutazione dei beni immobili residenziali ipotecandi (768). Le disposizioni attuative della Banca

(767) Così, ancora, Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, cit.

(768) Rileva R. GRISAFI, *Credito ai consumatori*, cit., p. 800 che l'importanza di questa disciplina deve essere individuata specialmente nel fatto che spesso la difficoltà dell'accesso al credito e i relativi alti costi dipendono anche dai meccanismi di valutazione immobiliare da cui deriva l'idoneità del bene a fungere da idonea garanzia. La valutazione è svolta da persone competenti sotto il profilo professionale e indipendenti dal processo di commercializzazione del credito, in modo da poter fornire una valutazione imparziale ed obiettiva, documentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. La normativa secondaria di cui alla successiva nota disciplina rigorosamente le regole volte a garantire la professionalità dei periti (i dipendenti della banca/intermediario, i periti esterni persone fisiche o tutti i soggetti chiamati a occuparsi, in concreto, della valutazione degli immobili nel caso in cui sia affidato l'incarico a periti esterni costituititi in forma societaria o associativa) nonché la loro indipendenza dal processo di commercializzazione del credito o da aspetti nevralgici del processo di erogazione dello stesso. Specifiche regole trovano, poi, applicazione con riferimento a un'eventuale affidamento in *outsourcing* dell'attività di valutazione degli immobili da parte sia di banche che di intermediari finanziari (oggi, invero, sempre più diffuso), chiamati a sorvegliare attentamente i rischi derivanti da tale esternalizzazione e mantenendo, comunque, in capo a

d'Italia (769) dispongono che tali standard si riferiscano a quelli elaborati e riconosciuti a livello internazionale (770) ovvero elaborati a livello nazionale purché i principi, i criteri e le metodologie di valutazione in essi contenuti siano coerenti con i suddetti standard internazionali. Gli standard possono essere anche valutati dalla banca stessa (c.d. standard interni), purché i principi, i criteri e le metodologie di valutazione in essi contenuti siano coerenti con i suddetti standard internazionali o nazionali.

Si prevede, infine, che l'immobile venga stimato a un valore non superiore al «*valore di mercato*» (771) e che la valutazione sia documentata attraverso un'apposita relazione corredata da tutti i documenti utilizzati per effettuarla, debitamente conservati per un periodo di dieci anni successivi all'estinzione del rapporto.

8.4. ***I finanziamenti in valuta estera*** **–** Tra le norme relative agli obblighi informativi gravanti sull'intermediario vi è quella di cui all'art. 120-*quaterdecies*

sé la capacità di controllo e la responsabilità dell'attività di valutazione deli immobili.

(769) Per le banche v. le disposizioni previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 (Istruzioni di vigilanza per le banche – Aggiornamento n. 17 del 27 settembre 2016), parte I, Titolo IV, cap. 3, all. A, § 2.2. Per i finanziatori disciplinati dal Titolo V t.u.b. v., invece, le disposizioni previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015 (Aggiornamento n. 2 del 27 settembre 2016)), Titolo III, cap. I, sez. VII, § 2.2.

(770) Ad esempio, si fa riferimento agli standard redatti dall'*International Valuation Standards Committee*, dall'*European Group of Valuers' Association* o dal *Royal Institution of Chartered Surveyors*.

(771) Definito all'art. 4, n. *76*) del Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento (c.d. *Capital requirements regulation* – CRR) come «*l'importo stimato al quale l'immobile verrebbe venduto alla data della valutazione in un'operazione svolta tra un venditore e un acquirente consenzienti alle normali condizioni di mercato dopo un'adeguata promozione commerciale, nell'ambito della quale entrambe le parti hanno agito con cognizione di causa, con prudenza e senza essere soggette a costrizioni*». L'art. 120-*sexiesdecies* t.u.b. prevede inoltre che «*L'Osservatorio del mercato immobiliare istituito presso l'Agenzia delle entrate assicura il controllo statistico sul mercato immobiliare residenziale ed effettua le opportune comunicazioni ai fini dei controlli di vigilanza macro-prudenziale*».

t.u.b. sui prestiti in valuta estera (772), che opera, però, durante la fase di esecuzione del rapporto contrattuale. Questa tipologia di finanziamento appare pericolosa per il consumatore in quanto implica un'asimmetria informativa sulle fluttuazioni della valuta in cui è espresso il finanziamento. In ragione di ciò, il finanziato può ritrovarsi nella situazione di perdere una considerevole somma di danaro nel caso in cui si verifichi una modificazione nel tasso di cambio.

In particolare, è previsto che se il valore dell'importo totale del credito o delle rate residue varia di oltre il venti per cento rispetto a quello che risulterebbe per effetto dell'oscillazione del tasso di cambio, il finanziatore è obbligato ad informare il consumatore del diritto di convertire il finanziamento in una valuta alternativa e delle condizioni per farlo. Il consumatore ha comunque diritto di convertire in qualsiasi momento la valuta in cui è denominato il contratto nella valuta dello Stato in cui produce la parte principale del suo reddito ovvero in quella dello Stato di residenza.

Nel solco tracciato da tale argomento si inserisce la problematica – oggetto di una recente e interessante pronuncia della giurisprudenza di merito (773) – delle clausole contrattuali che prevedono, in caso di richiesta di estinzione anticipata del finanziamento, che l'importo del capitale residuo vada prima convertito in una valuta estera al tasso di cambio convenzionale fissato nel contratto e successivamente riconvertito in euro al cambio rilevato il giorno del rimborso. Così, il cliente-consumatore subirebbe la doppia alea della duplice conversione del capitale residuo, in virtù dell'applicazione di un meccanismo che produce un significativo squilibrio ai suoi danni determinato sulla scorta di una clausola il cui tenore contravviene ai principi di trasparenza, pubblicità

(772) Cfr. D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 190 ss.

(773) Trib. Roma (ord.), 3 gennaio 2017, in *Il caso.it*, pronunciatosi sulla medesima questione già oggetto di decisione dell'Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Coordinamento, 20 maggio 2015, n. 4135.

e chiarezza *ex* art. 115 e 116 t.u.b. (cui, oggi, deve aggiungersi, a nostro avviso, l'art. 120-*quaterdecies* t.u.b., stante la *ratio iuris* sottesa alla norma), nonché degli artt. 33 ss. cod. cons.

Dalla violazione delle anzidette norme deriva la nullità della clausola in esame. Questa, infatti, non espone in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera, nonché il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, cosicché essa si pone in contrasto con l'art. 34, comma 2°, cod. cons., oltre che contro l'orientamento della Corte di Cassazione (774) e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (775).

Infatti, come si detto, detta clausola contrattuale si limita a prospettare che gli importi già restituiti o ancora dovuti dal mutuatario siano dapprima convertiti nella valuta estera al tasso di cambio convenzionale e l'importo così ottenuto sia poi riconvertito in euro al tasso di cambio corrente, senza esporre le operazioni aritmetiche che debbano essere eseguite al fine di realizzare tale duplice conversione da una valuta all'altra (e viceversa). In quanto abusiva, tale clausola contrattuale è pertanto suscettibile di essere dichiarata nulla, ai sensi dell'art. 36 cod. cons.

L'Arbitro Bancario-Finanziario (776), nello stabilire con perizia di argomentazioni quali conseguenze produca nel rapporto contrattuale la nullità della clausola, ha ritenuto che a essa consegue l'applicazione della norma di diritto dispositivo alla quale il predisponente aveva inteso derogare a proprio

(774) Cfr. Cass., 8 agosto 2011, n. 17351, in *Giust. civ.*, 2011, 9, I, p. 1960 ss., con nota redazionale.

(775) Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 30 aprile 2014, causa C-26/13, in *Contr.*, 2014, p. 853 (s.m.), con commento di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*.

(776) Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Coordinamento, 20 maggio 2015, n. 4135, cit., cui *adde* Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Coordinamento, 29 luglio 2015, n. 5866; dell'Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Coordinamento, 20 novembre 2014, n. 7727.

vantaggio (777), sostituendo la clausola nulla con le regole di *default* sancite dall'art. 117, comma 7°, t.u.b. [e non anche quelle di cui all'art. 125-*bis*, comma 1°, lett. *a*), t.u.b., norma oggi non richiamata dall'art. 120-*noviesdecies* t.u.b. tra quelle applicabili al credito immobiliare ai consumatori], in combinato disposto con l'art. 125-*sexies*, comma 1°, t.u.b., il quale prevede che il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento – in tutto o in parte – l'importo dovuto al finanziatore, con diritto a una riduzione del costo totale del credito pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto.

In ragione di ciò e tenuto conto del principio nominalistico di cui all'art. 1277, comma 1°, c.c., l'ente creditizio dovrà effettuare – ai fini del rimborso per l'anticipata estinzione del finanziamento – un conteggio pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite dal cliente, senza praticare la duplice conversione dedotta in contratto.

8.5. ***L'autotutela esecutiva in caso di inadempimento del consumatore*** **–** La norma che però suscita le maggiori attenzioni è quella di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. in materia di inadempimento del consumatore. La norma costituisce il recepimento dell'art. 28 direttiva MCD, la quale contiene al par. 4 una disposizione che ha stimolato un vivace dibattito dottrinale in quanto la formula «*Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito*» palesava il rischio, in sede di recepimento, di una deroga al divieto del patto

(777) V. Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, in *Contr.*, 2014, p. 854 (s.m.), con commento di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit.

commissorio (778).

La norma, invero, è il frutto di una traduzione carente dal testo inglese della direttiva (779) «*univocamente orientante l'interprete nel senso di una liceità del pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione*» (780).

La norma, però, non inserisce una novità rivoluzionaria, essendo un meccanismo già noto, come s'è visto (*supra*, § 5.1.1 del presente capitolo), in materia di contratti di garanzia finanziaria. Il comma 3° dell'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. smorza i timori di una deroga al divieto del patto commissorio, in quanto apre facendo ferma la regola prevista dall'art. 2744 c.c.

Tale norma prevede che, stante ciò e ferma la previsione di cui all'art. 40, comma 2°, t.u.b. (781), «*le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-*

(778) Sul punto cfr. (P. DE GIOIA CARABELLESE) – C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 1436 ss.; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 194 ss.; A. BERTOLINI, *Commento all'art. 28 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 491 ss.

(779) «*Member States shall not prevent the parties to a credit agreement from expressly agreeing that return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit*».

(780) Così S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 195.

(781) Per i rapporti tra l'art. 40, comma 2°, e l'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. v. *supra*, § 6 del presente capitolo.

quater». Viene così conferita alle parti la possibilità di inserire, nel contratto di finanziamento immobiliare, un patto marciano (782), auspicato dalla dottrina quale meccanismo per rispettare e implementare la filosofia che sottende la disposizione di cui all'art. 28, par. 4, direttiva MCD (783).

Il comma 4° dell'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. disciplina puntualmente l'operatività della clausola marciana. È innanzitutto previsto che il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola. Ciò permetterebbe di evitare la censura di manifesta eccessività dell'attribuzione patrimoniale conseguita dal professionista in caso di inadempimento del consumatore, in quanto la sua eventualità consegue a una valutazione del consumatore, che può anche non sottoscrivere la clausola (784).

Inoltre, sempre a tutela del consumatore, se il contratto di credito contiene la clausola, costui è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza.

Appare nondimeno centrale la previsione secondo cui costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili, mentre non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 40, comma 2°, t.u.b.

---

(782) Il divieto del patto commissorio risale al 324 d.c. e fu introdotto dall'imperatore Costantino: «*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum eius memoriam aboleri*» (C. 8, 34, 3). Il giurista Elio Marciano, una volta proibite le convenzioni commissorie, ideò uno schema negoziale che continuasse ad assicurare la restituzione del finanziamento attraverso il trasferimento al creditore di beni appartenenti al debitore, ma, al contempo, fosse idoneo a salvaguardare quest'ultimo da abusi e iniquità: «*Potest ita fieri pignoris datio hypotecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescriperunt*» (D. 20, I, 16, 9). Sul tema, v. la pregevole disamina di C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015, p. 823 ss. Sul divieto del patto commissorio e sulla validità del patto marciano si rimanda a quanto già esposto *supra*, al § 5.1.4 del presente capitolo.

(783) Così (P. DE GIOIA CARABELLESE) – C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 1439.

(784) V. A. BERTOLINI, *Commento all'art. 28*, cit., p. 494.

(a norma del quale «*La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata*»).

Infine, sempre per garantire l'equità e la non sproporzionatezza dell'eventuale trasferimento solutorio in caso di inadempimento (785), il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

L'analizzata disciplina del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto immobiliare non coincide esattamente col credito fondiario. Le regole di entrambe le discipline si applicheranno solamente allorché vi sarà l'intersezione degli insiemi del credito fondiario e del credito immobiliare ai consumatori, costituendo un terzo insieme in cui ricorrono tutte le condizioni per la fondiarietà del finanziamento (finanziamento a medio-lungo termine, erogato da una banca, garantito da ipoteca di primo grado su bene immobile e rispettante il limite di finanziabilità) e erogato a favore di un consumatore. Infatti, nel secondo insieme, rientrano anche i contratti di finanziamento (compresi quelli a breve termine) garantiti da ipoteca (non necessariamente di primo grado) anche su altri diritti reali.

Tale finanziamento, inoltre, nel caso in cui risulti finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato potrà essere considerato un finanziamento di scopo

(785) La Suprema Corte ha posto in evidenza come gli effetti che l'ordinamento ripugna con la previsione del divieto del patto commissorio non è per l'attitudine degli effetti a risolversi in una garanzia, bensì in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore: così Cass., 9 maggio 2013, n. 10896, in *Vita not.*, 2013, p. 719 ss.

legale in quanto contratto di credito collegato (786). Infatti, in tal caso trattasi di una fattispecie complessa formata da due contrattazioni astrattamente autonome e distinte, che però si congiungono sotto il profilo funzionale (787).

La rilevanza del collegamento tra il contratto di finanziamento e quello relativo al bene immobile determina importanti conseguenze sotto il profilo dell'inadempimento del fornitore del bene immobile (788), in quanto l'impiego del capitale entra a far parte del regolamento contrattuale e la risoluzione della compravendita del bene – che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di finanziamento – legittima il finanziatore a richiedere la restituzione della somma mutuata, non al consumatore, ma direttamente ed esclusivamente al terzo (789).

Per la Suprema Corte, però, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa – e non ancora il semplice motivo – nell'altro, nonché dall'intento specifico e

(786) Non sarà invece considerabile finanziamento di scopo per il solo fatto di essere un contratto di credito ai consumatori: così A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 755; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 728; *contra* G. OPPO, *Introduzione*, in AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987, p. 15.

(787) V. G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 607.

(788) Sul punto cfr. G. BERTI DE MARINIS, *Inadempimento del fornitore e tutela del consumatore nel credito al consumo*, in *Riv. giur. sarda*, 2016, p. 336 ss., spec. 340 ss.; A. FLORIS – A. FREDA – I. RAPISARDA, *Il collegamento negoziale ed il contratto di credito ai consumatori*, in *Ric. giur.*, 2013 p. 134 ss.

(789) Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19522; Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, p. 388 ss., con nota di G. TARANTINO, *Credito al consumo e obblighi di restituzione della somma mutuata*; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 302 ss., con nota di G. FERRANDO, *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*. In giurisprudenza di merito, da ultimo, v. Trib. Cagliari, 24 settembre 2014, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 537 ss., con nota di L. BACIUCCO, *Il collegamento negoziale in materia di credito al consumo: «vecchia» e «nuova» disciplina a confronto*.

particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro (790).

(790) Così Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Giur. it.*, 2005, p. 1406 s., con nota di F. VITELLI, *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*. In tal senso v. anche Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, *ivi*, 2011, p. 307 s., con nota di C.A. NIGRO, *Collegamento contrattuale legale e volontario, con particolare riferimento alla (vecchia e nuova) disciplina del credito ai consumatori*; Cass., 17 maggio 2010, n. 11974; Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Contr.*, 2011, p. 994 ss., con commento di T. RUMI, *Operazioni di finanziamento e nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di inadempimento del fornitore*. Tra le pronunzie di merito più recenti cfr. Trib. Roma, 20 febbraio 2012; Trib. Milano, 24 aprile 2014.

CAPITOLO III

I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO «*ALIENI*»

SOMMARIO: 1. Il *leasing* abitativo immobiliare – 2. Il contratto di *sale and lease back* – 3. Il prestito vitalizio ipotecario – 4. Il contratto di risparmio edilizio – 5. Il contratto di *rent to buy*.

1. Il *leasing* abitativo immobiliare – Dopo aver esaminato, nel precedente capitolo, il credito fondiario come modello di contratto di finanziamento finalizzato all'acquisto immobiliare e tracciato i confini della categoria, l'analisi vuole ora spostarsi sulla riconducibilità entro la stessa di alcuni contratti di finanziamento «*alieni*» (791), per tali intendendosi quei contratti elaborati sulla base della prassi angloamericana (ma il discorso può estendersi a qualsiasi ipotesi di *legal transplant*), senza tenere in alcun conto il diritto italiano, ma ai quali si applica il diritto italiano.

Tra questi, primario rilievo – se non altro per la diffusione nella prassi e il pregnante interesse scientifico suscitato – occupa il contratto di *leasing* (o locazione finanziaria).

Nei suoi tratti essenziali, il contratto vede la partecipazione di tre soggetti: l'impresa di *leasing* (concedente, *lessor* o locatore), l'utilizzatore (concessionario, *lessee* o conduttore) e il fornitore o costruttore del bene oggetto del contratto di *leasing* (792).

---

(791) Utilizzando l'efficace espressione di G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto alieno al contratto atipico*, cit., p. 54 s.

(792) Sul contratto di *leasing* cfr., *inter alios*, senza pretesa di completezza e oltre agli Autori citati nel prosieguo, V. BUONOCORE, voce Leasing, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, p. 797 ss.; G. DE NOVA, Leasing, in *Dig. civ.*, *Disc. priv.*, X, Torino, 1993, p. 462 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 359 ss.; M.R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002; A. MUNARI, voce Leasing, in *Enc. dir. it.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 655

Considerato lo specifico ambito di indagine del presente lavoro, tuffarci nei fiumi di inchiostro scritti in materia di contratto di *leasing* rischierebbe di condurci fuori dalla rotta prefissataci.

Prima di concentrarci, però, sul leasing immobiliare, è necessario circoscrivere la figura ripercorrendo i tratti della nota distinzione tra leasing operativo e leasing finanziario. Col primo, il produttore di un bene standardizzato concede in godimento il medesimo bene al *lessee* verso un corrispettivo commisurato al valore d'uso del bene, per un periodo inferiore alla vita economica del medesimo, di talché il contratto assume una natura giuridica di contratto di locazione (793). Col *leasing* finanziario, invece, è necessario operare un ulteriore distinguo tra *leasing* finanziario di godimento e *leasing* finanziario traslativo, categorie che son state individuate dalla Corte di Cassazione (794).

Il *leasing* finanziario di godimento è normalmente stipulato da un imprenditore e ha ad oggetto beni strumentali all'esercizio dell'impresa sempre ad elevata obsolescenza. Questi beni normalmente esauriscono la loro utilità economica nel corso del contratto di *leasing*. Quindi, qui la clausola d'opzione ha una funzione molto marginale ed accessoria rispetto al rapporto, perché l'importo di quanto l'utilizzatore dovrà versare al concedente per l'esercizio

---

ss.; C. CHESSA, *Discordanze giurisprudenziali a proposito dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. al contratto di* leasing, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, p. 57 ss.

(793) Cfr. A. TABET, *La locazione di beni strumentali (*leasing*)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, II, p. 289; G. MIRABELLI, *Il* leasing *e il diritto italiano, ivi*, 1974, I, p. 231; G. DE NOVA, *Il contratto di* leasing, Milano, 1985, p. 4; G. CASELLI, Leasing, in *Contr. impr.*, 1985, p. 17; F. CAVAZZUTI, voce Leasing *(diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 3; V. BUONOCORE, *Il contratto di* leasing, in AA.VV., *I contratti di impresa,* Milano, 1993, p. 1463.

(794) Cfr. Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569-5574, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 885 ss., con nota di L. PANZANI, Leasing *finanziario: la tipizzazione di un contratto atipico*. Da ultimo, cfr. Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 692 ss., con nota (senza titolo) di C. CHESSA; Cass., 4 giugno 2008, n. 14760; Cass., 9 novembre 2011, n. 23324, in *Giur. it.*, 2012, c. 2026 ss., con nota di A. CAPOCCETTI, *Il contratto di* leasing *e la sua qualificazione bipartita ad opera della giurisprudenza*.

dell'opzione sarà notevolmente ridotto, poiché l'utilità del bene si è esaurita durante il rapporto, oppure non vi sarà una convenienza da parte dell'utilizzatore all'acquisto del bene, essendo un bene ad elevata obsolescenza che esaurisce la sua funzione, la sua utilità economica, nel corso del rapporto stesso.

Per quel che concerne il *leasing* finanziario traslativo, l'utilizzatore non è necessariamente un imprenditore e il bene non è ad alta obsolescenza, ma, alla scadenza del contratto, continua ad avere un'utilità ed un valore economico residuo molto superiore al prezzo stabilito per l'esercizio dell'opzione d'acquisto. Ciò significa che i canoni corrisposti dall'utilizzatore nel corso del contratto, oltre ad aver costituito il corrispettivo per l'utilizzo del bene hanno scontato anche parte del prezzo per il successivo acquisto, *ergo* sono stati versati nella prospettiva del successivo trasferimento del bene. L'esempio tipico è il *leasing* immobiliare.

Il leasing immobiliare è poi contraddistinto non solo dal fatto di non avere ad oggetto un bene a rapida obsolescenza, bensì dall'incrementare il suo valore con lo scorrere del tempo. Ciò si traduce in una durata del rapporto più lunga rispetto alle altre figure di *leasing* e ad una quantificazione dei canoni basata su criteri prettamente finanziari, che prescindono dalla vita del bene. Inoltre, il prezzo di riscatto del bene può essere determinato in maniera meno rigida (795). Infatti, nelle operazioni aventi ad oggetto beni a lenta obsolescenza che, alla scadenza, avranno un valore consistente, il contratto di *leasing* ha una durata che non è commisurata alla vita economica del bene e ciò si riflette direttamente sul prezzo d'opzione che può essere nettamente inferiore al valore di mercato del bene ovvero esattamente pari a quest'ultimo alla scadenza del rapporto (796).

---

(795) A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 430; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*[2], Torino, 1994, p. 308 ss., che aggiunge quale ulteriore caratteristica l'indicizzazione dei canoni.

(796) V. M. BUSSANI, *I contratti moderni*, Torino, 2005, p. 364 ss.

Un contratto così strutturato ha creato non pochi problemi interpretativi in quanto esso integrerebbe, secondo alcuni (797), lo schema del contratto di vendita con riserva della proprietà o in forma di locazione (artt. 1523 ss. c.c.) in quanto il valore dei canoni e del prezzo di opzione corrispondono al valore capitale del bene. Altri, invece, hanno ricondotto il *leasing* alla locazione con opzione di acquisto (798).

Secondo una diversa impostazione (799), il contratto di *leasing* si configurerebbe invece come un contratto con causa di finanziamento, con l'applicazione analogica della disciplina in materia di mutuo. Secondo questa tesi l'utilizzatore otterrebbe un prestito dalla società di *leasing* che anticipa l'intero prezzo di acquisto del bene, per ottenerne poi la restituzione rateale, garantendosi contro eventuali inadempimenti con la proprietà del bene.

---

(797) Così M. BUSSANI – M. INFANTINO, *La locazione finanziaria*, in E. PANZARINI – A.A. DOLMETTA – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, cit., p. 767 s.; G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla natura del* leasing *immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 271 ss.

(798) In tal senso P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 653 s.; G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel l*easing, Milano, 1989, p. 165 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 206 ss.; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il* leasing. *Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975, p. 32 ss.; C. VARRONE, Leasing *finanziario e* sale-lease back, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1975, p. 675 ss.

(799) In dottrina, cfr., *inter alios*, A. MUNARI, *Il* leasing *finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, p. 155 ss.; R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 34 ss., 70 ss.; 119, 134 s.; N. LIPARI, Leasing *e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. MUNARI (a cura di), *Sviluppo e prospettive della disciplina del* leasing *e del* factoring *in Italia*, Milano, 1988, p. 74 ss.; F. CHIOMENTI, *Il* leasing *finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 99 ss.; ID., *Il* leasing*, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, *ivi*, 1980, II, p. 277; E.M. LEO, *L'essenza del credito e il* leasing *finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 115. In giurisprudenza v. Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, p. 535 ss.; Cass., 15 ottobre 1988, n. 5623, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 369 ss.; Cass., 26 novembre 1987, n. 8766, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1794 ss., con nota di R. MINUTILLO TURTUR, Leasing *e tipo giurisprudenziale*; Cass., 6 maggio 1986, n. 3023, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2441 ss., con nota di L. PIERALLINI, *Nozione e disciplina del* leasing *finanziario*; Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 253 ss., con nota di A. MUNARI, *Il primo intervento della Corte di cassazione in tema di* leasing *finanziario*.

Appare però più convincente e coerente la tesi, sostenuta da un illustre maestro (800), secondo cui tale tipologia di *leasing* configura una concessione di godimento, ossia un contratto di durata innominato collegato ad una opzione di acquisto, cui s'applicano per analogia le norme in materia di locazione e vendita aventi una medesima *ratio* tra cui, sicuramente, l'art. 1526 c.c.

Questa prospettazione è stata accolta dalla Suprema Corte (801), con un unico distinguo: secondo il giudice di legittimità, il *leasing* sarebbe connotato da una causa di finanziamento e non – come sostenuto dalla dottrina da ultimo analizzata – da una causa di scambio (802).

In questo contesto, il *leasing* immobiliare si ritaglia un proprio spazio, che oggi, alla luce dell'introduzione della fattispecie del *leasing* abitativo immobiliare, introdotto dalla c.d. legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208), appare assumere una propria autonomia rispetto alle altre tipologie di *leasing* (803).

---

(800) A. LUMINOSO, *Natura del* leasing *e oggetto dello scambio*, in *Riv. it.* leasing, 1987, p. 529 ss.

(801) Con le sentenze Cass., 13 dicembre 1989, nn. 5569-5574, citt.; Cass., 5 giugno 1991, n. 6357, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 348 ss., con nota redazionale; Cass., SS.UU., 10 gennaio 1992, n. 199, in *Vita not.*, 1993, p. 314 ss., con nota redazionale; Cass., SS.UU., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1199 ss., con nota di R. FANTAUZZI, *Il* leasing *a cospetto delle Sezioni unite, ovvero* repetita adiuvant*?*. In dottrina, I. RIVA, Leasing *di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 587 ss., ha criticato tale orientamento della Suprema Corte e l'applicazione che i giudici di merito e di legittimità continuano a farne.

(802) Cfr. la giurisprudenza di merito che rifugge la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo facendo leva sulla causa di finanziamento come carattere sufficiente per l'unitarietà della figura negoziale: Trib. Milano, 15 e 22 novembre 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 222 ss., con nota (senza titolo) di F. FIUME; Trib. Treviso, 19 gennaio 2012, in *Il caso.it*; Trib. Udine, 10 febbraio 2012; Trib. Bologna, 18 febbraio 2015; Trib. Bologna, 30 luglio 2015, tutte in *dirittobancario.it*. In epoca più risalente, v. Trib. Milano, 7 e 9 settembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p. 420 ss. In dottrina v. V. VITI, *Le problematiche qualificatorie del* leasing *finanziario e l'irrisolta questione della disciplina applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 803 ss.

(803) Sostenuta in passato da G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 239, ma non condivisa da A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 429,

La legge, all'art. 1, commi 76°-81°, interviene dettando una disciplina sostanziale del *leasing* finanziario avente ad oggetto l'abitazione principale dell'utilizzatore (804) e una disciplina fiscale incentivante per gli acquisti dell'abitazione realizzati mediante siffatto strumento contrattuale. Recita il comma 76°: «*Con il contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale, la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che se ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito*».

Con questa operazione negoziale, dunque, l'immobile – destinato ad un uso abitativo – è acquistato, o fatto costruire, dall'intermediario (*lessor*) su scelta e indicazione del cliente (*lessee*). Il primo si obbliga a mettere a disposizione dell'utilizzatore il bene acquistato o fatto costruire per un determinato periodo di tempo e l'utilizzatore si obbliga a pagare i canoni periodici.

Il *lessee* ha la facoltà di acquistare il bene, a un prezzo predeterminato, alla scadenza del contratto. Il cliente, anche se non proprietario, assume tutti i rischi e benefici legati all'utilizzo dell'immobile: significativa è la previsione secondo cui il *lessee* «*assume tutti i rischi, anche di perimento*», dimostrando come il legislatore abbia ravvisato nel contratto in analisi una fattispecie complessa avente (anche) elementi di una concessione di godimento in funzione del successivo acquisto, i cui caratteri implicano l'applicabilità delle norme sul

(804) Con essa intendendosi, ai sensi degli artt. 10, comma 3°-*bis*, e 15, comma 1°, lett. *b*), d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (c.d. t.u.i.r.) quella nella quale la persona fisica che la possiede o i suoi familiari dimorano abitualmente. Ai fini di questa nozione di abitazione non rilevano specifici requisiti costruttivi o le risultanze catastali.

trasferimento dei rischi in materia di vendita con riserva della proprietà di cui all'art. 1523 c.c. (805).

Innanzitutto, deve ritenersi che con tale disposizione il *leasing* cessi di essere un contratto innominato socialmente tipico e sia finalmente diventato una fattispecie legal-tipica. Come è noto, infatti, ai fini della tipicità legale di un contratto è sufficiente che la legge indichi gli elementi che contrassegnano la causa del negozio nominato dettandone la disciplina essenziale (806).

Inoltre, anche tenendo ferma la precisa distinzione tra *leasing* finanziario e *leasing* di godimento operato dalla dottrina che vede nel primo una causa di scambio, sembra che oggi il *leasing* abitativo introduca un *tertium genus* di locazione finanziaria avente una causa di finanziamento.

A sostegno di questa tesi, vi è l'espressa inapplicabilità del rimedio di cui all'art. 1526 c.c. introducendone, col comma 78°, uno che riconosce la natura eminentemente finanziaria del contratto *de quo*. È infatti previsto che «*In caso di risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato, dedotta la somma dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto. L'eventuale differenza negativa è corrisposta dall'utilizzatore al concedente. Nelle attività di vendita e ricollocazione del bene, di cui al periodo precedente, la banca o l'intermediario finanziario deve attenersi a criteri di trasparenza e pubblicità nei confronti dell'utilizzatore*».

Un siffatto rimedio evidenzia come l'acquisto e la concessione in godimento del bene costituisca il modo di erogazione del capitale all'utilizzatore (807): la

(805) A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 394.

(806) Cfr. le considerazioni espresse da A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 225 ss.

(807) Trib. Monza, 7 dicembre 2004, in *Fall.*, 2005, II, p. 1174 ss., con nota di A. BADINI CONFALONIERI, Leasing *ed effetti della risoluzione: il dibattito continua, ma la soluzione è raggiunta?*.

sostituzione della dazione del denaro tipica del mutuo è sostituita dalla disponibilità del bene (808). In ragione di ciò, tant'è che in caso di inadempimento e successiva vendita o ricollocazione del bene a valore di mercato si ricostruisce l'intera operazione come se essa fosse finalizzata al finanziamento dell'acquisto dell'immobile e il *quantum* introitato dalla vendita viene conferito all'utilizzatore che non sarà più nel godimento del bene, ma solo per il *surplus* al netto dell'insoluto, dei canoni a scadere e del prezzo d'opzione, con un meccanismo che ricalca – coi dovuti distinguo – quello previsto in caso di inadempimento nel prestito vitalizio ipotecario (su cui *infra*, § 3 del presente capitolo) o nei contratti di credito immobiliare ai consumatori (cfr. *antea*, cap. II, § 8). Vi è, anzi, tra tutte queste fattispecie un peculiare *fil rouge* che le lega, identificabile con finalità di smobilizzo della proprietà immobiliare e modalità di finanziamento di essa più adeguate all'attuale contesto socio-economico.

Per completezza, deve evidenziarsi come vi siano alcune situazioni personali dell'utilizzatore – connesse alla cessazione del rapporto di lavoro – che consentono il beneficio della sospensione del pagamento dei corrispettivi per una sola volta e per massimo dodici mesi, ammettendo altresì l'eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali al termine della sospensione.

Infine, per il rilascio dell'immobile il concedente può agire con il procedimento per convalida di sfratto di cui agli artt. 657 ss. c.p.c. È dubbio se possano applicarsi le disposizioni in tema di inadempimento nelle locazioni abitative previste dalla l. 27 luglio 1978, n. 392 e, in particolare, l'art. 5 – che prevede che costituisce inadempimento di non scarsa importanza, *ex* art. 1455 c.c., il mancato pagamento del canone decorsi venti giorni dalla scadenza prevista, ovvero il mancato pagamento, nel termine previsto, degli oneri accessori quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità del

(808) V. F. CHIOMENTI, *Il* leasing, cit., p. 277; A. MUNARI, *Il* leasing *finanziario*, cit., p. 155 ss.

canone –, l'art. 55 per il c.d. termine di grazia, nonché l'art. 56 sulle modalità di rilascio dell'immobile. Attesa la diversità di *ratio legis* tra *leasing* abitativo e locazione di immobili urbani per uso abitativo, deve ritenersi che la disciplina di cui alla l. 392/1978 non sia applicabile al *leasing* immobiliare abitativo.

Queste norme debbono altresì coordinarsi con quanto previsto dalla disciplina sul credito fondiario qualora il contratto di leasing assuma i requisiti della fondiarietà. In tale ultimo caso, ritengo si debba applicare la disciplina speciale prevista dagli artt. 38 ss. t.u.b.

2. *Il contratto di* sale and lease back – Un gran numero di *leasing* immobiliari riveste i caratteri del contratto di *sale and lease back* (o locazione finanziaria di ritorno) (809).

Questa figura negoziale, nata negli Stati Uniti negli anni quaranta e diffusasi da noi negli anni settanta del secolo scorso, è caratterizzata, innanzitutto, dalla bilateralità dell'operazione, in quanto il soggetto fornitore del bene è lo stesso utilizzatore finale che vende il bene contestualmente alla conclusione del contratto di *leasing*, secondo un procedimento non diverso da quello dell'antico *constitutum possessorium*. Il venditore-utilizzatore ottiene immediatamente una somma di denaro per l'alienazione del bene e si impegna a corrispondere dei canoni per tutta la durata del contratto, avendo inoltre la possibilità di

(809) Oltre alla dottrina citata nelle successive note, il tema è stato di recente compiutamente affrontato da M. BUSSANI – M. INFANTINO, *La locazione finanziaria*, cit., p. 774 ss.; M. NATALE, Lease-back *e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1595 ss.; E. TIRRITO, Sale and lease back *e divieto del patto commissorio: recenti sviluppi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1331 ss.; G. DI ROSA, *L'operazione di* sale and lease back *tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1136 ss.; V. VITI, Lease back*, patto commissorio e clausola marciana*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2344 ss.; F. LOTTA, *Gli indici di anomalia del* lease back *nella recente giurisprudenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 356 ss. In ordine al contratto in analisi, si rimanda anche a A. LUMINOSO, Lease back*, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 489 ss.; A.A. DOLMETTA, Lease back *e patto commissorio, un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 306 ss.; G. CASSANO, *Il contratto di* sale and lease back, in *Giur. it.*, 2005, p. 927 ss.

riscattare, a scadenza determinata, il bene da lui stesso venduto ad un prezzo già prefissato (810).

Il contratto è pacificamente qualificato come un'operazione unitaria, di talché anche la causa è considerata unica (811).

Palesi sono i punti di connessione tra *sale and lease back* e contratti di finanziamento con garanzia reale (812). A tale conclusione si perviene ponendo l'accento sul fine dell'operazione negoziale, volta a soddisfare una rapida monetizzazione dei beni del venditore-utilizzatore.

Come posto in evidenza, nell'operazione di *lease back* «*il prezzo che viene corrisposto dalla società di* leasing *ha la sostanza di un finanziamento da questa erogato in favore dell'imprenditore alienante; finanziamento che deve essere restituito, nei termini convenuti, nella misura e con gli interessi previsti convenzionalmente*» (813). Nell'economia dell'operazione, la vendita del bene che costituisce oggetto del contratto assolve alla funzione di garanzia (atipica) del finanziamento stesso, consistente nel trasferimento provvisorio della proprietà

---

(810) Tale è la definizione accolta dagli interpreti che per primi hanno studiato la tematica: cfr. M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, cit., p. 558 ss.; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 299 ss.; S. MONTICELLI, *Il* leasing, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *I contratti in* generale. I contratti atipici, 1, in *Giur. sist.* Bigiavi, Torino, 1991, p. 173 ss.;

(811) C. CHESSA, Sale and lease back*: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 672; G. DE NOVA, *Identità e validità del* lease back, in *Riv. it.* leasing, 1989, p. 471; R. CLARIZIA, *Causa di finanziamento e* lease back *a proposito dell'ultima Cassazione e della «prima» Commissione tributaria*, *ivi*, 1991, p. 3 ss.; ID., *I contratti di finanziamento*, cit., p. 184 ss.; L. PACIFICO, *Aspetti civilistici del* lease back, in *Riv. it.* leasing, 1989, p. 477 ss.; D. PURCARO, *Sulla liceità del* sale and lease back, *ivi*, 1986, p. 587 ss., spec. 589; Trib. Torino, 29 marzo 1988, in *Riv. it.* leasing *int. fin.*, 1989, p. 213 ss., con nota di M.L. DE ROSA, Lease back *e patto commissorio*; Trib. Verona, 15 dicembre 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1251 ss., con nota di R. SIMONE, «Lease back»*: cronaca di una morte annunciata. Contra*, v. M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, cit., p. 566 ss.

(812) A. LUMINOSO, Lease back, cit., p. 491; D. PURCARO, *Sulla liceità*, cit., p. 589; R. CLARIZIA, *Causa di finanziamento*, cit., p. 9. *Contra*, secondo cui l'operazione deve essere ricompresa tra i contratti di scambio, escludendo qualsiasi funzione di finanziamento o di garanzia, C. CHESSA, Sale and lease back, cit., p. 671.

(813) Così, precisamente, A. LUMINOSO, Lease back, cit., p. 491.

di un bene dal finanziato al finanziatore (814), coi limiti esposti *supra*, al cap. II, § 5.1.4.

Infatti, la funzione di garanzia dell'alienazione della proprietà del bene è incompatibile con lo schema socialmente tipico del contratto. Se il permanere del bene nel godimento dell'alienante è, nella vendita con patto di riscatto, tradizionalmente considerato un elemento indicativo della perseguita funzione di garanzia ovvero il sintomo di un disegno simulatorio o fraudolento, ciò non può essere affermato nel *sale and lease back* – per effetto dell'unitarietà del fenomeno negoziale – in cui la concessione in godimento del bene al venditore attiene alla struttura tipica stessa del negozio, che, considerato nel suo complesso, mantiene identità e funzione autonoma. Essa è una caratteristica ordinaria dell'assetto di interessi sotteso al contratto in analisi. Non siamo di fronte a una vendita a scopo di garanzia, bensì ad una vendita a scopo di *leasing* (815). Lo scopo di garanzia può assurgere in concreto a causa del contratto qualora da elementi sintomatici ed obiettivi possa ritenersi che la vendita sia stata utilizzata per rafforzare la posizione del creditore-finanziatore con abuso della debolezza del debitore (816).

In particolare, dovrà ravvisarsi una deviazione dallo schema tipico del mutuo allorché emergano anomalie rispetto al normale assetto di interessi cui il *sale and lease back* è diretto. La meritevolezza di tutela del contratto di *sale and lease back*, secondo un ormai pacifico orientamento giurisprudenziale, si fonda sulla verifica della contemporanea sussistenza di circostanze connotanti una fraudolenta elusione del divieto di patto commissorio posto dall'art. 2744 c.c. (817).

---

(814) Ancora, A. LUMINOSO, Lease back, cit., p. 492.

(815) Così Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 346 ss., con nota di A. LUMINOSO, *La Corte di cassazione si pronuncia per la validità del* lease back

(816) Cfr. Cass., 29 marzo 2006, n. 7296.

(817) Nel solco tracciato da Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit., si inseriscono Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Contr.*, 1998, p. 395 ss., con nota di A. MANIACI, Leasing, lease back *e divieto del*

Tali circostanze sono: *i*) l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice ed utilizzatrice (818); *ii*) le difficoltà economiche di quest'ultima; *iii*) la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente.

L'approfittamento dello stato di bisogno del venditore/debitore deve concretarsi in una dimostrazione concreta ed univoca da parte di quest'ultimo. In sua assenza, l'operazione negoziale va ritenuta frutto dell'autonomia negoziale e rispondente alla finalità sua propria di permettere al venditore di conseguire una certa liquidità, senza precludersi il recupero della proprietà del bene ceduto.

Inoltre, proprio perché il contratto in questione realizza interessi meritevoli di tutela, in quanto punta a garantire al proprietario del bene strumentale di valersene per conseguire la liquidità necessaria all'esercizio della sua impresa, evitando il ricorso al credito bancario, solitamente più incerto ed oneroso, con la possibilità di riacquistare il bene magari grazie all'incremento dell'attività imprenditoriale derivante dall'impiego della liquidità così ottenuta, la relativa operazione negoziale, ancorché non riconducibile ad una figura tipica, è valida, ai sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c.

Nella giurisprudenza di merito si segnalano casistiche relative ad

---

patto commissorio; Cass., 22 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, c. 1820 ss., con nota (senza titolo) di R. SIMONE; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 146 ss., con nota di F.M. GIULIANI, *Riflessioni intorno al regime tributario del* lease back*, sulle orme di una sentenza del supremo collegio*; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, p. 924 ss., con nota di G. CASSANO, *Il contratto di* sale and lease back, cit.; Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1019 ss., con nota redazionale; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, *ivi*, 2006, I. p. 177 ss., con nota redazionale; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Contr.*, 2007; p. 522 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il* lease back *e il divieto di patto commissorio ancora al vaglio della Suprema Corte*; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contr.*, 2008, p. 33 ss., con commento di F. ARCARI, *Indici di anomalia del* lease back; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, c. 686 ss., con nota (senza titolo) di R. BROGI.

(818) V., a tal proposito, anche Trib. Piacenza, 12 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1877 ss., con nota di I. RIVA, Sale and lease back anomalo*: alla ricerca degli elementi sintomatici della frode al divieto di patto commissorio.*

applicazioni concrete di questi principi nel *sale and lease back* immobiliare. Una interessante pronuncia (819), seppur in presenza dei primi due elementi sintomatici di una violazione della *ratio* del divieto del patto commissorio, attribuisce una preponderante rilevanza all'assenza del terzo (*id est* la sproporzione tra il valore del bene alienato e il prezzo di vendita) rilevando come pur essendo la somma complessiva che il venditore/debitore dovrebbe versare decisamente superiore al prezzo ricevuto, questa include gli interessi e gli importi per il riscatto. Inoltre, l'operazione di *sale and lease back* ha usualmente ad oggetto immobili di normale estensione e di non particolare pregio, sicché deve ritenersi adeguato un prezzo di vendita inferiore alla somma tra i canoni di utilizzazione e il prezzo di riscatto, qualora esso sia decisamente vantaggioso in considerazione delle condizioni del mercato immobiliare al momento della conclusione del contratto.

Ulteriore elemento sintomatico può essere un prezzo d'opzione irrisorio rispetto al reale valore del bene, in quanto ciò significherebbe che il prezzo della vendita sia stato integralmente rimborsato coi canoni, non facendo gravare sul concedente parte del rischio di obsolescenza della *res* e facendo in modo che la scelta di rientrare nella titolarità della stessa sia rimessa alla discrezione del venditore-utilizzatore (820).

Deve escludersi, infine, un *sale and lease back* immobiliare abitativo, inseribile nell'alveo dello schema tracciato dalla legge di stabilità 2016, stante il carattere necessariamente trilaterale dell'operazione negoziale e la diversa *ratio* sottesa ai due istituti. Infatti, nel *sale and lease back* l'esigenza del *lessee* è quella di ottenere una immediata liquidità smobilizzando la sua proprietà immobiliare,

(819) Trib. Taranto, 13 novembre 2013.

(820) Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1251 ss., con nota di R. SIMONE, «Lease back», cit.; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 427 ss., con nota di S. RONCO, *Osservazioni a Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in tema di* sale and lease back; Trib. Venezia, 12 novembre 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 904 ss., con nota di P. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e* lease back.

nel *leasing* immobiliare abitativo, invece, è quella di ottenere – indirettamente – le risorse per la costruzione o l'acquisto dell'abitazione principale dell'utilizzatore, in un'operazione finalizzata, in definitiva, all'acquisto dell'immobile nella propria sfera dominicale.

3. ***Il prestito vitalizio ipotecario*** **–** L'innalzamento dell'età media della popolazione induce anche il sistema bancario e finanziario ad adeguarsi a tale situazione elaborando nuovi strumenti di finanziamento che tengano conto dei mutamenti sociali: è il c.d. fenomeno del gerodiritto (821).

Il prestito vitalizio ipotecario è una tipologia di credito immobiliare che è stata introdotta nel nostro ordinamento nel 2005, con l'art. 11-*quaterdecies*, comma 12°, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in l. 2 dicembre 2005, n. 248 sulla base dell'esperienza di altre figure simili presenti in Francia (*prêt viager hypothécaire*) e nei Paesi anglosassoni (*reverse* o *lifetime mortgage*) (822).

La disciplina, assai scarsa e lacunosa, ha richiesto un nuovo intervento del legislatore, che con la l. 2 aprile 2015, n. 44 ha aggiunto i commi da 12°-*bis* a 12°-*sexies* alla preesistente legge.

Il testo originario della norma stabiliva che l'istituto avesse ad oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese e rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati

(821) Per utilizzare l'emblematica espressione di C. FRANCO, *Alle origini del prestito vitalizio ipotecario: il gerodiritto*, in *dirittobancario.it*, 2016, p. 1 ss.

(822) Sul prestito vitalizio ipotecario cfr. D. FARACE, voce *Presito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVII, Roma, 2006, p. 1 ss.; D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario:* legal transplant *in cerca di definizione*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, p. 503 ss.; C. AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico*, cit., p. 75 ss.; G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un* reverse mortgage *all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 677 ss.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1099 ss.; G.O. MANNELLA – G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 717 ss.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Not.*, 2016, p. 358 ss.

a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni compiuti. L'istituto delineato consisteva, nella sostanza, in una forma di finanziamento garantito da una proprietà immobiliare residenziale, che consentiva al proprietario di convertire parte del valore dell'immobile in contanti al fine di soddisfare esigenze di liquidità, senza che lo stesso fosse tenuto a lasciare l'abitazione ovvero a rimborsare il capitale e gli interessi sul prestito fino alla scadenza del contratto.

Questo prodotto è nato per fornire aiuto a pensionati con pensioni modeste e quindi anche per evitare di ricorrere, per necessità, alla vendita della nuda proprietà che spoglia totalmente gli eredi del patrimonio della casa. Detto altrimenti, la principale ragione giustificatrice della norma era (e tale è rimasta anche a seguito della recente novella) quella di agevolare il ricorso al credito da parte di persone anziane le quali, pur disponendo della casa di abitazione, sono sprovviste di sufficiente liquidità per far fronte alle proprie esigenze di vita, consentendo loro di contrarre un finanziamento, garantito da ipoteca di primo grado (potendo pertanto considerare il prestito vitalizio ipotecario una *species* del credito fondiario *ex* art. 38 ss. t.u.b.) (823), offrendo uno strumento alternativo per procurarsi liquidità rispetto a quello, diffuso nella prassi, della vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto.

Il prestito ipotecario vitalizio ha evidentemente la finalità di smobilizzare il valore della proprietà fondiaria e può rispondere al soddisfacimento di esigenze diverse da parte della clientela che possono consistere nella necessità di integrare il proprio reddito ovvero di avere immediate disponibilità economiche, nell'opportunità di migliorare il tenore di vita, attraverso il soddisfacimento di esigenze di consumo che comportano spese anche rilevanti e nell'esigenza di avere disponibilità liquide a supporto del nucleo familiare.

(823) Così S. CHERTI, *Prime note*, cit. p. 1102. V. anche A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 719 s.

Come tale – e analogamente al credito fondiario – non può essere considerato come un credito di scopo (cfr. *antea*, cap. II, § 3) (824).

In circa dieci anni, tuttavia, questo strumento non ha trovato quel *favor* del mercato che il legislatore auspicava per molteplici ragioni. In primo luogo, la lacunosità del dettato normativo ha fatto sorgere incertezze tanto sui potenziali erogatori dello strumento quanto sui possibili utilizzatori finali. La normativa originaria, infatti, più che disciplinare l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, si limitava ad una sua mera descrizione, priva di alcuna disposizione operativa.

Nel 2005, infatti, il legislatore prevedeva che l'accezione «*prestito ipotecario vitalizio*» identificasse un prestito che: *i*) può essere concesso da banche o intermediari finanziari iscritti all'elenco generale *ex* art. 106 t.u.b.; *ii*) è riservato a persone fisiche con età superiore ai 65 anni; *iii*) consiste in un finanziamento a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale degli interessi e spese, assistito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali; *iv*) prevede il rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza (che dovrebbe coincidere, anche se la legge non lo precisa, con la data del decesso del mutuatario, considerata la sua natura di prestito vitalizio).

La normativa originaria non è stata quindi sufficiente a promuovere la diffusione di questa nuova tipologia di prodotto.

La collocazione della scarna disciplina all'interno di una legge speciale, dedicata a tutt'altro preludeva, peraltro, ad un insuccesso. Infatti, l'obiettivo di rendere disponibile agli anziani almeno una parte del capitale immobilizzato della propria casa senza perderne la proprietà (lasciando comunque agli eredi il cespite anche se gravato dal debito) non è stato realizzato, nonostante fosse già allora facilmente intuibile che si sarebbe trattato di uno strumento rispondente ad una esigenza prospetticamente impellente.

(824) Sul punto cfr. A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 725 s.

Il provvedimento non è stato sufficiente a promuovere l'avvio ed il regolare sviluppo dell'operatività bancaria su questa figura in considerazione dell'assenza di alcune disposizioni di carattere operativo quali, ad esempio, quelle concernenti gli eventi di estinzione del finanziamento, le procedure di valutazione dell'immobile a garanzia del rimborso del prestito, il regime fiscale applicabile e le modalità di collocamento del prodotto.

La novella del 2015 è intervenuta incisivamente su tali lacune. Innanzitutto, è stata ridotta l'età minima dei soggetti finanziabili a sessanta anni.

Il rimborso viene previsto dal legislatore in maniera integrale al verificarsi di un evento determinato, consistente nella morte del soggetto finanziato, nel trasferimento della proprietà o di altri diritti reali di godimento sull'immobile ovvero nel compimento di atti che riducano significativamente il valore dell'immobile o, se concordato tra le parti, con una restituzione rateizzata anticipata di interessi e spese. Inoltre, se il richiedente è coniugato, il finanziamento sarà cointestato anche al coniuge, estendendosi alla durata della vita del coniuge superstite (825).

Quanto al rimborso del finanziamento [che potrebbe anche gravare in capo agli eredi, con una conseguente discrasia tra soggetto finanziato e parte obbligata al rimborso (826)], se esso non viene effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno dei suddetti eventi, il legislatore prevede che l'istituto di credito possa procedere alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato mediante l'intervento di un perito indipendente incaricato dallo stesso istituto. Se nei dodici mesi successivi non si perfeziona la vendita al valore così determinato, il valore viene diminuito del quindici per cento. Il ricavato sarà utilizzato per estinguere il credito

(825) S. CHERTI, *Prime note*, cit. p. 1102.

(826) Cfr. S. CHERTI, *Prime note*, cit. p. 1102.

vantato dall'ente creditizio e ogni somma che residuerà dovrà essere restituita al soggetto finanziato (ovvero, a seconda dei casi, agli eredi).

Gli eredi potranno eventualmente accordarsi con il finanziatore per provvedere autonomamente alla vendita dell'immobile a condizione che la stessa si perfezioni nel termine di dodici mesi. L'importo del debito residuo non potrà comunque mai superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute.

Quanto appena esposto evoca due considerazioni. La prima circa sotto il profilo causale del contratto, in quanto da alcuni autori è stata sostenuta la sua aleatorietà in ragione del fatto che la struttura negoziale non consentirebbe alle parti (e, in particolare, al finanziatore) di conoscere al momento della conclusione quale sarà l'entità dei rispettivi vantaggi e sacrifici (827). Tale tesi non può essere accolta: depone chiaramente nel senso della natura commutativa della figura la circostanza che la prestazione a carico del finanziatore è certa e predeterminata, mentre la prestazione del soggetto obbligato è determinabile sulla base dell'ammontare del prestito e degli interessi, oltre ad essere in ogni caso garantita da ipoteca (828), elemento che connota funzionalmente il contratto di finanziamento in analisi (829).

Il secondo aspetto della disciplina che richiama l'attenzione è l'apertura di spazi nell'ambito dei negozi *post mortem* all'autonomia negoziale. Sebbene gli effetti dispositivi con cui il finanziato dispone del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere siano solamente effetti indiretti dello scopo perseguito dalle parti (830), questa parrebbe essere una eccezione al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. ammettendo la liceità di rapporti

(827) Così (G.O. MANNELLA) – G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 87.

(828) D. FARACE, voce *Presito vitalizio ipotecario*, cit., p. 3.

(829) Cfr. D. FARACE, voce *Presito vitalizio ipotecario*, cit., p. 2; D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 508; (G.O. MANNELLA) – G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 118; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 719.

(830) Così G.O. MANNELLA – (G.C. PLATANIA), *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 186.

contrattuali in cui l'obbligazione principale gravante su una parte può diventare esigibile nel momento della sua morte (831).

La riforma incaricava poi il Ministero dello Sviluppo Economico di emanare un provvedimento che stabilisse le regole per l'offerta dei prestiti vitalizi ipotecari e individuasse i casi e le formalità che comportano una riduzione significativa del valore di mercato dell'immobile, tale da giustificare la richiesta di rimborso integrale del finanziamento, al fine di garantire trasparenza e certezza dell'importo oggetto del finanziamento, dei termini di pagamento, degli interessi e di ogni altra spesa dovuta. Il regolamento, emanato con d.m. 22 dicembre 2015, n. 226, precisa pertanto tali aspetti.

In particolare, esso prevede alcuni specifici obblighi informativi a carico del finanziatore. Nel caso di finanziamenti regolati a tasso variabile, l'istituto di credito deve infatti predisporre due prospetti esemplificativi che rappresentino una simulazione del piano di ammortamento. Tali prospetti devono illustrare il possibile andamento del debito nel tempo (per un minimo di quindici anni). In particolare, il primo deve applicare il tasso vigente all'atto della sottoscrizione del contratto, mentre il secondo deve operare una simulazione al terzo anno facendo riferimento ad un ipotetico rialzo dei tassi non inferiore a trecento punti base rispetto al momento della stipula del contratto (o, se inferiore a questa ipotesi, all'eventuale tasso *cap* previsto contrattualmente) (832). In presenza di un prestito vitalizio ipotecario stipulato

(831) Così, precisamente, F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1024 s.

(832) Nei contratti di finanziamento a tasso variabile, l'opzione *cap* permette di fissare a priori un tetto massimo al tasso di interesse per tutelarsi da possibili oscillazioni verso l'alto dei tassi di interesse. La loro peculiarità risiede nel fatto che il tasso di interesse non potrà mai andare oltre un certo limite predefinito dal contratto stesso: se il tasso d'interesse è inferiore al tetto massimo, il calcolo degli interessi sarà conforme al finanziamento a tasso variabile; se il tasso dovesse aumentare e superare la soglia del tetto massimo, non si pagherà mai un tasso superiore alla soglia stabilita nel contratto Sull'argomento, cfr. *infra*, cap. IV, § 3.

a tasso fisso, il prospetto può essere unico e deve in quel caso fare riferimento al tasso concordato contrattualmente.

Inoltre, il finanziatore deve consegnare al soggetto finanziato, almeno quindici giorni prima della stipula del contratto, un prospetto informativo che indichi almeno l'importo finanziato con l'indicazione della percentuale del valore di perizia dell'immobile concesso in garanzia e la somma che verrà erogata al netto di ogni imposta, costo e spesa. Il regolamento chiarisce ancora che l'ente finanziatore deve inviare annualmente al soggetto finanziato un resoconto che indichi nel dettaglio gli importi costituenti il capitale finanziato e quelli costituenti il capitale da restituire a scadenza.

Il d.m. ha poi precisato che l'istituto di credito non può esigere il pagamento delle spese sostenute nel caso in cui il soggetto finanziato decida di non sottoscrivere il contratto. Inoltre viene espressamente stabilito che il finanziato ha diritto di acquistare la polizza assicurativa obbligatoria sull'immobile anche da un soggetto diverso dal finanziatore (cfr. *antea*, cap. II, § 5.4).

Quanto al rimborso del finanziamento, la disciplina originaria prevedeva già che esso potesse essere integrale in un'unica soluzione (come detto, alla morte del soggetto finanziato o nel caso in cui fossero trasferiti la proprietà o altri diritti reali di godimento sull'immobile o al compimento di atti che ne riducessero significativamente il valore) oppure graduale, ma limitatamente alla quota degli interessi e delle spese.

Sul *quantum* del rimborso, va specificato che nel caso di restituzione in un'unica soluzione vi sarà un calcolo anatocistico degli interessi e delle spese, in espressa deroga alla disciplina di cui all'art. 1283 c.c. (833). Nel caso in cui invece interessi e spese siano restituiti gradualmente, prima del verificarsi degli eventi che determinano la restituzione del capitale, tale capitalizzazione

(833) Così S. CHERTI, *Prime note*, cit. p. 1102.

non sarà applicata, ma in caso di inadempimento (e per la determinazione dello stesso) si farà riferimento all'art. 40 t.u.b.

Ora, il regolamento fornisce alcune precisazioni in merito al rimborso integrale in un'unica soluzione. In particolare, qualora il finanziamento fosse cointestato, il rimborso potrà essere chiesto al momento della morte del soggetto più longevo. Inoltre, è specificato che il rimborso integrale può essere domandato qualora venga concesso un diritto di usufrutto, uso, abitazione, superficie (salvo nel caso in cui sia diversamente stabilito nel contratto) ovvero sia costituita una servitù o un diritto reale di garanzia a favore di terzi sull'immobile.

Tra le ulteriori cause per cui è possibile richiedere il rimborso integrale del finanziamento, l'art. 3 d.m. 225/2015 prevede la revoca – da parte della P.A. - della certificazione di abitabilità dell'immobile dato in garanzia a causa di comportamenti omissivi o commissivi addebitabili al finanziato, il trasferimento della residenza nell'immobile di soggetti che non siano familiari, conviventi *more uxorio* o assistenti personali del finanziato, l'attivazione sull'immobile di procedimenti conservativi o esecutivi di importo almeno corrispondente al venti per cento del valore dell'immobile stesso ovvero, ancora, l'effettuazione di modifiche all'immobile rispetto al suo stato originale, se non concordate con l'istituto di credito.

Da ultimo, si segnala che, ai sensi del regolamento, qualora il soggetto finanziato sia coniugato o convivente *more uxorio* da almeno cinque anni alla data di sottoscrizione del contratto, e nell'immobile posto a garanzia risiedano entrambi i coniugi o conviventi, il contratto deve essere sottoscritto da entrambi anche se l'immobile è di proprietà di uno solo di essi, purché sia rispettato il limite minimo di sessanta anni di età per entrambi.

Un rischio concreto, segnalato da un'attenta dottrina (834) è quello del *cross-over*, ossia la sovraesposizione tale per cui al momento del verificarsi degli eventi di cui all'art. 11-*quaterdecies*, comma 12°, l. 248/2005 il valore dell'immobile ipotecato sia inferiore al debito accumulato, specie in ragione del meccanismo di capitalizzazione di interessi e spese che caratterizza tale tipologia di finanziamento immobiliare.

Così il prestito vitalizio ipotecario rischia di assalire le tradizionali dinamiche dell'accumulo della ricchezza familiare e delle aspettative successorie degli eredi (835).

Sotto il profilo causale, varie sono le figure cui può essere accomunato il prestito vitalizio ipotecario. Se è incontestabile la sua causa di finanziamento, si può approfondire se il contratto abbia causa mista oppure no.

Profili comuni si ravvisano innanzitutto col contratto di rendita vitalizia a titolo oneroso (art. 1872, comma 1°, c.c.). Essa – come è noto – si costituisce mediante alienazione di un bene mobile o immobile o cessione di un capitale (836) e consiste in una prestazione periodica da corrispondersi ad uno o più soggetti beneficiari per tutta la durata della vita di una persona, che può essere uno dei beneficiari stessi oppure un terzo.

La rendita vitalizia ha natura essenzialmente aleatoria (837). Difatti, l'incertezza della durata della vita contemplata pone l'alea entro il momento causale del negozio. Qualora questo elemento non sia riscontrabile, non

---

(834) D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 514 ss.; C. AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico*, cit., p. 77, 79.

(835) Cfr. D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 524 ss.

(836) A. BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 784 ha lucidamente rilevato che, nel contratto di rendita vitalizia, la singola prestazione anticipata non esaurisce né tanto meno può identificarsi con la prestazione oggetto dell'obbligazione di ciascuna delle parti, ma rappresenta esclusivamente un «*momento*» iniziale o finale della prestazione complessiva.

(837) Il codice civile del 1865 ricomprendeva esplicitamente il contratto vitalizio tra i contratti di sorte o aleatori (art. 1102).

sussistendo perciò una equivalenza del rischio, il contratto deve ritenersi nullo. Al momento della conclusione del contratto di rendita vitalizia deve necessariamente configurarsi per il vitaliziato ed il vitaliziante una eguale probabilità di guadagno o di perdita. A tal fine, deve tenersi in adeguato conto sia l'entità della rendita che la presumibile durata della stessa, in relazione alle possibilità di sopravvivenza del vitaliziato (838).

Salvo patto contrario, il debitore non può liberarsi dall'obbligo del pagamento della rendita offrendo il rimborso del capitale ed è tenuto a pagare per tutto il tempo stabilito, per quanto gravosa possa divenire nel tempo la sua prestazione (art. 1879 c.c.). Se il debitore non paga le rate di rendita scadute, il creditore non può domandare la risoluzione del contratto, ma può solo chiedere il sequestro e la vendita dei beni del debitore. La risoluzione può essere tuttavia domandata quando il debitore non presta o diminuisce le garanzie (art. 1877 c.c.).

I punti di contatto tra rendita vitalizia e prestito vitalizio ipotecario sono svariati, ma ciò nonostante vi è una profonda differenza tra i due contratti. Il primo, infatti, prevede la cessione di un bene immobile, mentre col prestito vitalizio ipotecario non si ha cessione di un bene, bensì la costituzione di una garanzia ipotecaria.

---

(838) Cfr. Cass., 11 marzo 2016, n. 4825; Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2279 ss., con nota redazionale; Cass., 28 aprile 2008, n. 10798, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 711 s., con nota redazionale; Cass., 12 ottobre 2005, n. 19763; Cass., 19 febbraio 1997, n. 1516; Cass., 15 maggio 1996, n. 4503. Nondimeno, appare opportuno prospettare compiutamente l'irrilevanza dell'eguaglianza delle quantità patrimoniali esposte da ciascun contraente. Tali quantità non devono essere confuse con le prestazioni oggetto dell'obbligazione di ciascuna parte, bensì esclusivamente come una funzione della vera prestazione, essendo esse destinate a mutare di misura col mutare dell'andamento dell'evento sotteso. In definitiva, il capitale anticipato costituisce meramente il limite massimo della perdita dell'investitore: In tal senso cfr. A. BOSELLI, *Rischio*, cit., p. 790 ss., spec. 791, nt. 77. L'A., invero, perviene a una siffatta conclusione nell'ambito di una configurazione dell'alea che esprime il necessario scambio tra due rischi equivalenti.

L'aspetto per cui il finanziato rimane proprietario del bene offerto in garanzia distingue il prestito vitalizio ipotecario anche dalla vendita con riserva di nuda proprietà. Ebbene, nel prestito vitalizio ipotecario è totalmente assente una causa di scambio: il bene immobile è esclusivamente oggetto della garanzia ipotecaria assistente il finanziamento.

Infine, il prestito vitalizio ipotecario è escluso dall'ambito di applicazione del nuovo Capo I-*bis*, Titolo VI, t.u.b. (*antea*, cap. II, § 8), essendo esplicitamente eccettuati dalla disciplina i contratti con cui il creditore eroga al consumatore, in un'unica soluzione o periodicamente, una somma di denaro a fronte dell'attribuzione del corrispettivo della futura vendita del diritto di proprietà o di altro diritto relativo a un bene immobile residenziale sottoposta alla condizione che si verifichi uno specifico evento nella vita del debitore.

La *ratio* della diversità di trattamento è stata ravvisata nel fatto che, dal momento che in questa tipologia di finanziamento il rimborso avviene successivamente e, spesso, non a carico del soggetto beneficiario del credito, quest'ultimo può disporre di liquidità immediata con la conseguente maggiorazione della di lui propensione al consumo senza alcun rimborso a suo carico (839).

Come si è potuto osservare in più occasioni nel corso della presente trattazione, anche il prestito vitalizio ipotecario offre all'istituto finanziatore la possibilità di procedere direttamente alla vendita del bene immobile oggetto di garanzia, con un patto marciano predisposto entro i limiti di liceità dell'istituto esposte *supra* (cfr. cap. II, § 5.1.4).

Anche in tal caso è lo stesso legislatore che – al comma 12°-*quater* – individua i caratteri dell'inadempimento dell'obbligazione e riconosce al debitore il diritto di vedere stimato il bene da un soggetto terzo e in un momento

(839) Così S. CORDOPATRI, *Commento all'art. 3*, cit., p. 136.

successivo all'inadempimento, accordandogli inoltre il diritto all'ottenimento dell'eventuale differenza di valore.

Appare, così, ragionevole l'opinione espressa da chi ha auspicato, all'esito dei recenti interventi legislativi, la definitiva e generalizzata introduzione nel nostro ordinamento del patto marciano, con l'introduzione di un art. 2744-*bis* c.c. (840). Se non altro, pegno non possessorio, finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato, il patto marciano previsto nel finanziamento immobiliare ai consumatori, *leasing* immobiliare abitativo e prestito vitalizio ipotecario ridisegnano oggi un moderno sistema delle garanzie, limitato all'ambito dell'intermediazione creditizia, che deroga alla riserva giudiziaria della tutela esecutiva (841).

4. *Il contratto di risparmio edilizio* – Il contratto di risparmio edilizio (842) è un contratto di matrice tedesca (*Bausparvertrag*, disciplinato dal *Bausparkassegesetz* del 16 novembre 1972, come modificato in data 15 febbraio 1991) (843), recentemente diffusosi nei mercati italiani, come si può apprezzare

(840) G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria,* lex mercatoria *e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 834.

(841) Cfr. A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 738 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia*, cit., p. 1486 s.

(842) Il primo contributo allo studio della materia è stato offerto da M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio: un modello di finanziamento di matrice tedesca abbisognevole di un più puntuale inquadramento giuridico*, 2015, consultabile su *www.amministrazioneincammino.it*.

(843) Nel diritto britannico, l'istituto in analisi trova corrispondenza nei crediti immobiliari erogati dalle *building societies*, istituti che in Gran Bretagna concedono la maggior parte di tale credito. Le *building societies* (regolate dal *Building Societies Act* del 1986) raccolgono risparmio fra il pubblico mediante piani di risparmio semplici o collegati alle assicurazioni, oppure offrendo quote di partecipazione al proprio capitale. Analogamente a quanto disciplinato dal t.u.b. in materia di credito fondiario, le *building societies* prestano denaro solo con garanzia ipotecaria di primo grado su proprietà fondiarie, dato che non è loro consentito di concedere prestiti sulla base di altre garanzie o addirittura senza garanzie. Di norma esse concedono prestiti fino all'80 per cento del valore minore fra quello della proprietà e quello del suo prezzo d'acquisto, anche se, in taluni casi, esse possono giungere, con garanzie addizionali, alla quasi totalità del prezzo d'acquisto. Sulla tematica cfr. N.E. GRIGGS, *Il credito immobiliare in Gran*

dal significativo numero di decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario in materia (844).

Una dottrina ha rilevato che, rispetto all'archetipo tedesco, l'operazione di *legal transplant* operata sui mercati italiani parrebbe risolversi in una sofisticata forma di contratto di deposito bancario (845) sebbene alcune decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario abbiano definito il contratto *de quo* come una peculiare figura di mutuo immobiliare (846). Ciò nondimeno, l'attenzione dell'interprete deve vertere sui profili causali dell'operazione e, in particolare, su una indagine circa la sussistenza o meno di una causa di finanziamento, tale da consentire l'applicazione – se del caso – delle norme sul credito fondiario e del credito immobiliare ai consumatori.

Come s'è accennato, l'istituto trova le sue origini nel diritto tedesco. Ai sensi dell'art. 1 del *Bausparkassegesetz*, le casse di risparmio edilizio sono istituti di credito, la cui attività commerciale è orientata a ricevere depositi da risparmiatori edilizi (cc.dd. depositi di risparmio edilizio) e concedere ai risparmiatori edilizi, dagli importi accumulati, finanziamenti (cc.dd. mutui di risparmio edilizio) finalizzati a misure economiche abitative (cc.dd. operazioni

---

Bretagna, in *Bancaria*, 1974, p. 1041 ss.

(844) In particolare, senza pretesa di completezza e oltre alle altre che saranno citate nel prosieguo, le decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario del Collegio di Milano 3 maggio 2013, n. 2437; 15 ottobre 2014, n. 6760; 4 maggio 2015, n. 3461; 7 gennaio 2016, n. 20; 1 aprile 2016, n. 2990; di Roma 29 luglio 2011, n. 1673; 8 novembre 2013, n. 5686; 11 aprile 2014, n. 2221; 4 luglio 2014, n. 4329; 28 luglio 2014, n. 4836; 19 settembre 2014, n. 6120; 24 ottobre 2014, n. 6924; 5 dicembre 2014, nn. 8104 e 8105; 16 gennaio 2015, n. 304; 25 febbraio 2015, n. 1416; 6 marzo 2015, n 1754; 20 marzo 2015, n. 2147; 2 aprile 2015, n. 2589; 17 aprile 2015, nn. 3013, 3014 e 3016; 29 aprile 2015, nn. 3362 e 3363; 29 maggio 2015, n. 4387; 26 giugno 2015, n. 5131; 19 gennaio 106, n. 395; 27 gennaio 2016, n. 748; di Napoli, 19 settembre 2012, n. 3041; 15 novembre 2013, n. 5806; 31 marzo 2014, n. 1938; 19 marzo 2015, n. 2087; 7 giugno 2016, n. 5252; 15 luglio 2016, n. 6468.

(845) Così U. MINNECI, *Il mutuo a risparmio*, in E. PANZARINI – A.A. DOLMETTA – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, cit., p. 725.

(846) Così le decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 11 aprile 2014, n. 2221; 28 luglio 2014, n. 4836; 24 ottobre 2014, n. 6924; 16 gennaio 2015, n. 304; 2 aprile 2015, n. 2589, citt.

di risparmio edilizio). Le operazioni di risparmio edilizio possono essere svolte esclusivamente da casse di risparmio edilizio.

Il risparmiatore edilizio, invece, è colui che stipula con una cassa di risparmio edilizio un contratto mediante il quale egli, dopo aver effettuato i suddetti depositi, acquisisce il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio.

Il contratto di risparmio edilizio è tipicamente articolato in due fasi: una fase di *accumulo* nella quale il cliente deposita tramite versamenti rateali una c.d. somma di risparmio, la quale viene remunerata ad un tasso di interesse contrattualmente prefissato; e una fase di *assegnazione* nella quale, in seguito all'accumulo, alla verifica del merito creditizio del cliente e alla costituzione di una garanzia ipotecaria su un immobile (o su un diritto reale immobiliare ovvero con adeguata garanzia: art. 7 *Bausparkassegesetz*), si procede all'erogazione di una somma pari alla differenza tra l'importo chiesto a mutuo e quanto già accumulato, finalizzata all'acquisto o alla ristrutturazione di un immobile ad un tasso contenuto e non soggetto alla fluttuazione del mercato. Ciò non costituisce, comunque, un diritto incondizionato del risparmiatore.

Si è di fronte ad un'operazione bifasica, caratterizzata dalla sequenza di due momenti contrattuali (di cui uno eventuale), senza che ciò debba necessariamente condurre alla conclusione che si abbia a che fare con due contratti distinti.

Il passaggio da una fase all'altra è regolato da un meccanismo per cui, quando la resa del risparmio (ossia l'ammontare del risparmio accumulato) ed il periodo di risparmio si trova in congruo rapporto con la resa del mutuo, secondo una formula matematica prevista dal contratto, il contratto di mutuo viene assegnato dall'intermediario al cliente.

La conclusione del contratto di risparmio edilizio può essere, su richiesta del cliente e previa istruttoria, associata alla conclusione di un contestuale

contratto di credito fondiario, con la finalità di rendere immediatamente disponibile al cliente la somma sottoscritta e destinato ad estinguersi, per compensazione, al momento dell'assegnazione del mutuo di risparmio edilizio.

Così, il cliente ottiene un finanziamento fondiario per un importo pari alla somma sottoscritta. I due contratti sono teleologicamente collegati ma distinti: per la concessione del finanziamento è infatti necessaria la previa conclusione del contratto di risparmio edilizio.

Su detto finanziamento immediato il cliente non pagherà, per tutta la sua durata, alcuna rata di ammortamento, bensì solamente gli interessi al tasso convenuto; per contro, nel corso di tutta la durata del mutuo immediato, il cliente continuerà a versare all'intermediario le rate di accumulo relative al contratto di risparmio edilizio, che confluiranno nella somma di risparmio.

Una volta raggiunte le condizioni per l'assegnazione del mutuo di risparmio edilizio, la somma di risparmio, anziché essere messa a disposizione del cliente (come avverrebbe in un contratto di risparmio edilizio "puro"), andrà, ad estinguere parzialmente il mutuo immediato già erogato al cliente, mentre per la restante quota il mutuo immediato sarà estinto mediante il mutuo di assegnazione (847).

Il risparmio edilizio identifica quindi una forma di risparmio finalizzata alla concessione di un mutuo edilizio con tasso di interesse basso e fisso. Esso è assimilabile, nella prima fase, ad un generico contratto di deposito bancario, inquadrabile giuridicamente nella figura di un deposito irregolare *ex* art. 1782 c.c. Esauritasi la fase di accumulo del risparmio, il risparmiatore ha diritto – qualora ne ricorrano le condizioni – ad una controprestazione in forma di un mutuo edilizio.

(847) Così M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio*, cit., p. 2.

Nelle decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario, si legge che il contratto di risparmio edilizio non è assimilabile a un contratto di credito, «*posto che non è dato rinvenire, sulla base dello schema pattizio, uno specifico impegno della banca a concedere il credito nella "seconda fase" dell'istituto in esame la concessione (o "assegnazione") del credito resta, infatti, subordinata a una valutazione assolutamente discrezionale dell'intermediario, che si riserva una verifica sulla sussistenza di determinate condizioni non sindacabili dal cliente. D'altra parte, risulta che l'ammontare del finanziamento sarà composto almeno in parte dalle somme "accumulate" dallo stesso cliente interessato alla concessione del mutuo. In questa realtà negoziale, certamente atipica, la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto, per cui in definitiva si concreta in un contratto a tempo indeterminato*» (848).

Tralasciando, per il momento, le considerazioni circa la durata del contratto, la complessità della fattispecie esige una più ponderata analisi.

Emergono, infatti, chiare comunanze tra il contratto in analisi nella fase di accumulo e il contratto di capitalizzazione di cui all'art. 179 cod. ass. (849), in quanto entrambi i contratti sono caratterizzati da una vocazione prettamente previdenziale, concretantesi in un accantonamento di risparmio per provvedere alle esigenze della vita.

---

(848) Per tutte, Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 8 novembre 2013, n. 5686, cit.

(849) Sul contratto di capitalizzazione v. G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, p. 63 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 195 ss.; A.D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995, p. 2601 ss.; C. GANDINI, *Commento* sub *art. 40*, in G. PARTESOTTI – M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova 2000, p. 381 ss; P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione ed attività assicurativa*, Milano, 2011; C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni (L' impresa – I contratti)*, in *Trattato* Buonocore, Torino, 2013, p. 418.

Con questa fattispecie viene realizzato l'incremento di un capitale nel tempo mediante l'accumulazione degli interessi o dei rendimenti prodotti dal capitale medesimo. Così, l'impresa capitalizzatrice si obbliga a corrispondere all'assicurato-capitalizzante, decorso un termine prestabilito, necessariamente pluriennale (850), una determinata quantità di denaro costituita dalla somma che quest'ultimo ha in precedenza versato in una o più soluzioni e dagli interessi prodotti dal capitale. Il capitalizzante, per contro, si impegna sia a costituire il capitale mediante il versamento alla stessa impresa di contributi unici o periodici aventi ad oggetto denaro, che a far gestire tale capitale all'impresa per un determinato periodo.

Più precisamente, «*La capitalizzazione è il contratto mediante il quale l'impresa di assicurazione si impegna, senza convenzione relativa alla durata della vita umana, a pagare somme determinate al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività*» (art. 179, comma 1°, cod. ass.). Ciò esclude la natura aleatoria del contratto, dovendosi piuttosto affermare la sua funzione commutativa.

---

(850) L'art. 179, comma 3°, cod. ass. prevede che il contratto di capitalizzazione non possa essere di durata inferiore a cinque anni, accordando però – al contempo – al capitalizzante la possibilità di riscattare il capitale versato sin dal secondo anno dalla stipulazione, a condizione che costui abbia corrisposto almeno un'intera annualità di premio (art. 179, comma 4°, cod. ass.). La necessità del termine quantomeno quinquennale di durata esprime connotati che sono ravvisabili anche nel contratto di risparmio edilizio. In particolare, ciò fa emergere la vocazione previdenziale delle figure in esame, permettendo di distinguere queste operazioni da altre similari, poste in essere principalmente dalle banche, che non prevedono obbligatoriamente un termine (o, comunque, un termine con tale durata minima prefissata) per l'erogazione della prestazione restitutoria nei confronti del cliente-investitore. Anche la limitazione temporale dell'esercizio del riscatto rafforza la connotazione previdenziale del contratto di capitalizzazione e contribuisce a differenziarlo da altre operazioni di raccolta del risparmio. Tale limitazione, del resto, risponde all'esigenza dell'impresa di garantire la copertura delle spese relative all'acquisizione del contratto e agli adempimenti concernenti la sua gestione tecnica. Sul punto cfr. P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 103, che a sua volta richiama C. GANDINI, *Commento* sub *art. 40*, cit., p. 393, 412.

Inoltre, la causa del contratto è connotata da una garanzia di redditività intrinseca, in ragione della quale viene fissato preventivamente l'ammontare della prestazione del capitalizzatore, la cui entità è costituita dalla somma dei premi versati e dagli incrementi stabiliti. In questo modo il contraente è certo sin dal momento della stipulazione di quello che gli spetterà al momento alla scadenza del termine per il pagamento. Egli non corre né il rischio che venga intaccato il capitale né quello della redditività dell'investimento effettuato con tale capitale, in quanto i rischi economici relativi alla gestione e, quindi, alla produttività del danaro che egli ha versato sono sopportati integralmente dall'impresa, con ciò confermando l'estraneità dello schema di cui all'art. 179 cod. ass. rispetto a quello assicurativo, così come ai contratti di investimento nei fondi comuni ad accumulazione del mercato finanziario, i quali sono caratterizzati dalla partecipazione del risparmiatore ai rischi (redditività dell'investimento e perdita del capitale investito) relativi all'impiego del risparmio.

Tutti questi connotati hanno indotto la dottrina a classificare il contratto di capitalizzazione come contratto tipico, oneroso, naturalmente commutativo di risparmio e, più esattamente, di prestito (851).

Mettendo da parte la risalente impostazione che richiamava lo schema del mutuo di denaro caratterizzato da un termine molto lungo di restituzione e dall'esclusione del diritto del mutuante di ritirare gli interessi nel periodo di durata del rapporto (852) – in quanto la disciplina del mutuo, pur essendo elastica e, quindi, suscettibile di perseguire anche finalità di investimento, non può essere reputata idonea ad esprimere in via esclusiva la finalità di

(851) Così, precisamente, P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione*, cit., p. 110 ss.

(852) In tal senso T. ASCARELLI, *La disciplina delle operazioni di assicurazione, di capitalizzazione e di gestione fiduciaria*, in *Ass.*, 1934, I, p. 164; A. DONATI, *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 46. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma 13 novembre 1972, in *Ass.*, 1973, II, p. 283 ss.

investimento-risparmio che connota il contratto di capitalizzazione (853) – appare decisamente più coerente l'accostamento al deposito a risparmio caratterizzato da un lungo vincolo temporale (854). Con ciò, si deve concludere che il contratto di capitalizzazione configura un contratto di prestito costituente un sottotipo del mutuo, alla cui disciplina si può, di conseguenza, far riferimento in via residuale (855), al pari dei fondi con obbligo di rimborso di cui all'art. 11 t.u.b. e, più precisamente, dei depositi vincolati a tempo e di altre più articolate forme di finanziamento, tra cui possiamo annoverare senza dubbio il contratto di risparmio edilizio.

Effettivamente, nel caso dei depositi vincolati con impegno della banca di corrispondere interessi in base ad un tasso fisso e del contraente di riscuotere il capitale e gli interessi solo al decorso del termine stabilito (856), la linea di demarcazione tra questi e fattispecie come il contratto di capitalizzazione o il contratto di risparmio edilizio tende ad assottigliarsi notevolmente fino a sfumare quasi del tutto quando l'impegno della banca risulti di non breve durata (857).

Limitare la natura giuridica del contratto a quella di un deposito non tiene però conto di una fase di assegnazione ed erogazione del finanziamento che pur essendo solamente eventuale, è diretta a rivelare la connotazione causale in concreto del negozio. Il contratto *de quo* è caratterizzato da una causa complessa, consistente nella costituzione di una provvista finalizzata esclusivamente a che la banca utilizzi parte di queste riserve per erogare un

---

(853) E. FAVARA, *Note sul contratto di capitalizzazione*, in *Ass.*, 1973, II, p. 286.

(854) Cfr. E. FAVARA, *Note sul contratto di capitalizzazione*, cit., p. 284, 286; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*[9], V, Milano, 1958, p. 214

(855) Così P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione*, cit., p., 114; ID., *Previdenza, risparmio ed investimento*, cit., p. 103.

(856) Ove è innegabile la funzione di investimento: cfr. G.F. CAMPOBASSO, voce *Deposito - III) Deposito bancario*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 2 ss.

(857) Cfr. C. GANDINI, *Commento* sub *art. 40*, cit., p. 412, spec. nt. 99; A.D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, cit., p. 2602.

finanziamento (nel risparmio edilizio "puro") ovvero per estinguere il finanziamento concesso contestualmente alla conclusione del contratto di risparmio edilizio.

Un sostegno all'impostazione qui espressa lo si può rinvenire nella definizione stessa di contratto di credito immobiliare ai consumatori fornita oggi dall'art. 120-*quinquies*, comma 1°, lett. *c*), t.u.b., secondo cui è tale il contratto «*con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*».

Ebbene, col contratto di risparmio edilizio il finanziato si impegna, sebbene *sub condicione*, a erogare un finanziamento, attraverso una struttura complessa che non costituisce un limite all'attribuzione di una causa creditizia all'intero negozio. Qualora ricorrano, inoltre, i requisiti di fondiarietà, esso potrà essere sussunto entro la categoria del credito fondiario, con la conseguente applicabilità della disciplina di cui agli artt. 38 ss. t.u.b.

La struttura complessa del contratto di risparmio edilizio vede dunque confluire in un'unica figura riferibile a molteplici schemi negoziali che non sussistono contemporaneamente, ma che emergono sequenzialmente con un progressivo avvicinamento al risultato programmato [l'erogazione del finanziamento edilizio (*rectius*, fondiario), che in tal caso dovrà inoltre essere classificato come finanziamento di scopo].

Ciò non deve condurre l'interprete a individuare soluzioni semplificanti e generalizzanti, dovendo offrire piuttosto una soluzione *ad hoc* in relazione allo stadio di sviluppo del contratto.

L'aspetto maggiormente controverso, oggetto principale delle richiamate

decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario, è, tuttavia, quello della tutela del consumatore in ordine al c.d. diritto di stipula.

Nella fase iniziale dell'operazione, in cui l'operazione è configurabile come un deposito, il cliente accumula denaro e, al momento della conclusione, versa un diritto di stipula pari all'1 per cento della somma di risparmio. Di tale somma è contrattualmente dedotta la non ripetibilità, neppure parziale, in caso di recesso, riduzione della somma di risparmio, rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione o di ogni altra causa di scioglimento anticipato del rapporto.

Il discorso si inserisce nella ricerca di soluzioni che garantiscano un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi ai beni immobili e al fine di assicurare che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile, offrendo prodotti trasparenti e tenendo conto delle differenze nei contratti di credito derivanti in particolare da differenze in ciascun mercato immobiliare nazionale e regionale.

Tale disciplina, secondo la giurisprudenza arbitrale, si porrebbe in contrasto con le norme inderogabili di diritto interno specificatamente dettate a tutela del cliente bancario e deve ritenersi illegittima.

In particolare, essa contrasterebbe col principio generale ed inderogabile secondo cui il cliente ha diritto di recedere da tutti i rapporti di durata senza alcuna penalità o spese, principio oggi sancito dagli artt. 120-*bis* e – con specifico riferimento ai contratti di finanziamento – 120-*ter* t.u.b. (858).

Circa la natura giuridica del diritto di stipula, inizialmente esso è stato assimilato, dalla giurisprudenza arbitrale, ad una clausola penale, in quanto da un lato ne è escluso il rimborso nei casi di recesso da parte del cliente, e,

(858) Così, tra gli altri, Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, nelle decisioni 11 aprile 2014, n. 2221; 4 luglio 2014, n. 4329; 28 luglio 2014, n. 4836; 26 giugno 2015, n. 5131, citt.

dall'altro, tale onere risulta privo di autonoma giustificazione causale, non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio resi dall'intermediario in favore del cliente (859). In ragione di ciò, il diritto di stipula risulta carente di una *causa debendi* e, pertanto, il pagamento effettuato dal cliente deve ritenersi ripetibile anche secondo i principi che, ai sensi dell'art. 2033 c.c., governano l'indebito oggettivo (860).

La riconduzione all'istituto della clausola penale appare, però, poggiare su basi poco solide. Infatti, con la clausola pattuita ai sensi dell'art. 1382 c.c., in presenza di inadempimento o di ritardato adempimento delle obbligazioni contrattuali una delle parti è obbligata ad un convenuto adempimento alternativo. La pattuizione è cosi diretta a limitare preventivamente l'ammontare dei danni. In questo caso, la parte lesa sarà legittimata a ricevere esclusivamente il convenuto adempimento alternativo (la specifica penalità), a meno che le parti *ab initio* si accordino circa il risarcimento degli ulteriori danni (861).

Finalità della clausola penale è quindi quella di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria in caso di inadempimento (862).

Il diritto di stipula non ha una funzione mirante a costituire la misura dell'adempimento alternativo, bensì rappresenta una sorta di commissione di ingresso per fronteggiare le spese di apertura del deposito (863). Tant'è che la sua ritenzione non dipende dall'inadempimento del cliente. Il diritto di stipula

---

(859) Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 29 luglio 2011, n. 1673, cit. In dottrina, cfr. P.L. FAUSTI, *Assicurazione del debitore*, cit., p. 622, nt. 16.

(860) Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 14 aprile 2014, n. 2246, e 22 dicembre 2014, n. 8564.

(861) Così C. CHESSA – (P. DE GIOIA CARABELLESE), *Le "missive" nel sistema giuridico scozzese e la caparra confirmatoria nella contrattazione preliminare in Italia: riflessioni diacroniche e comparatistiche*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, p. 933.

(862) Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183.

(863) In tal senso anche M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio*, cit., p. 9.

rappresenta una mera contribuzione imposta al momento della conclusione del contratto per coprire forfettariamente le spese di varia natura che la banca incontra nella formazione del medesimo.

Alla stessa maniera, deve escludersi la natura di caparra confirmatoria, non costituendo la somma una prestazione diretta ad assumere la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso conferitole dalla legge al fine di ritenere il *quantum* ricevuto. Infatti, in caso di inadempimento della banca, il cliente non potrà esigere il doppio della somma versata, né questa – in caso di adempimento di entrambi – potrà essere restituita ovvero imputata alla prestazione dovuta (864).

Inoltre, per le medesime ragioni sopra esposte, deve rifuggirsi anche dall'idea che il diritto di stipula sia una caparra penitenziale, in quanto l'istituto di cui all'art. 1386 c.c. assolve alla finalità di indennizzare la controparte nell'ipotesi dell'esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente (865).

Deve altresì considerarsi che l'art. 33, lett. *e*), c. cons. qualifica come vessatorie le clausole che consentono al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore qualora questi receda dal contratto, senza prevedere il correlativo diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta, nel caso in cui sia quest'ultimo ad esercitare il diritto di recesso.

Non da ultimo, il fatto che il contratto sia disciplinato dal diritto tedesco (per espressa previsione del testo contrattuale predisposto dall'ente creditizio) contrasta – quando è concluso con un consumatore – con il disposto dell'art. 6

(864) Ancora, così, M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio*, cit., p. 9.

(865) Cfr. Cass., 18 marzo 2010, n. 6558. V. anche M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio*, cit., p. 10.

reg. Roma I (866), per cui il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale. In deroga a questo principio, comunque, le parti possono scegliere la legge applicabile purché tale scelta non privi il consumatore della protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge dello Stato nel quale risiede abitualmente.

La qualificazione del diritto di stipula come una commissione sostanzialmente mediatizia appare comunque meritevole di tutela, considerata la sua funzione economica di voce di costo del contratto, non giustificando, pertanto, l'applicazione dell'art. 2033 c.c.

L'opacità della qualificazione della clausola, infatti, non corrisponde ad un'opacità nell'indicazione della determinazione della condizione praticata, misurata in una percentuale fissa della somma di risparmio [v. art. 117, commi 4° e 7°, lett. *b*), t.u.b.] e di cui è data chiara indicazione – sia circa il fatto di rappresentare una voce di spesa per l'apertura del conto, sia della circostanza che in nessun caso il diritto di stipula potrà essere restituito – nel contratto tipo di risparmio edilizio (867).

Al fine di evitare aprioristiche e rapide conclusioni, deve ritenersi che il perimetro di indagine debba riguardare l'operazione nel suo complesso.

Essa, infatti, è una operazione composta, ove la fase di erogazione del finanziamento è condizionata all'evento futuro e incerto che può verificarsi solo all'esito della fase di accumulo e alla positiva istruttoria cui è subordinata

(866) Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

(867) *Contra* Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Napoli, 31 marzo 2014, n. 1938 e 19 marzo 2015, n. 2087, citt., secondo cui quel che va sottolineato, proprio in termini di *deficit* di trasparenza e correttezza, è l'assenza di ogni delucidazione circa la natura della prestazione retribuita dalla commissione in esame. Mancherebbe, a giudizio della giurisprudenza arbitrale, ogni indizio testuale che permetta di rendere consapevole il cliente della natura e delle funzioni del diritto di stipula se non nei limiti del tenore letterale della sua denominazione.

la concessione di un credito fondiario.

Inoltre, non si tratta di un contratto di durata a tempo indeterminato (868). La data di assegnazione del contratto di finanziamento è, infatti, determinata – ed è pertanto conoscibile a priori dal cliente – per mezzo di una formula matematica. La posticipazione della data di assegnazione, del tutto eventuale, è legata ad eventi non prevedibili al momento della stipula del contratto, quali, a titolo di esempio, la richiesta di modifica, da parte del cliente dell'importo di ammortamento (869).

Ulteriori riflessioni possono essere svolte qualora, per assurdo, si volesse accogliere la tesi della natura giuridica di clausola penale, ma qui si deve fare una nuova distinzione tra le due fasi che connotano il contratto.

Se, infatti, il recesso venisse esercitato dal cliente durante la fase di accumulo, deve escludersi che la previsione del diritto di stipula contrasti col dettato dell'art. 120-*bis* t.u.b., essendo questo riferito esclusivamente ai contratti a tempo indeterminato. E, se pure si volesse precarizzare tutti i contratti bancari, ammettendo in via analogica l'applicazione del recesso gratuito anche ai contratti bancari a tempo determinato (870), questa non può essere estesa ai depositi a termine – quale è, senza dubbio alcuno, il contratto in analisi nella fase di accumulo – in virtù del combinato disposto degli artt. 1782, comma 2°, e 1816 c.c., in ragione del quale il termine per l'adempimento dell'obbligo di restituzione del denaro e di corresponsione degli interessi è, salvo patto contrario, a favore di entrambe le parti. Se non spetta al cliente il potere di esigere il pagamento *ante* scadenza del termine, non può spettargli

(868) Così, invece, Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Roma, 8 novembre 2013, n. 5686, cit.

(869) M. CONDEMI, *Il contratto di risparmio edilizio*, cit., p. 11.

(870) G. MUCCIARONE – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento all'art. 120*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione, cit., p. 1764.

nemmeno il potere di recedere in qualsiasi momento (871).

Il discorso diviene più articolato se si considera l'operatività della fase eventuale del finanziamento fondiario.

Qui, si è detto, che non sono giustificati gli oneri economici gravanti sul cliente per il mero esercizio del diritto di recesso in difetto di un concreto sinallagma rispetto a prestazioni o servizi effettivamente resi (872). Effettivamente, in tale ottica la mancata ripetizione del diritto di stipula qualificato come clausola penale determinerebbe la nullità di detta clausola, senza che questa si estenda all'intero contratto. In tal caso, la progressione del contratto *ut supra* posta in evidenza metterebbe in risalto la crescente articolazione dello schema contrattuale e, soprattutto, le tutele crescenti che lo caratterizzano. Ma una simile tesi, come si è cercato di evidenziare, è così scarsamente convincente dal punto di vista ermeneutico che deve considerarsi un mero esercizio di stile.

Il diritto di stipula, dunque, nell'ottica dell'intera operazione assume il ruolo di componente del costo totale del credito che, come tale, dovrà essere indicata in maniera chiara, precisa, evidenziata, così come, d'altra parte, già avviene nella prassi contrattuale relativa al prodotto bancario in analisi.

5. Il contratto di *rent to buy* – Anche per il *rent to buy* (873) è discussa la sua riconducibilità ai contratti con causa di finanziamento.

---

(871) Così, precisamente, G. MUCCIARONE – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento all'art. 120-bis*, cit., p. 1765.

(872) Arbitro Bancario-Finanziario, Collegio di Milano, n. 8 aprile 2014, n. 2111; Collegio di Napoli 19 marzo 2015, n. 2087, cit.

(873) Cfr., oltre agli Autori citati nel prosieguo e senza pretesa di completezza, C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, Napoli, 2016; A. BENNI DE SENA, *Il c.d.* rent to buy *e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 609 ss.; R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. "*rent to buy*")*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1 ss.; A. FACHECHI, Rent to buy *e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 97 ss.; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di*

Questa figura, introdotta con l'art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto "Sblocca Italia"), convertito con modificazioni in l. 11 novembre 2014, n. 164, consiste, come è noto, in un «*contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*», ossia un contratto col quale il proprietario dell'immobile (concedente) consegna quest'ultimo al conduttore, il quale ha l'obbligo di pagare al concedente il canone pattuito.

Il suddetto canone consta di due diverse componenti: la prima, destinata alla remunerazione del godimento; la seconda, da imputare al prezzo di acquisto dell'immobile.

Il conduttore ha il diritto di acquistare la proprietà dell'immobile. Tale fase è solamente eventuale: il conduttore, alla scadenza del termine convenuto, è libero di decidere se procedere o meno all'acquisto, con l'obbligo del concedente di procedere alla cessione nel caso in cui il conduttore decida in tal senso.

Per il conduttore sarà possibile pagare i canoni convenuti mediante l'accollo di un eventuale finanziamento concluso dal concedente. In tal senso le parti dovranno disciplinare in contratto le modalità di addebito delle rate, prevedendo la loro compensazione con un certo numero di canoni di valore

---

diritto privato[22], Milano, 2015, p. 768 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di* "rent to buy", in *Contr. impr.*, 2015, p. 952 ss.; V. RUGGIERO, Rent to buy*: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, *ibidem*, p. 964 ss.; F. DELFINI, *La nuova disciplina del* rent to buy *nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 817 ss.; V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 5 ss.; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al* rent to buy, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 841 ss.; P. ZANELLI, Rent to buy *nelle leggi 80 e 164 del 2014, ora dunque* emptio tollit locatum, in *Contr. impr.*, 2015, p. 12 ss.; G. BARALIS, "Rent to buy*": primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 341 ss.; A. FUSARO, Rent to buy, Help to buy, Buy to rent*, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 419 ss. In giurisprudenza si registra unicamente Trib. Verona, 12 dicembre 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 591 ss., con nota di G. FIORI, *Autorizzazione da parte del Giudice delegato alla sottoscrizione di un contratto di* rent to buy*. Condizioni e limiti*.

complessivo pari a quello del capitale ottenuto a finanziamento, ovvero parcellizzando tale capitale su tutti i canoni previsti in contratto. Il concedente resterà obbligato in solido con il conduttore per il pagamento delle rate del mutuo, se il finanziatore non ha aderito all'accollo (art. 1273 c.c.).

Costituisce ragione di inadempimento, riempiendo di concreto significato l'art. 1455 c.c., il mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero di canoni determinato dalle parti e comunque non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo.

La normativa che regola i reciproci obblighi e diritti del concedente e del conduttore richiama la disciplina in materia di usufrutto (specificamente, gli artt. 1002-1007 e 1012-1013 c.c.).

Quanto alla trascrizione del contratto, questa produce, secondo la legge, un duplice effetto, in relazione alle due fasi nelle quali si articola. Un effetto di opponibilità ai terzi, in relazione alla concessione dell'utilizzo e un effetto prenotativo simile a quello che si produce con la trascrizione di un contratto preliminare con riguardo all'obbligo del concedente di trasferire la proprietà del bene in caso di esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, facendo retroagire gli effetti della trascrizione dell'eventuale atto di vendita al momento della trascrizione del contratto medesimo. In questo modo viene garantita piena tutela al conduttore, consentendogli di acquistare l'immobile nello stato di diritto in cui si trovava al momento della conclusione del contratto di *rent to buy* e neutralizzando al contempo eventuali trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli successive alla trascrizione del contratto.

Analogamente al contratto di risparmio edilizio *ut supra* analizzato (§ 4 del presente capitolo), siamo in presenza di una operazione bifasica (874), senza

(874) D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 35.

che ciò conduca alla conclusione che ci si trovi di fronte a due contratti separati (875).

Un Autore ha ravvisato nell'operazione contrattuale l'interesse del potenziale acquirente a ricevere un finanziamento in quanto sia sprovvisto di mezzi o si trovi nella impossibilità di avere accesso al credito bancario, sottolineando come sia eccessiva enfatizzazione della non obbligatorietà dell'acquisto, considerate le difficoltà nella restituzione di un immobile utilizzato per anni e, di contro, ponendo in risalto l'appetibilità di uno strumento negoziale idoneo ad un accesso al bene casa (876).

Un'altra dottrina (877) ha invece asserito che il *rent to buy* possa costituire una valido strumento di finanziamento, in quanto se dal punto di vista finanziario i canoni rappresentano un'uscita monetaria, dal versante economico essi non rappresentano un costo, bensì un accantonamento finalizzato all'acquisto. La specificità, ad avviso dell'Autrice, sta nel fatto che l'accantonamento avviene in un patrimonio estraneo a quello del disponente e l'effetto di investimento non richiede una liquidazione successiva (878). Il contratto *de quo* sarebbe finalizzato a far rientrare l'acquirente entro i parametri richiesti dalle banche per la concessione di un finanziamento (879), costituendo uno storico creditizio che comprovi il merito dell'aspirante acquirente. E, a sostegno di siffatta tesi, viene assunto il *rent to buy* di azienda, col quale il conduttore non solo gode dell'universalità dei beni oggetto del contratto, ma ne fa un utilizzo produttivo, «*base per la predisposizione di un progetto*

(875) C. CICERO, Rent to buy*: la fattispecie e gli interessi sottesi*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, cit., p. 47.

(876) Così M. IEVA, *Il* rent to buy *nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015, p. 677.

(877) A.C. NAZZARO, *Il* rent to buy *tra finanziamento e investimento*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 4, 2015, p. 7.

(878) Ancora, specificamente, A.C. NAZZARO, *Il* rent to buy, cit., p. 10.

(879) V. S. MARINO, Rent to buy*: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa della transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014, p. 1143, 1147.

imprenditoriale da sottoporre alla valutazione dell'istituto di credito ai fini del finanziamento» (880).

Questa impostazione non convince. Il contratto di *rent to buy* è un contratto *pot-pourri*, caratterizzato da elementi della locazione e della compravendita, dall'applicazione delle norme sulla trascrizione e sull'usufrutto, nonché dalla peculiare funzione attribuita al canone periodico.

Tutte queste componenti, però, non si manifestano contemporaneamente, ma assistiamo ad una loro «*articolazione sequenziale*» con progressivo avvicinamento al risultato programmato del trasferimento di proprietà (881). Perciò, non è possibile individuare un criterio generale, ma dovrà valutarsi caso per caso lo stadio di sviluppo del contratto applicando la disciplina più opportuna in relazione alla relativa fase negoziale considerata (882).

Non è, perciò, ravvisabile una causa di finanziamento nel contratto di *rent to buy*. Esso è, piuttosto, una manifestazione del «*diritto civile della crisi economica*» (883), una risposta dell'ordinamento al c.d. *credit crunch*, la drastica riduzione del credito che si è tradotta in una crisi del mercato immobiliare (884). L'operazione contrattuale consente al proprietario dell'immobile, aspirante venditore, di mettere a reddito un bene che, altrimenti, nella stagnazione del mercato non sarebbe riuscito a vendere né avrebbe concesso in

---

(880) Così A.C. NAZZARO, *Il* rent to buy, cit., p. 11.

(881) L'efficace espressione è di V. CAREDDA, Rent to buy*: note minime sulla complessità*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, cit., p. 123.

(882) Cfr., ancora , V. CAREDDA, Rent to buy, cit., p. 125 ss. Interessante è il parallelo che l'Autrice (p. 126, spec. nt. 10) evoca nei confronti del preliminare di preliminare (su cui cfr. Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, 2015, p. 597 ss. con nota di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto «a tutele crescenti»*), dal quale però si discosta poiché la progressione avviene all'interno di un unico contratto sequenziale e non invece dalla successione di più contratti via via più impegnativi.

(883) C. CICERO, Rent to buy, cit., p. 43 ss.

(884) G. D'AMICO, *Il* Rent to buy: *profili tipologici*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, cit., p. 62 s.

locazione per evitare eventuali ostacoli ad una successiva vendita (in considerazione del principio *emptio non tollit locatio*).

Per l'aspirante acquirente, invece, il *rent to buy* rappresenta uno strumento alternativo al finanziamento immobiliare, utilizzabile allorché non disponga né delle risorse finanziarie per l'acquisto del bene né dei requisiti per accedere al credito bancario. Così, le risorse utilizzate per godere *medio tempore* del bene possono essere destinate all'acquisto del bene, attraverso un collegamento tra i canoni di locazione e il contratto di compravendita dell'immobile (885).

Interessante è anche il parallelo, a tal proposito, operato in dottrina con riferimento all'anticresi, con la focalizzazione di entrambi gli istituti come strumenti alternativi al credito bancario: coloro che, intenzionati a vendere i loro beni immobili, non riescono a collocarli adeguatamente potrebbero ottenere liquidità a condizioni oggi non altrimenti configurabili (senza interessi, senza rate, restituzione a scadenza), liberarsi delle spese per tributi e manutenzione. conservare comunque la proprietà degli immobili, potendo così disporne in un altro momento a condizioni di mercato maggiormente favorevoli. Se l'anticresi permette di fissare il prezzo in una fase successiva, il *rent to buy* costringe invece l'aspirante venditore a stabilirlo al momento della conclusione (886).

Appare così coerente replicare anche per il *rent to buy* le argomentazioni adottate da un illustre maestro circa la natura giuridica del *leasing con scambio del valore capitale del bene* (887) e ciò in quanto i canoni periodici costituiscono, dal punto di vista economico, rate di prezzo corrispondenti al valore capitale del bene. Esclusa la configurabilità dell'operazione come vendita con riserva della proprietà o vendita in forma di locazione, in virtù della non automaticità

(885) Così G. D'AMICO, *Il* Rent to buy, cit., p. 64.

(886) Cfr. F. MECENATE, *L'anticresi*, cit., p. 657.

(887) Mi riferisco a A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 393 ss.

del trasferimento della proprietà del bene, subordinato all'esercizio del diritto da parte del conduttore *ex* art. 23, comma 1°, l. 164/2014.

A suffragare ciò vi è anche il dettato del comma 1°-*bis* della medesima norma, in quanto le parti deducono in contratto la quota di canone da imputare al corrispettivo destinata all'acquisto della proprietà e non al godimento dell'immobile, tanto che nel caso in cui non venisse esercitato il diritto di acquisto tale quota dovrà essere restituita. E lo stesso ragionamento può essere operato attraverso una lettura *a contrario* del comma 5°, che obbliga il concedente, nel caso di un suo inadempimento, a restituire il corrispettivo imputato a prezzo. Inoltre, se si bada alla disciplina dell'inadempimento del conduttore, che prevede che il concedente non solo abbia diritto alla restituzione dell'immobile, ma anche ad acquisire i canoni a titolo di indennità (salva diversa pattuizione tra i contraenti), ciò induce a concludere che la quota di canone da imputare al prezzo abbia altresì natura giuridica di clausola penale, essendo infatti convenuta preliminarmente la misura dell'adempimento alternativo, *scilicet* quella somma «*che la parte lesa è legittimata a ricevere dall'altra parte, a ristoro dei danni subiti*» (888).

La norma, infatti, fa l'eco all'art. 1382 c.c. laddove si prevede che «*La clausola con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore*».

Il diritto di acquistare la proprietà dell'immobile non si risolve però in una opzione (889), bensì in un preliminare unilaterale. A tale conclusione si

(888) Sull'argomento si veda C. CHESSA – (P. DE GIOIA CARABELLESE), *Le "missive"*, cit., p. 933 s.

(889) V. G. BARALIS, Rent to buy, cit., p. 1146. *Contra* F. DELFINI, *La nuova disciplina del* rent to buy, cit., p. 5, secondo cui l'opzione abbisogna di un prezzo, circostanza non prevista dall'art. 23 l. 148/2014.

perviene facendo tesoro dell'insegnamento della Suprema Corte che ha tracciato le differenze tra le due figure. Difatti, il patto di opzione è un elemento di una fattispecie a formazione progressiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e, successivamente, dall'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto. Nell'opzione che contenga una proposta irrevocabile, quindi, gli effetti finali del contratto definitivo si producono in virtù della semplice dichiarazione unilaterale di accettazione della parte non obbligata, mentre nel preliminare unilaterale gli effetti definitivi si producono solo ed esclusivamente a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti (890).

L'esercizio del diritto di acquisto trasformano dunque quella che, inizialmente, era una mera possibilità in una realtà. Analogamente a quanto sostenuto in materia di *leasing*, dovendosi ravvisare nel *rent to buy* una concessione di godimento in funzione del successivo acquisto, dunque, i suoi caratteri implicano l'applicabilità analogica della norma imperativa di cui all'art. 1526, comma 3°, c.c. (891) e, più in generale, quelle aventi una affine *ratio legis* – ad es., le norme contenute negli art. 1526 (892), 1525 e 1523 c.c. (893) – badando, però, alla fattispecie concreta e, in particolar modo, allo stadio di sviluppo del negozio e della vicinanza al risultato finale (894).

(890) Cfr. Cass., 26 marzo 1997, n. 2692.

(891) V. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 394; ID., *La vendita*, cit., p. 705 ss.; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 203 s.

(892) A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 394; V. CAREDDA, Rent to buy, cit., p. 125.

(893) V. CAREDDA, Rent to buy, cit., p. 125.

(894) V. CAREDDA, Rent to buy, cit., p. 127.

CAPITOLO IV

I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO ALL'ACQUISTO IMMOBILIARE E I MERCATI FINANZIARI

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi e disciplina di riferimento – 2. La cartolarizzazione dei crediti ipotecari e gli strumenti finanziari assistiti da garanzie – 2.1. Le emissioni collateralizzate – 2.2. Le cartolarizzazioni sintetiche – 2.3. I *covered bonds* – 2.4. La garanzia dello Stato per le operazioni di cartolarizzazione di crediti classificati come sofferenze – 3. Le clausole di indicizzazione nei contratti di finanziamento. Manifestazione dell'autonomia privata o strumento finanziario derivato incorporato? – 4. La cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

1. ***Cenni introduttivi e disciplina di riferimento –*** La crisi finanziaria che ha preso il sopravvento a partire dal 2007 presenta una stretta interconnessione con i contratti di finanziamento immobiliare, in ispecie con i cc.dd. mutui *subprime*.

Difatti, la possibilità di poter trasferire sul mercato un credito a rischio di insolvenza ha determinato che gli istituti finanziatori erogassero indiscriminatamente mutui per l'acquisto di immobili. La bolla immobiliare negli Stati Uniti è stata così sostenuta da finanziamenti che raggiungevano il 100 per cento del valore dell'immobile e che, in alcuni casi, premiavano con ulteriore credito l'apprezzamento del valore dell'abitazione (895).

Questi crediti (o, più correttamente, il rischio di credito originante da questi contratti) hanno formato oggetto di quei titoli strutturati denominati *collateralized debt obligation* (CDO, emissioni collateralizzate da debito, su cui v. *infra*, § 2.1) assieme ad altri titoli di cartolarizzazione al fine di ripartire

(895) Così F. COLOMBINI, *La crisi finanziaria*, cit., p. 204.

maggiormente il rischio e, successivamente, essere collocati presso investitori professionali, *hedge funds*, fondi di investimento e fondi pensione, come normali obbligazioni a virtuale assenza di rischio (896).

I rapporti tra contratti di finanziamento immobiliare e mercati finanziari sono, dunque, una realtà concreta, che prende le mosse dall'esigenza che una attività immobilizzata quale un contratto di mutuo possa acquisire il connotato della liquidabilità (897), in particolare attraverso la trasformazione dei crediti nascenti da mutui ipotecari (compresi quelli in sofferenza) in titoli rappresentativi (le cc.dd. operazioni di cartolarizzazione o *securitization*). Stiamo parlando delle cc.dd. *mortgage backed securities* (MBS), *species* del prodotto dell'operazione di cartolarizzazione *asset backed securities* (ABS).

Questi titoli hanno permesso di superare alcuni ostacoli alla negoziabilità dei mutui ipotecari, in particolare gli oneri legati alla loro gestione, che permanevano in capo al soggetto emittente i titoli. In tal modo, anche per soggetti non operanti direttamente nel settore dei mutui ipotecari è stato possibile investire in esso (898).

È necessario anticipare che le operazioni di cartolarizzazione sono storicamente connotate da una certa eterogeneità: non esiste un modello di *securitization* (899). Ogni operazione, infatti, può differire sia in ragione della tipologia di crediti ceduti, sia dell'allocazione del rischio tra i soggetti coinvolti, che in ragione delle garanzie che assistono la cessione.

Nel nostro ordinamento l'emissione di strumenti finanziari in forma cartolare che svolgano al contempo funzione di investimento del risparmio e di finanziamento (anche e soprattutto) immobiliare (in particolar modo delle

---

(896) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 3.

(897) Precisamente A. ZUCCHELLA, *L'innovazione finanziaria*, cit., p. 67 ss., spec. 68, che parla addirittura di «*mercato secondario dei mutui ipotecari*».

(898) A. ZUCCHELLA, *L'innovazione finanziaria*, cit., p. 85.

(899) V. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 3.

imprese) è esperienza nota fin dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, allorché si diffusero i cc.dd. certificati di partecipazione. Un archetipo di tali strumenti lo si può, però, già rinvenire nel Granducato di Toscana del XVII secolo, ove il Monte dei Paschi di Siena aveva suddiviso in porzioni le sue rendite dei pascoli maremmani detti «*Dogana dei Paschi*», al fine di collocarle presso i risparmiatori attraverso titoli che garantivano una rendita annuale (900).

Principiando dai certificati immobiliari (la più diffusa forma di certificato di partecipazione), l'operazione nasceva dall'esigenza di una società che aveva la necessità di disporre di un immobile di rilevante valore, che veniva acquistato o costruito da un finanziatore che successivamente glielo concedeva in *leasing*.

Questi, per finanziare l'operazione, associava un altro finanziatore che si faceva rilasciare titoli di piccolo taglio rappresentativi dei diritti derivanti dall'associazione e provvedeva a collocarli nel mercato secondario. L'associante-finanziatore era così titolare della proprietà del bene oggetto dell'operazione ed astraeva il rischio dell'impresa finanziata nei confronti degli acquirenti-associati che acquistavano gli strumenti finanziari emessi dall'associante con i quali potevano vantare un diritto di credito nei confronti di quest'ultimo.

La natura giuridica dei certificati di partecipazione è ricondotta dalla dottrina maggioritaria all'istituto dell'associazione in partecipazione (artt. 2549 ss. c.c.) (901). Tralasciando per il momento il fatto che ciò attribuisce

(900) Ne dà conto A. BROZZETTI, *Profili giuridici dei* covered bonds*, la "nuova stella" del mercato delle ABS*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2011, p. 173.

(901) Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Profili civilistici*, in L. GUGLIELMUCCI – C. MAGNANI – P.M. JOVENITTI, *I certificati di partecipazione*, Milano, 1981, p. 1 ss.; F. ASCARELLI, *Operazioni atipiche di raccolta del risparmio*, Firenze, 1984, p. 39 ss.; *contra*, B. LIBONATI, *I problemi dell'inquadramento giuridico delle fattispecie esaminate, con particolare riguardo alle accettazioni*, in B. LIBONATI – G. VISENTINI (a cura di), *Operazioni anomale di finanziamento con emissione di titoli*, Milano, 1980, p. 27 ss.; G. SBISÀ, *Certificati immobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, p. 483 ss.

all'associato diritti ben determinati dalla disciplina codicistica, una tale forma di cartolarizzazione – frazionando la posizione di associato e la sua rappresentazione *pro quota* in documenti destinati alla circolazione – è al contempo una forma di finanziamento dell'impresa che ha come elemento connotante la compartecipazione dell'investitore al rischio della stessa (902), pur essendo costui estraneo alla sua organizzazione e gestione e permanendo in suo capo la sola titolarità del potere di controllo e del diritto alla rendicontazione periodica e finale dei risultati dell'affare. La differenza più netta, però, si riscontra nel fatto che l'associazione in partecipazione non determina la creazione di un patrimonio separato (903): i capitali versati dagli investitori entrano nella piena e totale disponibilità dell'emittente, confondendosi con il resto del suo patrimonio.

Dopo che la tecnica della cartolarizzazione si è imposta nei mercati internazionali, il legislatore italiano è intervenuto sulla materia con la l. 30 aprile 1999, n. 130, recante «*Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*». La legge si applica alle operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante cessione – da parte del c.d. *originator*, originario creditore – a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti.

2. ***La cartolarizzazione dei crediti ipotecari e gli strumenti finanziari assistiti da garanzie –*** Una prima classificazione delle MBS può essere operata tra tre tipologie di titoli: *pass-through*, *pay-through* e obbligazioni collateralizzate da *pool* di mutui. Se su quest'ultima categoria ci si soffermerà *infra*, al § 2.1,

(902) Cfr., *ex multis*, Cass., 8 novembre 2011, n. 23167.

(903) Su cui più ampiamente si dirà *infra*, al § successivo.

l'attenzione principale deve porsi sullo schema *pay-through*, tecnica operativa che contraddistingue le operazioni realizzate ai sensi della l. 130/1999 (904).

Con questa tecnica, la società *originator* cede ad una *special purpose vehicle* (qui di seguito anche SPV) – società costituita *ad hoc* per effettuare esclusivamente una o più operazioni di emissione di strumenti finanziari –, *pro soluto*, un *pool* di crediti ipotecari con caratteristiche affini. A fronte di ciò, la SPV emette dei titoli garantiti dallo stesso portafoglio di crediti, acquistato con il ricavato della stessa operazione di emissione. Il rimborso dei titoli avviene, invece, sulla base delle somme riscosse dall'*originator*, per conto della SPV, dai debitori iniziali.

La tecnica *pass-through*, invece, è stata la più utilizzata nell'esperienza statunitense agli albori dell'innovativa tecnica finanziaria in analisi (905). La principale differenza risiede nel fatto che, in un'operazione così strutturata, è assente la SPV e i crediti oggetto di cartolarizzazione sono segregati in un *trust fund* a beneficio degli investitori stessi, che diventano così i proprietari sostanziali dei beni di pertinenza del fondo, mentre la proprietà formale resta in capo al *trustee* (906).

---

(904) Sulla l. 30 aprile 1999, n. 130 cfr., *inter alios*, P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 11 ss.; S.M. SEPE, voce *Cartolarizzazione*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Agg. V, Torino, 2009, p. 69; V. TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003; V. CARNOVALE, *La cartolarizzazione dei crediti (la nuova normativa e i profili di vigilanza)*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, p. 477 ss.; L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002; G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002; P. FERRO LUZZI, *La cartolarizzazione*, cit., p. 24 ss.; A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Legge 30 aprile 1999, n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 754 ss.; R. PARDOLESI (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, Milano, 1999; C. PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fall.*, 1999, p. 1176 ss.

(905) Cfr. A. ZUCCHELLA, *L'innovazione finanziaria*, cit., p. 85 ss.

(906) Una analoga rappresentazione dell'assetto proprietario del patrimonio è oggi accolto dalla Suprema Corte per quel che riguarda il patrimonio dei fondi comuni di investimento: cfr. Cass., 15 luglio 2010, n. 16605, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 417 ss., con nota di V. LEMMA, *Autonomia dei fondi comuni dii investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*; e F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*; Cass., 20 maggio 2013, n. 12187; Cass., 19 giugno 2013,

Ai sensi dell'art. 3 l. 130/1999, la società veicolo ha per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti. I crediti relativi a ciascuna operazione, assieme ai proventi, costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società emittente e da quello relativo alle altre operazioni e devono essere destinate in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati negli strumenti finanziari ed eventualmente alla copertura dei costi dell'operazione.

Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi (c.d. *limited recourse*).

Le attività finanziarie sottostanti sono quindi utilizzabili esclusivamente per soddisfare le richieste degli investitori della stessa classe ovvero i creditori della medesima. La cartolarizzazione implica necessariamente la segregazione del patrimonio relativo all'operazione da quello della società emittente.

Ciò costituirebbe una deroga al principio generale della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., che vieta la segregazione del patrimonio del debitore al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

La riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto nel codice civile l'istituto dei patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare (artt. 2447-*bis* ss. c.c.). In particolare, deve analizzarsi la fattispecie di cui all'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. *b*), c.c., ove è prevista la possibilità di concludere contratti per il finanziamento di uno specifico affare mediante la destinazione dei proventi dell'affare stesso (o parti di esso) al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo. Con il riconoscimento della separazione patrimoniale il legislatore ha sancito «*un peculiare regime di responsabilità patrimoniale riferito all'attività, invece che al soggetto*» (907), dal momento che «*i*

n. 15319. *Contra*, vedi la recente pronuncia di Trib. Milano, 10 giugno 2016, in *dirittobancario.it*, che ha inteso riconoscere l'autonomia patrimoniale dei fondi comuni di investimento.

(907) ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*[3], Bologna, 2009, p. 82.

proventi dell'operazione costituiscono patrimonio separato da quello della società» (art. 2447-*decies* c.c.).

Siffatto istituto non può però essere utilizzato per strutturare un'emissione di titoli cartolarizzati. Un primo limite alla costituzione dei patrimoni separati, di tipo sia quantitativo che oggettivo, lo si desume dall'art. 2447-*bis*, comma 2, c.c., secondo cui possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali. Ciò non si concilia con l'oggetto sociale esclusivo delle SPV né con il fatto che trattasi di esercizio dei servizi e delle attività di investimento, attività riservata ai sensi dell'art. 18 t.u.f.

Inoltre, l'art. 2447-*decies*, comma 7, c.c. fa emergere, *a contrario*, come i due istituti viaggino su binari paralleli, escludendo che il finanziamento possa essere rappresentato da titoli destinati alla circolazione al di fuori delle ipotesi di cartolarizzazione previste dalle leggi vigenti.

Osservando invece l'esperienza anglosassone delle operazioni di cartolarizzazione *pass-through*, la medesima segregazione patrimoniale è invece ottenibile con l'adozione dell'istituto del *trust* (908), il quale – date le sue funzioni di garanzia e l'esclusione del concorso dei creditori sopravvenuti –

(908) Nella tradizione di *common law* il *trust* non è considerato un contratto, bensì un atto unilaterale. La dottrina maggioritaria italiana, considerando il fenomeno nella sua unitarietà, afferma la struttura bilaterale dell'atto, che avrebbe natura contrattuale: cfr. M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui* trust, *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 425; F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del* trust *interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1296. Sul rapporto tra *trust* e *securitization* cfr. (A. BERLINGUER) – D. PAPPADÀ, Trust *e finanziamento dell'impresa*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento*, cit., p. 328 ss. Per individuare un'operazione che abbia anche per il diritto anglosassone una struttura contrattuale si veda l'attenta analisi di A. VICARI, *op. cit.*, p. 537 ss., secondo il quale l'allestimento dei titoli in diritto inglese potrebbe collocare il rapporto sottostante in una vasta area che ricomprende sia contratti associativi (*partnership*) che contratti di credito (*loan*). Un'altra diffusa tipologia di struttura dell'operazione è quella di costituire una società in un paradiso fiscale (per esempio, Jersey) che emetta i valori mobiliari.

viene ormai frequentemente utilizzato anche in ambito finanziario (909).

La società veicolo è inquadrabile come *trustee* dell'operazione e i flussi di cassa derivanti dall'emissione dei titoli e dalle attività di investimento costituiscono patrimonio separato opponibile ai terzi.

Con questa struttura i sottoscrittori apportano del denaro alla società veicolo-*trustee*, la quale emette dei titoli che incorporano i diritti del beneficiario del *trust*.

L'elemento della segregazione patrimoniale è strettamente collegato al vincolo di destinazione dei beni che costituiscono lo stesso patrimonio, che devono essere orientati unicamente alla realizzazione dello scopo per il quale è stato istituito il *trust*. A tal fine, è rilevante evidenziare come i beni che possono far parte del patrimonio separato non devono essere esclusivamente beni nella titolarità del soggetto disponente (c.d. *settlor*) al momento dell'istituzione del *trust*, ma anche beni di cui costui non è ancora proprietario ovvero beni futuri (910), acquistati anche con le somme di denaro che costituiscono il patrimonio del *trustee*, destinate all'acquisto dei beni cui il patrimonio è destinato (911). A ciò si aggiunge il dovere del *trustee* di agire nell'interesse dei beneficiari, rimanendo obbligato esclusivamente nei confronti di costoro.

Una simile struttura dell'operazione – generata in ordinamenti di *common law* – la rende riconoscibile anche in Italia, in quanto possiede il requisito dell'internazionalità, ossia il collegamento del contratto con un ordinamento straniero, carattere ritenuto essenziale dalla dottrina maggioritaria (912) (in

(909) Sul punto v. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquirenti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265.

(910) M. LUPOI, *I* trust *nel diritto civile*, in *Trattato* Sacco, Torino, 2004, p. 243 ss.

(911) Sul punto cfr. E. MARÈ, *La natura del* trust, in *Corr. giur.*, 1995, p. 162.

(912) Cfr., *ex multis*, C. CASTRONOVO, *Il* trust *e «sostiene Lupoi»*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 451; P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust, *ibidem*, 1998, p. 457; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su* trust *e trascrizione)*, in *Riv.*

base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364) affinché un *trust* possa considerarsi valido, stante l'inammissibilità del c.d. *trust* interno.

Ulteriore tratto peculiare della società veicolo è la c.d. capitalizzazione sottile: a parte i limiti minimi connessi alla forma societaria rivestita (913), le società veicolo non hanno alcun particolare obbligo di capitalizzazione. È inoltre esclusa l'applicabilità degli artt. 2410-2420 c.c., rendendo così irrilevante il rapporto tra indebitamento derivante dall'emissione di titoli e patrimonio sociale ivi previsto (914).

Si rende, inoltre, necessario un distinguo tra le varie classi di titoli cartolarizzati. Se in passato l'emissione di titoli veniva suddivisa in più classi (*senior*, *mezzanine* e *junior*), attualmente la prassi prevede l'emissione di due sole classi. La c.d. *tranche senior* è quella che sopporta per ultima le eventuali perdite legate ai mancati incassi sui crediti cartolarizzati, mentre la c.d. *tranche junior* è costituita da titoli privi di *rating* ed è la prima a sopportare le anzidette perdite, pur beneficiando – nel caso in cui i crediti vengano regolarmente incassati e i portatori dei titoli *senior* siano integralmente soddisfatti – del c.d. *excess spread*, un premio aggiuntivo con cui i titoli in parola sono maggiormente remunerati (915). La *tranche mezzanine*, invece, è quella classe di titoli che, con riguardo alla corresponsione degli interessi, è postergata alla corresponsione

---

not., 2001, p. 18; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagattelle)*, *ibidem*, 2001, p. 1251; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 95; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e* trust*: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007, p. 337; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 131 ss.; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario,* trust*, e atti di destinazione* ex *art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 993 ss.

(913) Sull'adozione della forma di s.r.l. cfr. M. COSSU, *L'uso della s.r.l. nell'intermediazione finanziaria non bancaria e nelle operazioni di finanza strutturata*, in *Banca impr. soc.*, 2014, p. 205 ss.

(914) L. CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., p. 905.

(915) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 184.

degli interessi dovuti alla classe *senior* e possono essere antergate al rimborso del capitale dei titoli *junior*.

Tale distinzione, è evidente, si lega inscindibilmente alla valutazione del merito di credito del grado di rischio dell'investimento nei titoli da parte di una agenzia di *rating* (916). La valutazione dei titoli, come è noto, è finalizzata a consentire al mercato di usufruire, in una maniera accessibile di un set informativo complesso, veicolato mediante l'utilizzo di scale alfanumeriche universali, valide sia a livello internazionale, sia intersettorialmente. Ciò permette a qualsiasi investitore di superare i problemi insiti nelle fasi di *screening* e di monitoraggio delle varie opportunità di finanziamento e fornisce al sistema una maggiore quantità di notizie, di maggiore qualità, riguardanti il rischio di credito insito in ogni investimento.

Tipicamente, i caratteri alfanumerici utilizzati dalle agenzie per individuare il giudizio sintetico sull'affidabilità creditizia del soggetto esaminato possono

---

(916) Sulle agenzie di *rating*, con specifico riguardo ai profili maggiormente problematici cfr. A. D'AMATO, *La responsabilità civile delle agenzie di* rating, in *Nuovo dir. soc.*, 2016, p. 91 ss.; C. CASTELLI, *La normativa sulle agenzie di* rating*:* ratio*, contenuti ed applicazione nel contesto europeo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 1, 2015, p. 60 ss.; A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di* rating, in *Danno resp.*, 2015, p. 836 ss.; A. PRINCIPE (a cura di), *Le agenzie di* rating, Milano, 2014; M. BUSSANI, *Le agenzie di* rating *fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1337 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Brevi note sull'affidamento riposto nei* credit rating *dagli intermediari finanziari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, II, p. 18 ss.; A. TROISI, Rating *e affidamento dell'investitore: profili di responsabilità dell'agenzia*, *ivi*, p. 166 ss.; P. MONTALENTI, *Le agenzie di* rating, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 511 ss.; M. PORZIO, *Le agenzie di* rating, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013, p. 405 ss.; E. GIRINO, *La responsabilità civile delle agenzie di* rating *nel Regolamento n. 462/2013*, in *Amm. fin.*, 2013, 9, p. 71 ss.; S. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività di* rating *finanziario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013, p. 415 ss.; C. PINELLI, *Le agenzie di* rating *nei mercati finanziari globalizzati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2012, I, p. 229 ss.; G. PRESTI, Take the «AAA» train*: note introduttive sul* rating, in *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 251 ss.; G. OLIVIERI, *I servizi di* rating *tra concorrenza e regolazione*, *ivi*, p. 283 ss.; F. VELLA, *Il* rating*: alla ricerca di una «terza via»*, *ivi*, p. 323 ss. R. LENER – M. RESCIGNO, *Agenzie di* rating *e conflitti di interesse: sintomi e cure*, *ivi*, p. 353 ss.; G. PONZANELLI, *Quando sono responsabili le agenzie di* rating, *ivi*, p. 441 ss.; G. CARRIERO, *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di* rating, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 873 ss.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di* rating *nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 764 ss.; P. SANNA, *La responsabilità civile delle agenzie di* rating *nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011.

classificarsi in base a tre grandi macrocategorie. Il discrimine fondamentale è, infatti, tra *investment grade* (ove vengono ricompresi i giudizi da AAA a BBB-), *speculative grade* (corrispondenti a BB+ in poi) e *junk bonds* (C e D, che indicano l'imminente fallimento), in base ai quali è possibile suddividere i titoli in base ai relativi profili di rischio-rendimento.

In base alle disposizioni fornite dal legislatore comunitario [art. 3, reg. (CE) del 16 settembre 2009, n. 1060], il *rating* può essere definito come un «*parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari*».

La conoscenza disponibile sui mercati creditizi (intesa quale strumento necessario a catalizzare l'ordinaria attività di scambio) risulta, in tal modo, semplificata dalle certificazioni emesse dai *raters*, le cui elaborazioni mirano ad offrire un'indicazione sul livello di qualità attribuibile agli agenti (ovvero agli strumenti) creditizi cui esse sono riferite. Il *rating*, dunque, non limita la sua valenza a quella di una mera opinione. Esso, pittosto, tende ad interagire sulle dinamiche cognitive che gli operatori attuano nella selezione delle opportunità di investimento, da cui un'effettiva istituzionalizzazione del relativo valore informativo.

Il ruolo è quello di un *panopticon* (917) sul mercato. Siamo in presenza di un meccanismo che viene creato su base statistica ed influenza il mercato: la

(917) Il *panopticon* è il modello di carcere ideale progettato dal giurista e filosofo Jeremy Bentham (J. BENTHAM, *Panopticon or the inspection-house*, London, 1791). L'idea alla base del *panopticon* («*che fa vedere tutto*») era quella che – grazie alla forma radiocentrica dell'edificio e ad opportuni accorgimenti architettonici e tecnologici – un unico guardiano potesse osservare (*optikon*) tutti (*pan*) i prigionieri in ogni momento, i quali non devono essere in grado di stabilire se sono osservati o meno, portando alla percezione da parte dei detenuti di un'invisibile onniscienza da parte del guardiano, che li avrebbe condotti ad osservare sempre la disciplina come se fossero osservati sempre. Dopo anni di questo trattamento, secondo il B., il retto comportamento imposto sarebbe entrato nella mente dei prigionieri come unico modo di

necessità di osservare i contratti trova la sua *ratio* nell'esigenza di abbassare i costi di transazione, per i quali è necessario introdurre calcoli matematico-statistici. È un bene collettivo, un bene dell'intero sistema che può essere violato solo per contribuire a migliorare l'intero sistema. Tali informazioni per essere efficienti devono essere, naturalmente, affidabili.

Qualora l'offerta dei titoli sia rivolta a investitori non professionali, l'operazione deve essere necessariamente sottoposta alla valutazione di una agenzia di *rating* terza, la cui indipendenza è garantita da specifiche disposizioni regolamentari emanate dalla Consob (918).

Al fine dell'attribuzione di una valutazione entrano in giuoco anche i meccanismi di *credit enhancement*, a loro volta distinguibili in *internal credit enhancement* e *external credit enhancement* (919). Con tale locuzione si intende una forma di incremento delle garanzie sulle obbligazioni emesse dalla società veicolo volta a ridurre il livello complessivo di rischio creditizio implicito nei titoli emessi (920).

L'*internal credit enhancement* è una forma di autogaranzia concessa dallo stesso *originator*. L'*external credit enhancement*, invece, è fornito da banche e imprese di assicurazione per il tramite di lettere di credito, polizze assicurative o garanzie autonome che determinano un incremento dei costi dell'operazione

---

comportarsi possibile modificando così indelebilmente il loro carattere. Lo stesso B. descrisse il *panopticon* come un nuovo modo per ottenere potere mentale sulla mente, in maniera e quantità mai vista prima.

(918) Cfr. il regolamento Consob di attuazione dell'art. 2, comma 5°, della legge 30 aprile 1999, n. 130, in materia di operatori incaricati di svolgere la valutazione del merito di credito nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti, adottato con delibera 2 novembre 1999, n. 12175.

(919) Sul *credit enhancement* cfr. A.D. SCANO, Credit enhancement *e riqualificazione della cessione dei crediti nell'ambito delle operazioni di* asset securitization, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, p. 120 ss.

(920) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 17; nonché M. LISANTI, *Gli intermediari finanziari coinvolti in un'operazione di* securitization, in R. PARDOLESI (a cura di), *La cartolarizzazione*, cit., p. 119.

(921). Il risultato pratico perseguito è quello di un più efficace collocamento dei titoli sul mercato, in quanto una garanzia aggiuntiva permette ai titoli *senior* un *rating* maggiore, che si traduce – in ultima istanza – in un collocamento a costi inferiori (922).

La riscossione dei crediti e il servizio di cassa e di pagamento può essere svolto dallo stesso *originator* ovvero da un soggetto terzo, sulla scorta di un apposito contratto di *servicing*. Anche ciò comporta un aumento dei costi dell'operazione. Inoltre, questa attività comporta una necessaria divulgazione dell'operazione, che solitamente rimane pressoché sconosciuta ai debitori ceduti, considerata la modalità di pubblicità della cessione, che avviene mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in virtù dell'estensione alle operazioni di cartolarizzazione della previsione di cui all'art. 58, comma 4°, t.u.b. (923).

La presenza dell'elemento aleatorio nell'obbligo di rimborso condurrebbe, secondo le elaborazioni della più autorevole dottrina, o al contratto di associazione in partecipazione (924) – in quanto il rischio del mancato rimborso del capitale sarebbe equiparato ad una più intensa partecipazione al rischio di

(921) In proposito v. G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione*, cit., p. 27; Sull'interconnessione e complementarietà del *credit enhancement* con l'attività svolta dalle agenzie di *rating* v. ancora P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 55.

(922) In materia si veda E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 449; e A.D. SCANO, Credit enhancement, cit., p. 122, ove è citata copiosa dottrina straniera.

(923) Cfr. Cass., 8 ottobre 2010, n. 20914; Cass., 16 giugno 2006, n. 13954.

(924) G. MIGNONE, *Nuovi istituti per il finanziamento societario e associazione in partecipazione*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1033 ss.; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, p. 233 ss.; a proposito della clausola di postergazione assoluta del credito nel contratto di mutuo, v. G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in G.B. PORTALE (a cura di), *La ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, Milano, 1983, p. 27.

impresa dell'investitore – ovvero al contratto aleatorio atipico del prestito a tutto rischio (925).

Se alcun autore ha affermato un carattere ibrido delle *asset backed securities*, a metà strada tra la loro formale natura di titolo di debito ed una sostanziale di tipo partecipativo (926), si deve tuttavia ritenere di escludere che l'apporto dell'investitore costituisca capitale di rischio. Se non solo alcun autore ha escluso la possibilità di emettere e collocare titoli che documentino la posizione di associato (927), il fatto che trattasi di strumenti finanziari complessi (928), il cui valore è determinato da articolati meccanismi di ingegneria finanziaria induce ad escludere che il valore stesso dello strumento rifletta gli utili (o le

(925) Tale fattispecie, non riproposta dal legislatore del 1942, era invece tenuta in considerazione dal legislatore del 1865, il quale all'art. 1102 l'aveva ricompreso tra i contratti di sorte o aleatori, e nel codice di commercio del 1882, agli artt. 590-603 (prestito a cambio marittimo).

(926) Cfr. M. LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, p. 90 ss.

(927) Cfr. M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1956, pp. 204 ss.; V. LIBONATI, *I problemi*, cit., p. 27; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato* Rescigno, Torino, 1985, p. 535. *Contra* cfr. M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 243 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, p. 213 ss; G. SBISÀ, *Certificati immobiliari*, cit., p. 490;

(928) Sono tali, secondo una lettura *a contrario* degli artt. 43 e 44 Reg. Intermediari Consob (adottato con delibera Consob 29 ottobre 2007, n. 16190) tutti quegli strumenti finanziari non annoverabili tra gli strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di debito – escluse le obbligazioni o i titoli di debito che incorporano uno strumento derivato –, OICR armonizzati ed altri strumenti finanziari non complessi e che comunque non rispettano almeno una delle seguenti condizioni: *a*) non rientrano nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 1-*bis)*, lettere *c)* e *d)*, t.u.f., nonché nelle definizioni di cui all'art. 1, comma 2°, lettere *d)*, *e)*, *f)*, *g) h)*, *i)* e *j)*, t.u.f.; *b*) esistono frequenti opportunità di cedere, riscattare od ottenere altrimenti il corrispettivo di tali strumenti a prezzi che siano pubblicamente disponibili per i partecipanti al mercato. Tali prezzi devono essere quelli di mercato o quelli messi a disposizione, ovvero convalidati, da sistemi di valutazione indipendenti dall'emittente; *c*) non implicano alcuna passività effettiva o potenziale per il cliente che vada oltre il costo di acquisizione dello strumento; *d*) sono pubblicamente disponibili informazioni sufficientemente complete e di agevole comprensione sulle loro caratteristiche in modo tale che il cliente al dettaglio medio possa prendere una decisione informata in merito alla realizzazione o meno di un'operazione su tale strumento.

perdite) dell'impresa emittente o anche solo di uno specifico affare.

Vero è che nell'associazione in partecipazione l'associato non può subire perdite superiori al suo apporto (929), ma elemento essenziale dell'istituto è la ricaduta o meno dell'alea imprenditoriale in capo all'associato (930). Il rischio di impresa dell'associazione in partecipazione, consistente nella partecipazione agli utili e alle perdite della stessa o relative ad un unico affare è nettamente diverso da quello al quale è esposto l'investitore in titoli cartolarizzati, ove il valore – a seconda delle varie tecniche finanziarie utilizzate: si pensi ad esempio alle operazioni c.d. a leva, con le quali si ottiene una *performance* moltiplicata per le variazioni del prezzo del sottostante – non riflette l'effettivo andamento dell'investimento nel sottostante.

Il riferimento al contratto atipico del prestito a tutto rischio, invece, incrementando il rischio del mancato rimborso del capitale, parrebbe coerente con la fattispecie in analisi, in quanto non essendo garantita la restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* mancherebbe uno degli elementi essenziali del contratto di mutuo, completando così tale forma di finanziamento atipico (931).

Una simile impostazione giustificherebbe tutte quelle forme di raccolta del risparmio – in senso lato – in cui l'obbligo di rimborso non è configurabile nella restituzione del *tantundem*, elemento la cui assenza non giustificherebbe l'esclusione dalle forme di raccolta di queste fattispecie (932).

Il superamento dell'equazione mutuo-obbligazione, sostenuto dalla dottrina

---

(929) Regola ritenuta inderogabile da Cass., 17 luglio 2007, n. 15920.

(930) Cfr. Cass., 27 giugno 2013, n. 16226.

(931) V. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 706 ss.; a proposito della natura dei c.d. prestiti postergati e dei c.d. prestiti irredimibili v. G.B. PORTALE, *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 7 s.; ID., *Finanziamento dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio (ricordo di Gian Franco Campobasso)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 424; ID., *Angelo Luminoso e il diritto commerciale*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, p. 120 s.

(932) In questi termini G. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, Milano, 2004, p. 271.

(933), si manifesta oggi nella definizione di obbligazioni strutturate (934) di cui all'art. 51 Reg. emittenti Consob (935), che si riferisce alla possibilità che il rimborso di quanto conferito per acquistare un'obbligazione strutturata – e non soltanto la remunerazione – possa dipendere dall'indicizzazione del capitale (936). Procedendo in questa direzione, può ritenersi che anche altri prodotti finanziari in cui il rimborso del capitale dipenda dall'andamento del sottostante possano essere ricondotti non allo schema negoziale tipico del mutuo, bensì al contratto aleatorio atipico del prestito a tutto rischio.

Da ultimo, appare altresì doveroso un cenno al recente Regolamento (UE) n. 1286/2014 del 26 novembre 2014 (d'ora innanzi Regolamento PRIIPs) (937).

---

(933) Precisamente D. GALLETTI, «*Elasticità» della fattispecie obbligazionaria: profili tipologici delle nuove obbligazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 267, il quale perviene a questa affermazione a proposito delle obbligazioni con clausola parziaria, affermando che tali titoli rappresentano oramai una «*"forma giuridica" atta alla cartolarizzazione di prestiti collettivi con obbligo di restituzione, del tutto "neutra" rispetto alla qualificazione del rapporto sottostante*». Siffatta argomentazione, viene ritenuta persuasiva ed adeguatamente argomentata da G. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, cit., p. 270 s.

(934) Sono tali *i*) i titoli obbligazionari il cui rimborso e/o la cui remunerazione dipendono, in tutto o in parte, secondo meccanismi che equivalgono all'assunzione di posizioni in strumenti finanziari derivati, dal valore o dall'andamento del valore di prodotti finanziari, tassi di interesse, valute, merci e relativi indici; *ii*) i titoli obbligazionari il cui rimborso e/o la cui remunerazione dipendono, in tutto o in parte, dal verificarsi di determinati eventi o condizioni.

(935) Regolamento Consob 14 maggio 1999, n. 11971 di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, come modificato dalla delibera Consob 18 aprile 2001, n .13086.

(936) Sull'argomento cfr. E. LA SALA – F. BRUNO, *Dall'obbligazione* plain vanilla *all'obbligazione strutturata*, in *Soc.*, 2009, p. 694. Viene così superato l'orientamento di G.F. CAMPOBASSO, voce *Obbligazioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, X, 1994, p. 286, il quale, pur lasciando spazio all'autonomia privata nella creazione di obbligazioni speciali, ravvisa un doppio limite nella disciplina inderogabile del mutuo e nelle norme che regolano le emissioni di titoli obbligazionari.

(937) Tale Regolamento è relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati. Sul Regolamento PRIIPs v. E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 14, p. 41 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa*, *Liber Amicorum* Pietro Abbadessa, Torino, 2014, p. 2413 ss.; M. SIRI, *I prodotti*

Con siffatto provvedimento il legislatore comunitario ha prescritto un regime di trasparenza uniforme per i cc.dd. prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (*packaged retail and insurance-based investment products* – PRIIPs), ossia per quei prodotti nei quali, indipendentemente dalla forma giuridica che rivestono, «*l'importo dovuto all'investitore al dettaglio è soggetto a fluttuazioni a causa dell'esposizione ai valori di riferimento o al rendimento di uno o più attivi che non siano direttamente acquistati dall'investitore al dettaglio*» (cfr. art. 4 Regolamento PRIIPs).

Tra essi debbono indubbiamente ricomprendersi le *asset backed securities*, considerato l'esplicito riferimento agli strumenti emessi da società veicolo di cartolarizzazione come definite all'art. 4, par. 1, lettera *an*), direttiva AIFM, la quale a sua volta rimanda all'art. 1, par. 2, Regolamento (CE) n. 24/2009 della Banca centrale europea (938).

Ivi, per l'appunto, si fornisce una compiuta definizione di cartolarizzazione, intendendosi per tale «*un'operazione o schema in virtù della quale un'attività o un insieme di attività è trasferito ad un soggetto che è distinto dal cedente ed è istituito per la cartolarizzazione, o ne serve comunque gli scopi, e/o in virtù della quale il rischio di credito di un'attività o di un insieme di attività, o di parte di esso, è trasferito agli investitori in obbligazioni, partecipazioni di fondi di cartolarizzazione, altri strumenti di debito e/o strumenti finanziari derivati emessi da un soggetto che è distinto dal cedente ed è istituito per la cartolarizzazione, o ne serve comunque gli scopi, e:* a) *in caso di trasferimento del rischio di credito, il trasferimento è realizzato mediante: il trasferimento economico delle attività che vengono cartolarizzate a soggetti distinti dal*

---

finanziari assicurativi, Roma, 2013, p. 165 ss.; F. BRUNO – E. FRANZA, *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della CONSOB in tema di vigilanza e trasparenza,* in *Ass.*, 2014, p. 20 ss; S. MARZUCCHI, *La tutela rafforzata dei prodotti d'investimento assicurativi introdotta dalla Direttiva IMD 1.5*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2014.

(938) Regolamento (CE) n. 24/2009 della Banca centrale europea del 19 dicembre 2008 riguardante le statistiche sulle attività e passività delle società veicolo finanziarie coinvolte in operazioni di cartolarizzazione (BCE/2008/30).

cedente creati al fine di o che servano allo scopo della cartolarizzazione. Ciò è realizzato mediante il trasferimento, da parte del cedente, della proprietà degli attivi cartolarizzati o attraverso sottopartecipazione, o l'uso dei derivati creditizi, garanzie o qualunque meccanismo simile; e b*) laddove tali obbligazioni, partecipazioni di fondi di cartolarizzazione, strumenti di debito e/o strumenti finanziari derivati siano emessi, essi non rappresentano obblighi di pagamento del cedente*».

Come osservato dalla dottrina (939), i prodotti di investimento preassemblati, pur assumendo forma giuridica e contenuto finanziario non omogenei hanno un elemento in comune: possono esporre l'investitore alle fluttuazioni di mercato in modo anche indiretto, in quanto tali prodotti non comportano in capo a costui necessariamente la detenzione diretta di strumenti finanziari, quali azioni, obbligazioni, derivati.

I soggetti emittenti tali prodotti (i cc.dd. ideatori di PRIIPs), quali imprese assicurative, imprese di investimento e banche, agiscono da interfaccia tra l'investitore al dettaglio e i mercati attraverso un processo di assemblaggio – posto in essere, appunto, dall'ideatore del PRIIPs - consistente nel confezionare le attività finanziarie in modo da creare prodotti che abbiano esposizioni, caratteristiche e strutture dei costi diverse rispetto ad una detenzione diretta (cfr. il considerando 6 Regolamento PRIIPs).

L'indubbio vantaggio di tale operazione di assemblaggio è che il pubblico dei potenziali investitori al dettaglio può accedere ad una tipologia sempre più ampia di prodotti finanziari e, quindi, a strategie di investimento che gli sarebbero altrimenti precluse in relazione alle limitate risorse di cui dispone (940).

Come è stato precisamente posto in evidenza (941), tali contratti sono spesso complessi e di difficile comprensione e gli obblighi di informazione e

(939) Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti misti e norme a tutela del cliente*, *cit.*, p. 2445.

(940) Così E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, cit., p. 42 s.

(941) E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, cit., p. 43.

trasparenza, previsti dagli ordinamenti nazionali, non sono omogenei e idonei a garantire alla suddetta tipologia di clientela la possibilità di confrontarli e di comprenderne le caratteristiche. Non a caso, gli investitori al dettaglio hanno spesso effettuato investimenti senza averne compreso i rischi e i costi associati, subendo talvolta perdite impreviste.

Inoltre, l'esistenza di regole diverse sui PRIIPs, in funzione del settore – bancario, assicurativo e finanziario – dal quale essi provengono, nonché le differenze tra le varie normative nazionali creano condizioni di concorrenza eterogenee tra i diversi ideatori di PRIIPs, i relativi prodotti e i canali di distribuzione, determinando ulteriori ostacoli alla creazione di un mercato interno dei servizi e prodotti finanziari ed un livello diseguale di tutela degli investitori all'interno dell'Unione Europea. In questo contesto, deve rilevarsi che per colmare tali lacune gli Stati membri hanno finora adottato misure divergenti e non coordinate (942).

Di tale contesto il legislatore comunitario ha piena consapevolezza e con il Regolamento PRIIPs è stato individuato un contenuto minimo ed omogeneo di informazioni (cc.dd. informazioni chiave, artt. 5 ss. Regolamento PRIIPs) (943) che devono essere fornite a coloro che investono in tali prodotti, indipendentemente dalla forma giuridica che quest'ultimi presentano e dalla

---

(942) Ancora E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, cit., p. 43.

(943) La Commissione europea, il 30 giugno 2016, ha emanato *il Regolamento delegato che integra il Regolamento (UE) n. 1286 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave (c.d. KID) per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati*. Sull'argomento, sia consentito il rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Emanato il regolamento UE relative ai documenti contenenti le informazioni chiave per i PRIIPs*, in *Giustizia civile.com*, 2016. Nelle more di stampa del presente lavoro lo Stato italiano ha emanato il d.lgs. 14 novembre 2016, n. 224, di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE n. 1286/2014, pubblicato in G.U. n. 278 del 28 novembre 2016. Tale provvedimento ha novellato il TUF inserendo, *inter alia*, all'art. 1, comma 1°, le lettere da *w*-bis.*1*) a *w*-bis.*6*) (*sic*) che rinviano, per le relative definizioni concernenti i PRIIPs, a quanto contenuto nel Regolamento (UE) n. 1286/2014 ed individuando, al nuovo art. 4-*sexies* TUF Consob e Ivass quali Autorità competenti ai sensi dell'art. 4, n. *8*), del medesimo Regolamento PRIIPs.

natura dei soggetti che li emettono e distribuiscono.

2.1. ***Le emissioni collateralizzate*** **–** I titoli cartolarizzati collateralizzati sono caratterizzati dall'avere come garanzia (il *collateral*) specifiche attività finanziarie, che connotano le singole tipologie (944).

Le operazioni di emissioni collateralizzate consistono in una cartolarizzazione la cui cessione ha ad oggetto un portafoglio di obbligazioni (c.d. CBO - *collateralized bond obligation*), prestiti bancari (c.d. CDO - *collateralized debt obligation*) ovvero finanziamenti erogati dall'*originator* (c.d. CLO - *collateralized loan obligation*). Se nel caso dei CLO si può facilmente concludere per una cessione di crediti pecuniari, altrettanto non si può dire per le altre tipologie di emissioni collateralizzate, ove oggetto di cessione sono titoli di credito.

È discusso, infatti, se oggetto dell'alienazione dei titoli di credito sia la proprietà del documento intesa come bene mobile ovvero i diritti di credito in esso incorporato (945).

Aderendo alla prima delle due tesi, secondo cui l'incorporazione (946) del credito nel titolo è atta a trasferire al diritto documentato la legge di circolazione del documento evitando le formalità richieste per la cessione del

---

(944) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 57 ss.; ID., *I contratti bancari e finanziari*, cit., p. 275 ss.

(945) Sul punto cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*[8], Torino, 2015, p. 60; A. PALAZZO – A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 523; D. RUBINO, *La compravendita*[2], in *Trattato* Cicu-Messineo, XVI, Milano, 1971, p. 229, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*[2], in *Trattato* Vassalli, Torino, 1993, p. 233 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, 209 ss.; P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*[2], Torino, 1994, 42 ss; A. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova. 1966-1997, p. 31.

(946) Secondo A. VICARI, *Cartolarizzazione dei crediti e* credit linked notes*: oscillando tra* trust *e contratto*, in Trusts *e att. fid.*, 2000, p. 532, la cartolarizzazione non è un'operazione di incorporazione, bensì di trasformazione di crediti in titoli. Infatti, «*rispetto all'incorporazione, la cartolarizzazione presenta differenze fondamentali: da un lato è attuata dal creditore, non dal debitore; dall'altro essa è uno strumento di finanziamento, non un mezzo per facilitare la circolazione di un diritto*».

credito di cui agli artt. 1260 ss. c.c., una siffatta operazione di cartolarizzazione appare sussumibile entro la disciplina della l. 130/1999 unicamente se avente ad oggetto titoli dematerializzati. Solo così, infatti, è possibile separare dal titolo di credito il diritto in esso incorporato. La cessione del titolo di credito, infatti, non configurerebbe una cessione del credito incorporato, bensì unicamente del bene attraverso cui quel credito circola. Con la dematerializzazione, dunque, il diritto contenuto nel documento cartolare viene nuovamente scorporato, sottraendo così gli strumenti finanziari alla disciplina della circolazione e dell'esercizio dei diritti prevista per i titoli di credito (947).

Ai fini della presente trattazione, l'accento deve essere posto su CLO e CDO.

Nei CLO oggetto di cessione sono i crediti dei finanziamenti erogati dall'*originator*, sia buoni che *non-perfoming*, emettendo titoli appartenenti alle tradizionali classi (cfr. il § precedente) che titoli c.d. subordinati, non aventi *rating* (*subordinated tranche*) e una classe il cui rimborso è postergato rispetto a tutti i titoli, c.d. *equity tranche*.

Le operazioni di CLO-*securitization* sono strutturate secondo il metodo del flusso di cassa o *cash flow*, per cui il pagamento dei titoli dipende direttamente dal flusso di cassa dei prestiti cartolarizzati.

Le emissioni di titoli collateralizzati da debito (CDO) (948), invece, presentano importanti criticità, che le hanno fatte individuare come una delle principali cause delle recenti crisi finanziarie.

Infatti, con le CDO vengono cartolarizzati, generalmente, finanziamenti bancari, accumulando finanziamenti *subprime* per "ripulire" i bilanci degli enti

(947) Per Cass., 14 giugno 2000, n. 8107, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2593, i titoli dematerializzati non sono beni, bensì diritti alla percezione di cose. In dottrina v. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 67 ss., spec. 80 s.; *contra* A. PALAZZO – A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, cit., p. 524, secondo cui i titoli dematerializzati sono sempre beni mobili che hanno una legge di circolazione *sui generis* rispetto agli altri beni mobili o ai titoli di credito.

(948) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 65 ss.

creditizi, migliorandone l'indice. Così facendo, la banca trasferisce il rischio di inadempimento relativo ai crediti nascenti dai finanziamenti erogati agli investitori.

Essendo le CDO dei meri "contenitori" di attività finanziarie, strutturabili perciò anche con portafogli ad alto e sicuro rendimento, il rischio non è insito nello strumento in quanto tale, ma nello scriteriato, se non spudorato, utilizzo fattone dagli operatori finanziari.

L'operazione di pulizia del bilancio (*balance sheet* CDO) si accompagna a quella di ottenere un guadagno dal sottostante cartolarizzato (*arbitrage* CDO), traendo profitto dalla gestione delle attività cartolarizzate.

Anche per le CDO vale il medesimo discorso relativo al pagamento di capitale e interessi già affrontato per CLO e ABS: si adopera il modello del *cash-flow*, per cui il rimborso dei titoli dipende dal recupero dei crediti sottostanti. È questa la causa della demonizzazione dello strumento: cartolarizzando crediti in sofferenza e utilizzando la tecnica del *cash-flow*, la pessima qualità del sottostante non garantisce il pagamento agli investitori.

Negli ultimi anni, però, sta andando ad affermarsi la tecnica del *market value*, che avvicina questi strumenti alle quote di fondi di investimento. Difatti, la rimunerativà dei titoli è connessa non alla qualità del sottostante, bensì alla capacità dell'*asset manager* di gestire il sottostante in modo tale da poter pagare gli investitori, operando sul mercato per garantirne il massimo rendimento.

2.2. ***Le cartolarizzazioni sintetiche*** **–** Strettamente connessi ai CDO sono, poi, i prodotti frutto delle operazioni di cartolarizzazione cc.dd. sintetiche.

L'ingegneria finanziaria ha ideato anche forme di cartolarizzazione con cui a essere trasferiti e titolarizzati non sono crediti, ma il rischio creditizio connesso a un portafoglio di *assets*, senza tuttavia trasferire la titolarità degli stessi.

In particolare, trattasi delle *credit linked notes* (949), obbligazioni che cartolarizzano i rischi di credito. In dottrina, sono stati espressi forti dubbi sulla liceità di tali strumenti, non essendo titoli che cartolarizzano un credito e così da non essere riconducibili alla disciplina della l. 130/1999 (950).

Con essi viene cartolarizzato un portafoglio di *credit default swap* (*breviter* CDS), contratti derivati con cui un soggetto (c.d. *protection seller*), avente un'esposizione creditizia nei confronti di un soggetto terzo (c.d. *reference entities*), si impegna a pagare una somma di denaro a favore di un terzo (c.d. *protection buyer*) se, entro un periodo di tempo concordato, il soggetto terzo diviene insolvente (c.d. *credit event*), ricevendo un premio per l'assunzione del rischio di credito (951).

Per l'emittente, l'operazione è una sorta di ricopertura di un rischio derivante – a sua volta – da un altro CDS o da altri analoghi contratti derivati. L'emittente, difatti, ha assunto un simile impegno nei confronti di terzi soggetti a loro volta direttamente esposti ad un rischio di inadempimento di ulteriori controparti, coincidente con le stesse entità di riferimento. L'emittente, in tal maniera, trasferisce e distribuire questo rischio tra gli investitori (952).

L'impossibilità di ricondurre l'emissione nell'àmbito della l. 130/1999 impone che l'operazione sia realizzata da una SPV straniera.

---

(949) Sull'argomento cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 83 ss.; E. GIRINO, *"Cartolarizzazione" dei rischi: le* credit linked notes, in *Amm. fin.*, 2003, 5, p. 56 ss.; dello stesso A., *I contratti derivati*[2], Milano, 2011, p. 140 ss.; F. VITALLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013, p. 236 s.

(950) Esprimono dubbi sulla liceità di questi strumenti P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 87; C. RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica*, cit., p. 372; F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione*, cit., p. 253 ss.

(951) Così F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito. Il* credit defult swap, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 110, il quale definisce il CDS, nella sua forma più essenziale, «*il contratto in forza del quale il promittente, verso pagamento di un premio, si impegna ad eseguire un pagamento predeterminato in favore di un promissario al verificarsi di un evento futuro ed incerto, che esprime il deterioramento del profilo creditizio di un terzo*».

(952) E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 141.

Per ciò che qui interessa, dobbiamo concentrare l'attenzione sulle cartolarizzazioni *funded*. Infatti, solo con esse vi è il trasferimento del portafoglio di CDS, a differenza delle *unfunded* nelle quali l'*originator*, detentore di un portafoglio di finanziamenti deteriorati, non trasferisce siffatto portafoglio di rischi ma, esclusivamente, conclude un CDS a copertura dello stesso (953).

2.3. *I* covered bonds – I *covered bonds*, o obbligazioni bancarie garantite, costituiscono una forma di cartolarizzazione introdotta nel nostro ordinamento con la novella – ad opera della l. 14 maggio 2005, n. 80 – che ha inserito nella l. 130/1999 gli artt. 7-*bis* e 7-*ter*, con cui sono state ampliate le attività oggetto di cartolarizzazione estendendo la portata delle disposizioni relative alla separazione patrimoniale alle «*operazioni aventi ad oggetto le cessioni di crediti fondiari e ipotecari, di crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o garantiti dalle medesime, anche individuabili in blocco, nonché di titoli emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione aventi ad oggetto crediti della medesima natura, effettuate da banche in favore di società il cui oggetto esclusivo sia l'acquisto di tali crediti e titoli, mediante l'assunzione di finanziamenti concessi o garantiti anche dalle banche cedenti, e la prestazione di garanzia per le obbligazioni emesse dalle stesse banche ovvero da altre*» (954).

I *covered bonds*, essendo assistiti da apposite garanzie, sono ritenuti particolarmente affidabili. La loro regolamentazione risponde alle esigenze sia degli investitori, di poter acquistare prodotti di debito diversificati e sicuri, che del sistema bancario di mettere a disposizione della clientela un paniere di

(953) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 87

(954) Sull'argomento cfr., per tutti, E. GALANTI – M. MARANGONI, *La disciplina italiana dei* Covered Bond, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 58, giugno 2007.

obbligazioni contraddistinte da basso rischio (e rendimento) e da un *rating* elevato (955).

Rispetto allo schema ordinario delle operazioni di cartolarizzazione, l'emissione di *covered bonds* è contraddistinta innanzitutto dal soggetto emittente, che deve necessariamente essere una banca, anche diversa da quella cedente gli attivi oggetto della cartolarizzazione. Una siffatta struttura dell'operazione si dice complessa e qui il ruolo della banca potrebbe scindersi, rispettivamente, nelle tre figure distinte della banca *originator* (con la possibilità di più soggetti cedenti, così da realizzare operazioni cc.dd. *multioriginator*), della banca finanziatrice e della banca emittente (956).

Sempre avendo riguardo all'emittente, l'emissione di *covered bonds* non è uno strumento con cui si può addivenire ad un risanamento dei bilanci bancari, in quanto il collaterale permane nel bilancio dell'emittente.

Anche l'oggetto della cartolarizzazione è qui ben specificato: crediti fondiari e ipotecari, crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o garantiti dalle medesime, anche individuabili in blocco, nonché titoli di cartolarizzazione aventi ad oggetto crediti della medesima natura, effettuate da banche in favore di società il cui oggetto esclusivo sia l'acquisto di tali crediti e titoli, mediante l'assunzione di finanziamenti concessi o garantiti anche dalle banche cedenti. Tale cessione avviene a favore di una società veicolo costituita *ad hoc* ai sensi e per gli effetti della l. 130/1999, ottenendo i fondi necessari grazie al finanziamento subordinato erogato dalla medesima banca *originator* o da un'altra banca finanziatrice. Per finanziamento subordinato si intende il finanziamento finalizzato all'acquisto di attivi idonei all'operazione di emissione di *covered bonds* e subordinato nel rimborso al soddisfacimento dei diritti dei portatori dei titoli stessi, delle controparti dei contratti derivati di

(955) A. BROZZETTI, *Profili giuridici dei* covered bonds, cit., p. 161.

(956) Cfr. A. BROZZETTI, *Profili giuridici dei* covered bonds, cit., p. 167.

copertura dei rischi e dei contratti accessori, nonché al pagamento di tutti gli altri costi connessi all'operazione.

Per quel che specificamente concerne il presente studio, la normativa regolamentare emanata con il d.m. Economia e Finanze 14 dicembre 2006, n. 310 specifica – all'art. 2 – che nell'ambito delle operazioni di emissione di obbligazioni bancarie garantite possono essere ceduti crediti ipotecari residenziali, ove l'importo dei crediti in essere sommato al capitale residuo di eventuali precedenti finanziamenti ipotecari gravanti sullo stesso immobile, non ecceda l'80 per cento del valore dell'immobile, nonché i crediti ipotecari commerciali, ove il *loan to value* non deve eccedere il 60 per cento del valore dell'immobile. È stata posta in risalto che la discrasia della previsione con la nozione di credito fondiario di cui all'art. 38 t.u.b. non vuole individuare una categoria di credito fondiario differente da quella accolta dal t.u.b., concentrandosi esclusivamente sull'aspetto della garanzia ipotecaria, ritenuto particolarmente importante ai fini della disciplina dei *covered bonds* (957).

È poi previsto il rispetto di un rapporto tra obbligazioni bancarie garantite e attività cedute. Infatti, la banca cedente e la banca emittente devono assicurare in via continuativa, per l'intera durata dell'operazione, che il valore nominale complessivo delle attività facenti parte del patrimonio separato sia almeno pari al valore nominale delle obbligazioni bancarie garantite in essere, nonché che il valore attuale netto delle attività facenti parte del patrimonio separato, al netto di tutti i costi dell'operazione gravanti sulla società cessionaria, inclusi i costi attesi e gli oneri degli eventuali contratti derivati di copertura dei rischi finanziari stipulati in relazione all'operazione, sia almeno pari al valore attuale netto delle obbligazioni bancarie garantite in essere. Infine, gli interessi e gli altri proventi generati dalle attività facenti parte del patrimonio separato, al netto dei costi della società cessionaria, debbono essere

(957) E. GALANTI – M. MARANGONI, *La disciplina italiana dei* Covered Bond, cit., p. 19.

sufficienti a coprire gli interessi ed i costi dovuti dalla banca emittente sulle obbligazioni bancarie garantite in essere, tenuto conto degli eventuali contratti derivati conclusi a copertura dell'operazione. Le *Disposizioni di vigilanza* della Banca d'Italia (parte III, cap. 3, sez. II, § 3) individuano poi i casi in cui è consentita l'integrazione dei crediti ceduti per il rispetto dei prescritti limiti.

La previsione di una garanzia di adeguatezza patrimoniale fa sì che il portatore dei titoli abbia, in ogni momento, la certezza che il valore dei *covered bonds* non possa mai essere inferiore a quello delle attività che, essendo state cedute, sono entrate a far parte del patrimonio separato della società veicolo destinato alla soddisfazione prioritaria dei propri diritti (958).

Ciò sposta l'attenzione verso l'obbligo di racchiudere in un patrimonio separato della SPV i crediti ed i titoli ceduti nonché le somme corrisposte dai relativi debitori, affinché formino oggetto della garanzia delle obbligazioni nell'ipotesi di insolvenza della banca emittente (sulla garanzia della società veicolo cfr. *amplius* al § successivo). La facoltà prevista dall'art. 7-*ter* l. 130/1999 di emettere obbligazioni garantite attraverso il ricorso all'istituto di cui all'art. 2447-*bis* c.c. è, invece, rimasta sulla carta, in quanto non sono state emanate le prescritte disposizioni attuative da parte delle autorità creditizie (959).

2.4. ***La garanzia dello Stato per le operazioni di cartolarizzazione di crediti classificati come sofferenze*** **–** Le operazioni di cartolarizzazione, come s'è visto, permettono lo smobilizzo di portafogli crediti – sia in sofferenza che non – attraverso l'emissione di titoli destinati alla negoziazione nel mercato.

Le recessioni economiche contribuiscono nel corso del tempo all'incremento dei crediti in sofferenza (*non performing loans* o NPLs), provocando un calo significativo dell'offerta di credito (il c.d. *credit crunch*). I riflessi sull'economia

(958) Ancora, precisamente, E. GALANTI – M. MARANGONI, *La disciplina italiana dei* Covered Bond, cit., p. 22.

(959) Così A. BROZZETTI, *Profili giuridici dei* covered bonds, cit., p. 171.

dimostrano che la stretta creditizia praticata dalle banche ai propri clienti mette a dura prova gli investimenti delle imprese con la logica conseguenza di acuire le spinte di recessione (960).

Supra (cap. I, § 2) si è avuto modo di porre in evidenza come la recente crisi abbia trovato il suo evento scatenante nel mercato dei mutui immobiliari negli Stati Uniti d'America con il fenomeno del *predatory lending*, ossia la concessione dei cc.dd. mutui *subprime* con incredibile facilità a soggetti a basso merito creditizio, privi di garanzie o con precedenti casi di insolvenza, che venivano letteralmente sollecitati ad indebitarsi al fine di far lievitare l'attività degli enti creditizi.

L'uso delle tecniche di cartolarizzazione e degli strumenti derivati sul rischio di credito avrebbe annullato o trasferito ad altri soggetti il rischio di inadempimento dei mutuatari (961). Difatti, la riduzione del *credit crunch* è legata a processi di cessione dei NPLs per il ripristino di migliori e ottimali condizioni sul piano dell'erogazione del credito alle imprese e famiglie (962).

Il decreto legge 14 febbraio 2016, n. 18, convertito con modificazioni in legge 8 aprile 2016, n. 49 ha previsto il rilascio di una garanzia statale per le operazioni di cartolarizzazione di crediti classificati come sofferenze (c.d. GACS) (963). Siffatta novità legislativa si inserisce nel percorso di riforma del sistema bancario italiano partito dalla riforma delle banche popolari (d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33), l'autoriforma delle fondazioni bancarie (964), la riforma delle banche di credito

(960) F. COLOMBINI, *Crisi finanziarie*, cit., p. 30.

(961) Cfr. L. CARDIA, *Diritto, etica, mercato*, cit., p. 72.

(962) F. COLOMBINI, *Crisi finanziarie*, cit., p. 30.

(963) In generale, sulle garanzie prestate dallo Stato, v. N. GIOFFRÈ, *Le garanzie prestate dallo Stato*, Padova, 1983.

(964) Avvenuta con la firma del protocollo di intesa in data 22 aprile 2015 dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Presidente dell'Acri (Associazione di fondazioni e casse di risparmio). Tra i principi cardine contenuti nel protocollo c'è la diversificazione degli investimenti: una fondazione non può concentrare più del 33 per cento dell'attivo patrimoniale

cooperativo (operata con il medesimo d.l.) e la velocizzazione dei tempi di recupero credito (con il c.d. decreto banche) (965). Il sistema creditizio italiano, pur essendo solido nel suo insieme, presenta una criticità per l'elevato livello di crediti in sofferenza concentrato in alcune banche. La crisi finanziaria ha infatti incrementato l'entità degli NPLs presenti nei bilanci bancari oltre i livelli medi riscontrati nelle altre economie europee (966).

Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, per diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (periodo prorogabile per ulteriori diciotto mesi previa approvazione da parte della Commissione europea), è autorizzato a concedere la garanzia dello Stato per il rimborso e la corresponsione degli interessi dei titoli emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione di cui all'art. 1 l. 130/1999. L'operazione di *securitization* deve essere stata originata da parte di banche e di intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. aventi sede legale in Italia e deve avere ad oggetto la cessione di crediti pecuniari, compresi i crediti derivanti da contratti di *leasing*, classificati come sofferenze, strutturata nel rispetto della disciplina dettata dal recente intervento normativo in analisi.

---

in un singolo soggetto**.** L'autoriforma recide definitivamente il legame tra circuiti politici locali e gestione degli istituti che in alcuni casi ha reso possibile una gestione non corretta degli istituti stessi.

(965) Ci si riferisce al d.l. 59/2016, convertito con modificazioni in l. 119/2016.

(966) I dati della Banca d'Italia, aggiornati al 30 maggio 2016, (in BANCA D'ITALIA, *Supplemento al bollettino Moneta e Banche* - Luglio 2016) evidenziano che: *a*) il totale dei NPLs è pari a 360 miliardi di euro: nel quarto trimestre 2015 i crediti deteriorati lordi sono diminuiti in valore assoluto per la prima volta dal 2008 e la loro quota sul totale dei finanziamenti si è stabilizzata; *b*) tra questi si può distinguere tra inadempienze probabili o esposizioni scadute o sconfinanti, categorie per cui il rientro tra le esposizioni *in bonis* è possibile, che ammontano a 160 miliardi, e le sofferenze pari a 200 miliardi di euro (in entrambi i casi si tratta di valori lordi che non esprimono il peso effettivo di queste posizioni sui bilanci bancari); *c*) il peso delle sofferenze sui bilanci bancari non corrisponde al valore nominale dei prestiti perché le banche hanno già provveduto a svalutazioni e accantonamenti nei bilanci; le sofferenze nette ammontano quindi a 85 miliardi di euro, in calo di 2 miliardi rispetto al 31 dicembre 2015; *d*) a fronte degli 85 miliardi di sofferenze nette, ci sono garanzie e coperture per 122 miliardi di euro.

Per la prestazione della GACS è stato istituito, *ex* art. 12 l. 49/2016, un apposito fondo. La gestione di tale Fondo di garanzia è stata affidata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – con d.m. 3 agosto 2016 in materia di «*Fondo di garanzia di cui all'art. 12, comma 1, del decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 2016, n. 49, recante disciplina in materia di garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze (GACS)*» – alla Consap s.p.a. (Concessionaria servizi assicurativi pubblici s.p.a.), società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che ha ereditato dall'INA la gestione dei fondi di garanzia e solidarietà, tra i quali il più noto e importante è sicuramente il Fondo di garanzia per le vittime della strada disciplinato dagli artt. 283 ss. cod. ass.

La Consap è stata individuata quale soggetto *in house* – ai sensi dell'art. 192, comma 2°, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – più idoneo alla gestione dell'intervento, avendone valutato la struttura organizzativa societaria, le competenze professionali e le specifiche esperienze acquisite nella gestione di attività analoghe, nonché i relativi risultati conseguiti in termini di efficienza, economicità e qualità dei servizi resi.

Ai sensi dell'art. 8 l. 49/2016 la garanzia dello Stato è onerosa (967), può essere concessa solo sui titoli *senior* – e, in caso di emissione di più *tranche* di titoli *senior*, la GACS può essere richiesta per ciascuna *tranche*, anche singolarmente – e essa diviene efficace solo quando la società cedente abbia trasferito a titolo oneroso almeno oltre il 50 per cento dei titoli *junior* e, in ogni caso, un ammontare dei titoli *junior* e, ove emessi, dei titoli *mezzanine* (968), che consenta l'eliminazione contabile dei crediti oggetto dell'operazione di

(967) La garanzia è concessa a fronte di un corrispettivo annuo determinato a condizioni di mercato sulla base della metodologia puntualmente indicata all'art. 9, comma 3°, l. 49/2016.

(968) Lo Stato, le amministrazioni pubbliche e le società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni pubbliche non possono acquistare titoli *junior* o *mezzanine* emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione per le quali è stata chiesta la GACS.

cartolarizzazione dalla contabilità della società cedente e, a livello consolidato, del gruppo bancario cedente, in base ai princìpi contabili di riferimento in vigore nell'esercizio di effettuazione dell'operazione.

La GACS è incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta a beneficio del detentore del titolo *senior*. Essa copre i pagamenti contrattualmente previsti, per interessi e capitale, a favore dei detentori dei suddetti titoli per la loro intera durata.

La garanzia è concessa con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze su istanza documentata della società cedente o, in caso di operazione di cartolarizzazione realizzata da più società cedenti, da tutte le società cedenti congiuntamente (art. 10 l. 49/2016). Per quel che concerne l'escussione della GACS (art. 11 l. 49/2016), ciò è possibile, per il detentore dei titoli *senior*, entro i nove mesi successivi alla scadenza, nel caso di mancato pagamento, anche parziale, delle somme dovute per capitale o interessi.

Per l'escussione è necessario il rispetto dei termini perentori previsti dalla disciplina. Nell'ipotesi di mancato pagamento che perduri per sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'adempimento i detentori dei titoli *senior*, di concerto e tramite il rappresentante degli obbligazionisti, inviano alla società cessionaria la richiesta per il pagamento dell'ammontare dell'importo scaduto e non pagato. Decorsi trenta giorni ed entro sei mesi dalla data di ricevimento della richiesta alla società cessionaria senza che questa abbia provveduto al pagamento, i succitati soggetti possono richiedere l'intervento della GACS. Entro trenta giorni dalla data di ricevimento della documentata richiesta di escussione della garanzia dello Stato, il Ministero dell'Economia e delle Finanze provvede alla corresponsione dell'importo spettante ai detentori del titolo *senior* non pagato dalla società cessionaria, senza aggravio di interessi o spese.

Con il pagamento, il Ministero è surrogato nei diritti dei detentori dei titoli *senior* e provvede, ferme restando le limitazioni contrattualmente stabilite per l'esercizio di tali diritti e subordinatamente al pagamento di quanto dovuto a titolo di interessi ai portatori dei suddetti titoli, al recupero della somma pagata, degli interessi al saggio legale maturati a decorrere dal giorno del pagamento fino alla data del rimborso e delle spese sostenute per il recupero.

A tal proposito, il recente d.m. è intervenuto nel dettare una più specifica disciplina sull'operatività della garanzia. In primo luogo, ai fini dell'ammissione alla GACS il regolamento dei titoli e i contratti dell'operazione prevedono che il mancato pagamento di un importo dovuto a titolo di interessi sui titoli *senior* e l'escussione della garanzia non comportano la decadenza dal beneficio del termine della società di cartolarizzazione. È poi prevista una rigorosa elencazione di quali modifiche non possono essere apportate ai titoli senza il preventivo consenso del Ministero.

L'efficacia della GACS è sospensivamente condizionata al trasferimento della maggioranza dei titoli *junior* entro dodici mesi dalla data di adozione del decreto di concessione della garanzia. Qualora ciò non avvenga, la società cedente decade dall'ammissione al beneficio della garanzia e la richiesta deve essere nuovamente presentata.

La garanzia è inefficace, inoltre, qualora la decisione della società di cartolarizzazione o dei portatori dei titoli di revocare l'incarico del soggetto incaricato della riscossione (c.d. *servicer*) abbia determinato un peggioramento del *rating* del titolo *senior*, nel caso in cui siano stati modificati il regolamento dei titoli o gli altri contratti dell'operazione in difformità da quanto previsto dalla l. 49/2016 e dal D.M. attuativo e, in ogni caso, il Ministero dell'Economia e delle Finanze potrà rivalersi nei confronti della società cedente nel caso in cui la garanzia sia stata concessa sulla base di atti o dichiarazioni che siano risultati mendaci, inesatti o incompleti.

Una simile forma di garanzia trova dei precedenti in alcune disposizioni che prevedevano la garanzia statale sulle obbligazioni emesse dall'IRI e da alcune banche, che prevedevano l'automaticità dell'operatività della garanzia su semplice comunicazione dell'inadempimento dell'obbligato, (art. 1, comma 2°, l. 5 dicembre 1978, n. 825 e art. 4, comma 2°, d.l. 14 settembre 1979 n. 439, convertito con modificazioni in l. 12 novembre 1979, n. 573). Con la GACS il legislatore ha manifestato un importante interventismo statale giustificato da esigenze di stabilità dell'intero sistema bancario e finanziario, che non configura comunque un aiuto di Stato distorsivo della concorrenza (969).

La GACS può essere intesa come un meccanismo di c.d. *external credit enhancement* (cfr. *antea*, § 2 del presente capitolo). Come tale, la GACS consegue il medesimo risultato pratico, che è quello di un più efficace collocamento dei titoli sul mercato, in quanto una garanzia aggiuntiva permette alle ABS della *tranche senior* un *rating* maggiore, che si traduce – in ultima istanza – in un collocamento a costi inferiori (970).

In materia di cartolarizzazione, un analogo meccanismo di garanzia – coi dovuti distinguo legati al soggetto garante – si rinviene nella disciplina regolamentare sulla emissione delle obbligazioni bancarie garantite o *covered bonds* (art. 4 d.m. Economia e Finanze 310/2006).

Una delle principali caratteristiche dei *covered bonds* rispetto ai tradizionali titoli cartolarizzati risiede nella prestazione – da parte della società cessionaria – di una garanzia irrevocabile, a prima richiesta, incondizionata ed autonoma rispetto alle obbligazioni assunte dalla banca emittente, entro i limiti del patrimonio separato. Essa interviene sia nel caso di inadempimento della banca nei confronti dei portatori dei titoli che in caso di sottoposizione della banca alla procedura di liquidazione coatta amministrativa ovvero di

(969) Cfr. la Decisione della Commissione UE del 10 febbraio 2016.

(970) In materia si vedano gli Autori richiamati *supra* alla nt. 922.

sospensione dei pagamenti in caso di amministrazione straordinaria *ex* art. 74 t.u.b.

Una simile garanzia riveste i connotati del contratto autonomo di garanzia, essendo esplicitamente disapplicati gli artt. 1939, 1941, comma 1°, 1944, comma 2°, 1945, 1955, 1956 e 1957 c.c. (971). In tal caso, però, la peculiare struttura dell'operazione di cartolarizzazione fa sì che ci si trovi nanti non ad un rapporto trilaterale fra ordinante, garante e beneficiario ma, più semplicemente, fra la SPV e i portatori dei titoli (972). Infatti, a differenza delle ordinarie operazioni di cartolarizzazione, l'emissione delle obbligazioni avviene immediatamente ad opera della banca, senza l'intervento di una SPV costituita *ad hoc*. Infatti, l'emissione di *covered bonds* è eseguita secondo uno schema che prevede la cessione, da parte di una banca (anche diversa da quella emittente i titoli) a favore di una società veicolo, di attivi di elevata qualità creditizia che vengono segregati dalla SPV in un patrimonio destinato *ex* art. 3 l. 130/1999. Queste attività sono acquistate dalla società cessionaria con le risorse reperite attraverso un finanziamento subordinato erogatole dalla banca cedente o da un'altra banca. L'emissione, però, viene svolta da parte della banca emittente, che può essere anche diversa dalla banca cessionaria degli attivi (973).

Ciò nondimeno, è stato rilevato che nonostante le peculiarità dello schema dell'operazione, la garanzia prestata dalla società veicolo cessionaria a favore dei portatori dei titoli mantenga la natura di contratto autonomo di garanzia (974).

(971) Cfr. P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 177.

(972) E. GALANTI – M. MARANGONI, *La disciplina*, cit., p. 36 s.

(973) P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 165 ss.

(974) E. GALANTI – M. MARANGONI, *La disciplina*, cit., p. 36.

Da un primo commentatore della nuova forma di garanzia statale, è stato posto in risalto che un'analoga natura giuridica di garanzia autonoma non può essere individuata nella GACS (975).

Nel c.d. sistema aperto delle sufficienti cautele a protezione del credito previsto dall'art. 1179 c.c., la GACS potrebbe invece essere ricondotta entro l'alveo della generale categoria delle garanzie personali, così come la pluralità di modelli tipici e atipici anche divergenti dalla fideiussione in base al combinato disposto tra la norma da ultimo citata e l'art. 2424, comma 3, c.c. (976). Il fatto che la GACS sia una garanzia «*a prima richiesta*», non sarebbe infatti di per sé sufficiente a determinare il distacco dell'obbligazione di garanzia da quella principale.

Sul punto, si è assistito ad oscillanti prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità. Se in alcuni pronunciati viene affermata l'identità di significato tra l'accezione «*a prima richiesta*» e quella «*senza eccezioni*», assicurando al debitore garantito l'immediata disponibilità del *quantum* garantito in deroga alla regola enunciata nell'art. 1945 c.c. (977), in differenti occasioni è stato concluso che solamente la clausola «*senza eccezioni*» è idonea a eliminare il vincolo di accessorietà dell'obbligazione di garanzia a quella principale (978).

---

(975) C. FISCALE, *GACS (Garanzia Cartolarizzazione Sofferenze) – Lo Schema di garanzia statale italiano per i titoli* senior *emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione di NPLs*, in *Dirittobancario.it*, 2016, p. 8.

(976) In dottrina sull'argomento v. C. CHESSA, *Il* forfaiting, cit., p. 89 s.; P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2014, p. 430; G. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, p. 138.

(977) Così Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2013, II, p. 512 ss., con nota di P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie a garanzia dei rimborsi fiscali e la loro autonomia a margine di una fattispecie particolare*; Cass., 12 dicembre 2008, n. 29215, consultabile su *De Jure*.

(978) Cfr. Cass., 3 maggio 2005, n. 19300, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2132; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. notariato*, 1999, II, p. 1271 ss.

Ciò, sostenuto da autorevole dottrina (979), parrebbe trovare conferma in una nota pronunzia delle Sezioni Unite (980), in quanto la sola espressione «*a prima richiesta*» non sarebbe di per sé sufficiente a determinare l'autonomia della prestazione del garante, necessitando di essere accompagnata dalla formula «*senza eccezioni*». Viceversa, la previsione della locuzione «*a prima richiesta e senza eccezioni*» presume l'autonomia della garanzia (981), salvo «*evidente, patente irredimibile discrasia*» con quanto dedotto in contratto (982).

Tenuto conto dell'interpretazione dell'intero regolamento contrattuale *ex* art. 1363 c.c. e in assenza di elementi che in concreto denotino la inequivoca volontà di escludere l'accessorietà della garanzia all'obbligazione principale (983), la previsione della sola clausola «*a prima richiesta*» assume la valenza di

---

(979) P. CORRIAS, *La valenza delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» nella qualificazione dei contratti di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, p. 578; dello stesso A., *Garanzia pura*, cit., p. 424 ss.. Sull'insufficienza della sola clausola «*a prima richiesta*», oltre a quanto si indicherà nel prosieguo, cfr. anche R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 144; G. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie*, cit., p. 925 ss.; G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e* Garantievertrag *(Categorie civilistiche e prassi del commercio)*, Frankfürt am Main, 2005, p. 163 ss., spec. 179 ss.

(980) Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

(981) Aderisce a tale linea interpretativa C. CHESSA, *Il* forfaiting, cit., p. 92 (ove ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali), il quale afferma che «*una simile interpretazione si rivela, invero, la più aderente alla lettera del dettato giurisprudenziale considerato singolarmente, ma anche raffrontato con altre pronunce in cui la Suprema Corte, al fine di far valere l'equivalenza tra le due locuzioni, ha fatto uso della preposizione ovvero contrariamente alla congiunzione e per unire la dicitura a prima richiesta con quella della clausola senza eccezioni*». In giurisprudenza, da ultimo, Trib. Taranto 1° febbraio 2016, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 434 ss., con nota di G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e* condictio indebiti *nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*.

(982) Così Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

(983) Oltre agli Autori citati *supra* alla nt. 979, v. G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta"*, cit., p. 466 ss.; G. BOZZI, *Garanzie atipiche*, in *Diz. dir. priv.*, Milano, 2011, p. 826; G. CHINÈ, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVI, Roma, 2007, p. 5. In giurisprudenza, oltre alle pronunzie citate a partire dalla nt. 977, cfr. Cass., 20 marzo 2014, n. 6517, e Trib. Prato, 6 maggio 2013, ambedue in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 397 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*; Trib. Cagliari, 24 febbraio 2014, in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 337 ss., con nota di P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione "a prima richiesta)*. *Contra*,

invertire l'onere della prova in ordine alla sussistenza e alla fondatezza delle eccezioni nel rapporto intercorrente tra garante e beneficiario. Il garante, perciò, è tenuto solo provvisoriamente ad effettuare la prestazione garantita senza opporre eccezioni (984).

Nella GACS, invero, le vicende relative al rapporto sottostante intercorrente tra lo Stato e la società di cartolarizzazione non sono ininfluenti all'efficacia della garanzia. In primo luogo, come si è visto, questa è condizionata al trasferimento della maggioranza dei titoli *junior* entro un determinato periodo dall'adozione del decreto di concessione della garanzia. Inoltre, le vicende relative ai titoli rilevano, ai fini dell'efficacia, qualora vi siano vicende che determinino un peggioramento del *rating* dei titoli *senior* ovvero nel caso di modifiche al regolamento dei titoli o di altri contratti dell'operazione.

In questa precisa scelta legislativa è stato ravvisato uno dei principali limiti alle potenzialità della GACS, in quanto è diretta in una direzione opposta alle esigenze di certezza ricercate dagli investitori in una garanzia statale (985).

Come s'è visto *supra* (cap. II, § 5.2), con la garanzia autonoma viene trasferito da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso all'inadempimento – colpevole o meno – della prestazione, perseguendo una funzione di copertura di rischi atipici (986), non ammettendo la possibilità del garante di proporre eventuali eccezioni circa il rapporto principale (fatto salvo il limite della nullità del contratto per illiceità della causa, caso in cui il vizio si estende anche al contratto autonomo di garanzia, di talché il garante ha la possibilità di opporsi

---

sull'interpretazione del contratto contenente la sola clausola «*a prima richiesta*» come contratto autonomo di garanzia v. però, da ultimo, le non condivisibili conclusioni di Trib. Napoli, 17 novembre 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 435 ss., con nota di G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta"*, cit.

(984) P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., p. 429 ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione*, cit., p. 229; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda»*, cit., p. 206 s.

(985) Così C. FISCALE, *GACS*, cit., p. 8.

(986) Cfr. G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta"*, cit., p. 468.

all'escussione de garanzia in via di *exceptio doli*). È evidente che, nel caso della GACS, il rischio trasferito allo Stato è tipico (i.e. il mancato pagamento, anche parziale, delle somme dovute per capitale o interessi relative a titoli cartolarizzati *senior*), così come sono tipiche le cause di inefficacia della garanzia, che prescindono da una generica illiceità della causa del rapporto contrattuale base (987).

Come è stato posto in evidenza (988), le operazioni di cartolarizzazione sono storicamente connotate da una certa eterogeneità: non esiste un modello di *securitization*. Ogni operazione, infatti, può differire sia in ragione della tipologia di crediti ceduti, sia dell'allocazione del rischio tra i soggetti coinvolti, che in ragione delle garanzie che assistono la cessione.

Attribuire alla GACS una natura fideiussoria appare, però, altrettanto inopportuno. Infatti, la garanzia prestata dallo Stato non origina da una fonte contrattuale, bensì dalla legge e da un provvedimento amministrativo concessorio (989).

La GACS, infatti, non viene concessa esclusivamente per rafforzare la tutela del portatore dei titoli, ma è il risultato di una trama finalizzata a perseguire un interesse più ampio di stabilità dei mercati e tutela del risparmio, che trascende le vicende del singolo rapporto.

L'art. 4 l. 49/2016, contrariamente a quanto appena descritto, disciplina in maniera minuziosa tutti i passaggi dell'operazione, fornendo uno schema che lascia pochi margini alla prassi degli operatori del mercato. È stato rilevato che

---

(987) La portata di questo limite è discussa: se da una parte si ritiene che nel contratto autonomo di garanzia deve essere contenuto il riferimento al contratto principale (cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 182; G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 49), altri ritengono che la contrarietà a norme imperative è sempre rinvenibile in virtù del collegamento negoziale esistente tra contratto principale e garanzia autonoma (Trib. Taranto, 1° febbraio 2016, cit.; G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta"*, cit., p. 468; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 362).

(988) Da P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 3.

(989) Cfr. N. GIOFFRÈ, *Le garanzie*, cit., p. 171 s.

la creazione di uno schema definito permette così una rapida valutazione dell'operazione ai fini dell'ammissione alla GACS (990).

La strutturazione dell'operazione di cartolarizzazione non prescinde, nelle sue basi, dal dettato dell'art. 2 l. 130/1999 per quel che concerne il programma dell'operazione e, in particolare, l'assoggettabilità dei titoli alla disciplina del t.u.f., del contenuto del prospetto informativo nonché le specificazioni nel caso in cui i titoli siano offerti a investitori professionali o meno.

Il recente intervento legislativo ha però specificato molteplici aspetti che prima erano rimessi all'autonomia degli operatori. Peculiare rilevanza è data alla tipologia di crediti oggetto dell'operazione: questi debbono essere trasferiti alla società cessionaria per un importo non superiore al loro valore contabile netto alla data della cessione. L'art. 2 d.m. Economia e Finanze 3 agosto 2016 prevede inoltre che i crediti oggetto di cartolarizzazione siano classificati e segnalati in sofferenza in data antecedente alla cessione alla SPV.

Una grande attenzione è poi riservata – in ragione dell'operatività della GACS – all'emissione dei titoli. È previsto, infatti, che l'operazione di cartolarizzazione preveda l'emissione di titoli di almeno due classi diverse, in ragione del grado di subordinazione nell'assorbimento delle perdite. Di queste, la classe di titoli maggiormente subordinata (titoli *junior*) non ha diritto a ricevere il rimborso del capitale, il pagamento degli interessi o altra forma di remunerazione fino al completo rimborso del capitale dei titoli delle altre classi (*senior* e l'eventuale *mezzanine*).

È poi prevista la possibilità di concludere dei contratti accessori per la copertura finanziaria al fine di ridurre il rischio di tasso (ad esempio, contratti di *swap*) e linee di credito miranti alla gestione del rischio di eventuali disallineamenti fra i fondi rivenienti dagli incassi e dai recuperi effettuati in

(990) C. FISCALE, *GACS*, cit., p. 6.

relazione al portafoglio dei crediti ceduti e i fondi necessari per pagare gli interessi sui titoli *senior*.

Particolare precisione è stata dedicata altresì alle caratteristiche dei titoli *senior* e, ove emessi, dei *mezzanine*, con l'indicazione delle modalità di remunerazione e rimborso del capitale. Il d.m. attuativo ha specificato che per titoli *senior* si intendono quei titoli di classi che non siano subordinate ad altre classi della stessa emissione. Tale condizione si verifica allorquando, conformemente alla priorità di pagamento applicabile dopo l'avvio di azione esecutiva (c.d. *post-enforcement priority*) e, ove applicabile, la priorità di pagamento derivante da una messa in mora (c.d. *post-acceleration priority*), nessun'altra classe riceve pagamenti per capitale e interessi in via prioritaria rispetto ad essa.

Da ultimo, le modalità di organizzazione dell'operazione di cartolarizzazione trovano il proprio schema preordinato *ex lege* anche per quel che concerne l'ordine di priorità dei pagamenti. È prevista, infatti, una rigorosa imputazione delle somme – al netto del *quantum* dovuto al soggetto incaricato della riscossione dei crediti ceduti per la prestazione della propria attività – rivenienti dai recuperi e dagli incassi realizzati in relazione al portafoglio dei crediti ceduti e dai contratti accessori (991).

---

(991) In ordine, tali somme debbono essere utilizzate per soddisfare: *1*) eventuali oneri fiscali; *2*) somme dovute ai prestatori di servizi; *3*) pagamento delle somme dovute a titolo di interessi e commissioni in relazione all'attivazione della linea di credito; *4*) pagamento delle somme dovute a fronte della concessione della GACS sui titoli *senior*; *5*) pagamento delle somme dovute alle controparti di contratti di copertura finanziaria; *6*) pagamento delle somme dovute a titolo di interessi sui titoli *senior*; *7*) ripristino della disponibilità della linea di credito, qualora utilizzata; *8*) pagamento delle somme dovute a titolo di interessi sugli eventuali titoli *mezzanine*; *9*) rimborso del capitale dei titoli *senior* fino al completo rimborso degli stessi; *10*) rimborso del capitale dei titoli *mezzanine* fino al completo rimborso degli stessi; *11*) pagamento delle somme dovute per capitale e interessi o altra forma di remunerazione sui titoli *junior*. I pagamenti dovuti ai prestatori di servizi e alle controparti di contratti per la copertura del rischio di tasso possono essere condizionati al raggiungimento di determinati obiettivi nella riscossione o recupero in relazione al portafoglio di crediti ceduti ovvero possono essere postergati al completo rimborso del capitale dei titoli *senior*. Altresì, la remunerazione dei titoli

Lo schema di garanzia di cui alla l. 49/2016 presenta una particolare complessità per la molteplicità dei soggetti coinvolti. Oltre ai soggetti tipicamente impiegati nell'operazione di cartolarizzazione, si rende necessaria la partecipazione di una molteplicità di soggetti, il che ha un forte impatto sui costi dell'operazione.

Sono infatti necessari – oltre ai soggetti tradizionalmente impiegati nelle operazioni di cartolarizzazione – innanzitutto un *advisor* qualificato e indipendente per il monitoraggio della conformità del rilascio della GACS.

Di centrale importanza è il ruolo attribuito nell'operazione alle agenzie di *rating*, che debbono valutare i titoli *senior* nella loro affidabilità e garanzia nella capacità del debitore di rimborsare capitale e interessi alla scadenza finale del prestito.

La valutazione deve essere affidata ad una agenzia esterna di valutazione del merito di credito (c.d. ECAI) accettata dalla Banca Centrale Europea e non deve essere inferiore all'ultimo gradino della scala di valutazione del merito di credito *investment grade* (usualmente non inferiore a BBB). All'agenzia di *rating* è garantito l'accesso ad una notevole mole di informazioni sui titoli. Questa valutazione può anche essere privata e destinata esclusivamente al Ministero dell'Economia e delle Finanze, che deve qui intendersi come committente ed unico destinatario della valutazione nonostante il corrispettivo sia a carico della società cedente proponente l'agenzia di valutazione o della società cessionaria. Una siffatta fattispecie legale di assunzione dell'altrui debito ricalca lo schema dell'accollo (privativo) *ex lege* (992), in quanto a monte

---

mezzanine può essere differita ovvero postergata al completo rimborso del capitale dei titoli *senior* ovvero può essere condizionata a obiettivi di *performance* nella riscossione o recupero in relazione al portafoglio di crediti ceduti.

(992) In proposito, si richiama qui integralmente quanto già esposto *supra* alla nt. 657, specificando che, infatti, la fattispecie assuntiva in analisi è strettamente interconnessa alla richiesta di concessione della GACS, a cui il rilascio della valutazione dei titoli è finalizzata.

dell'assunzione legale vi è un precedente accordo tra il terzo accollante (società cedente o cessionaria) e il debitore originario (lo Stato).

Inoltre, la società cessionaria deve impegnarsi a non richiedere la revoca del *rating* da parte delle agenzie coinvolte fino al completo rimborso del capitale dei titoli *senior*.

Viene così superato uno dei principali limiti della disciplina di cui alla l. 130/1999, nel quale la valutazione del merito creditizio da parte di soggetti terzi era un passaggio possibile, limitato al caso in cui i titoli fossero offerti ad investitori non professionali. La maggior o minore probabilità di riscossione dei crediti oggetto dell'operazione di cartolarizzazione è fondamentale per valutare il rischio cui sono esposti i singoli investitori (993).

Ancora, per quel che concerne i soggetti coinvolti, l'incaricato della riscossione dei crediti ceduti (c.d. NPLs *servicer*) è diverso dalla società cedente, indipendente e non appartenente al suo stesso gruppo (994). L'eventuale decisione della società cessionaria o dei portatori dei titoli di revocare l'incarico di tale soggetto non deve però determinare un peggioramento del *rating* del titolo senior. Una siffatta scelta legislativa può apparire per certi versi contradditoria, in quanto conduce giocoforza ad un incremento dei costi dell'operazione (per i compensi dovuti per il *servicing*, che nel caso di specie assumerebbe le vesti di un appalto di servizi, in quanto nella riscossione dei

(993) R. RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Soc.*, 2000, p. 1166.

(994) Nella prassi l'ipotesi della riscossione dei crediti ceduti affidata all'*originator* è diffusa e permette alla società cedente di recuperare – attraverso i compensi per l'attività di di *servicing* – almeno una porzione del differenziale tra l'interesse che avrebbe ricevuto sui crediti trasferiti alla società veicolo ed il tasso di interesse più basso pagato agli investitori. In giurisprudenza v. Comm. trib. prov. Sassari, 10 giugno 2004, n. 67, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, p. 87 ss, con nota di A.D. SCANO, Credit enhancement, cit. L'A. da ultimo citato (p. 125) – a cui *adde* C. RUCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 420 – ha sottolineato come lo svolgimento di tale servizio è generalmente valutato favorevolmente, in quanto l'*originator* si trova in una posizione preferenziale rispetto ad altri soggetti per lo svolgimento dell'attività di *servicing*. Vedi però le considerazioni svolte *infra*, alla nt. 998.

crediti in sofferenza l'attività materiale prepondera su quella giuridica) (995) che confligge con i fini di acquisizione di liquidità che animano le operazioni di cartolarizzazione e la stessa introduzione della GACS e che può cagionare confusione nei debitori ceduti col rischio di un rallentamento dei flussi di cassa se non di un mancato recupero dei crediti (996).

Si ritengono poi necessari una società di revisione che certifichi l'eliminazione contabile dei crediti oggetto dell'operazione di cartolarizzazione dalla contabilità della banca nonché, sebbene ciò non sia esplicitamente richiesto (997), un professionista legale che predisponga la documentazione e confermi – con un parere *pro veritate* – la validità del regolamento dei titoli *senior* e l'insussistenza di quelle cause che possano comportare l'inefficacia della GACS.

Nell'attuale quadro economico-finanziario, la GACS – per quanto un intervento dello Stato in maniera così decisa e incisiva sui mercati rappresenti decisamente un *unicum* per i nostri tempi – assicura ai risparmiatori maggiori garanzie, migliorandone la posizione. Anche questo è un modo per incoraggiare il risparmio, come postula l'art. 47 cost.

La finalità principe della GACS è quella di assistere le banche italiane nella cartolarizzazione e nella cancellazione dei prestiti in sofferenza dai loro bilanci, nell'obiettivo di attrarre un'ampia gamma di investitori, incentivare le banche a recuperare i prestiti in sofferenza nel più breve tempo possibile e incrementarne la liquidità.

Lo Stato, nel prestare la propria garanzia assume un rischio limitato, operando solo su quei titoli caratterizzati da un'elevata qualità creditizia e solo

(995) Così S.M. SEPE, *La cartolarizzazione: profili giuseconomici e problematiche aperte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 568.

(996) Cfr. A.D. SCANO, Credit enhancement, cit., p. 125.

(997) Ma si conviene con le osservazioni di C. FISCALE, *GACS*, cit., p. 10 circa l'opportunità di questa figura.

dopo che sarà stata venduta oltre la metà della *tranche junior*. Ciò significa che l'intervento statale è subordinato alla reazione del mercato a quei titoli che presentano un rischio più elevato e non sono garantiti.

Da ultimo, il fatto che la remunerazione dello Stato per il rischio assunto è a livelli di mercato supporta l'esclusione della configurabilità della GACS come aiuto di Stato**.** Se ciò nelle intenzioni del legislatore è mirato a condurre ad aumentare l'efficienza e la probabilità del recupero dei prestiti in sofferenza, quest'ultimo fine può scontrarsi con le accennate possibili inefficienze conseguenti alla designazione di un NPLs *servicer* esterno.

Nondimeno, però, l'affidamento dell'attività di *servicing* ad un soggetto terzo e indipendente consente di evitare sia un riflusso di rischio in capo all'*originator* (la cui compatibilità con la tecnica della *securitization* appare quantomeno distonico) (998), che deplorevoli operazioni di camuffamento dei bilanci bancari (999), definitivamente raggiungendo la eliminazione da questi ultimi dei crediti deteriorati e la loro traslazione sul mercato, perseguita per l'appunto con l'operazione di cartolarizzazione (1000).

La GACS assume però ancor più rilevanza se si pone in evidenza la sua

---

(998) E la prassi dei mercati, specie anglosassoni, evidenzia come sia raccomandabile che l'*originator* non assuma la funzione di *servicer* ovvero, qualora ricopra questa funzione, nel *servicing agreem*ent deve essere specificato che egli agisce non in proprio, ma in qualità di *agent* della società veicolo. Ancora, il contratto dovrebbe inoltre prevedere che all'*originator-servicer* venga corrisposto un compenso fisso e non parametrato ai crediti recuperati, in quanto – per l'appunto – è considerato incompatibile con la causa della cartolarizzazione che il cedente assuma un rischio connesso a crediti oramai ceduti. È infine fondamentale l'adozione di sistemi di individuazione e rendicontazione che consentano di preservare la separazione dei crediti recuperati dal patrimonio della società cedente. In argomento cfr. A.D. SCANO, Credit enhancement, cit., p. 128 s.

(999) In quanto non vi sarebbe una reale traslazione del rischio: cfr. S.M. SEPE, *La cartolarizzazione*, cit., p. 543 ss.; G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione*, cit., p. 50.

(1000) V. le conclusioni di A.D. SCANO, Credit enhancement, cit., p. 128 s., il quale afferma che «*la cartolarizzazione* (…) *deve contraddistinguersi per una effettiva cessione dei crediti al veicolo; per un'effettiva acquisizione di liquidità; per l'allontanamento dalla sfera dell'originator del rischio di mancato realizzo dei crediti ceduti, da spostare sugli investitori*». Sul punto v. anche S.M. SEPE, *La cartolarizzazione*, cit., p. 543.

stretta interconnessione con il c.d. decreto banche e con le misure ivi contenute in tema di garanzie mobiliari e velocizzazione del recupero dei crediti, che permette di velocizzare i tempi di recupero dei crediti deteriorate e rendere più economiche e con minori ostacoli le relative procedure esecutive.

In questo scenario, è possibile anche superare le riserve di chi aveva ravvisato nella GACS uno strumento utile, ma insufficiente per sbloccare e dare una svolta decisa al mercato degli NPLs nel nostro ordinamento (1001).

È forse vero che la precisa scelta legislativa di non conferire autonomia alla garanzia statale rispetto al rapporto fondamentale è una scelta «*che va nella direzione opposta rispetto alle esigenze di certezza che gli investitori solitamente ricercano in una garanzia statale*» (1002), ma nell'orditura che sta ridisegnando un nuovo sistema delle garanzie per il sistema bancario si sta assistendo ad un risoluto e rinnovato *favor argentariorum*.

Pegno non possessorio, finanziamento alle imprese garantito dall'alienazione dell'immobile concesso in garanzia sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore (art. 48-*bis* t.u.b.) e patto marciano nei finanziamenti immobiliari ai consumatori (1003) da un lato, GACS dall'altro, sono gli estremi di un percorso finalizzato in definitiva non solo ad incentivare le banche a recuperare i prestiti in sofferenza, ma a conferire loro strumenti atti a ciò maggiormente efficaci.

3. ***Le clausole di indicizzazione nei contratti di finanziamento. Manifestazione dell'autonomia privata o strumento finanziario derivato incorporato?*** **–** Contratti di finanziamento e mercati finanziari trovano oggi il loro punto di contatto più critico in quelle strutture contrattuali contenenti clausole di parametrizzazione del tasso di interesse connessi all'andamento di

(1001) Così C. FISCALE, *GACS*, cit., p. 10.

(1002) In tali termini, ancora, C. FISCALE, *GACS*, cit., p. 10.

(1003) Su cui si rimanda *antea*, al cap. II, §§ 5.1.3 e 8.5.

tassi, indici o valute.

Una prima, diffusa, casistica è quella dei contratti di finanziamento a tasso variabile che prevedono una clausola *cap* o *floor* (1004).

La prima permette di fissare a priori un tetto massimo al tasso di interesse per tutelarsi da possibili oscillazioni verso l'alto dei tassi di interesse. La sua peculiarità risiede nel fatto che il tasso di interesse non potrà mai andare oltre un certo limite predefinito dal contratto stesso: se il tasso d'interesse è inferiore al tetto massimo, il calcolo degli interessi sarà conforme al finanziamento a tasso variabile; se il tasso dovesse aumentare e superare la soglia del tetto massimo, non si pagherà mai un tasso superiore alla soglia stabilita nel contratto.

La clausola *floor*, invece, si è particolarmente diffusa negli ultimi tempi, considerati i tassi di interesse ai minimi storici, se non addirittura negativi (1005). Con esse si prevede un limite percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti dal finanziato non possono scendere. L'utilizzo di tali clausole garantisce il finanziatore da eventuali flessioni significative del tasso di interesse di riferimento. Così, questi riceverà dal mutuatario interessi almeno pari al valore percentuale individuato dalle clausole *floor*, anche nell'ipotesi in cui il saggio di interesse sia inferiore ad esso (1006).

(1004) Sulla questione v. l'analisi di M. RUGGI – G. SETTANNI, *Recenti problematiche applicative in materia di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 121 ss., spec. 127 ss. Per una disamina della tematiche connesse specificamente alla clausola *floor* in una prospettiva comparatistica v. AN. DALMARTELLO, *Note sulla* «cláusula suelo» *(clausola* floor*) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 753 ss.

(1005) Per una disamina delle problematiche afferenti ai tassi di interesse negativi cfr. G. SETTANNI, *Loans and negative interest rates*, in *European business law review*, 2016, p. 697 ss.; U. MORERA – M. SCIUTO, *Due questioni in tema di tassi di riferimento "negativi"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 746 ss.; A.A. DOLMETTA, *Tasso variabile e «valori negativi»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 35, 2016; M. RUGGI – G. SETTANNI, *Recenti problematiche*, cit., p. 122 ss.

(1006) L'Arbitro Bancario-Finanziario si è in più occasioni pronunciato sulla validità delle clausole *floor*: cfr. Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Milano, 1 aprile 2011, n. 688; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Roma, 13 dicembre 2011, n. 2688; Arbitro Bancario-

Recenti pronunce della giurisprudenza di merito (1007), hanno inoltre animato un vivace dibattito circa la natura giuridica delle clausole di indicizzazione nei contratti di finanziamento.

Nei casi di specie, tutti aventi ad oggetto un contratto di *leasing* immobiliare contenente una clausola di indicizzazione (1008) e una clausola c.d. di rischio

---

Finanziario – Collegio di Roma, 3 settembre 2012, n. 2833; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Napoli, 5 maggio 2014, n. 2735; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Napoli, 16 settembre 2015, n. 7355; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Roma, 30 settembre 2015, n. 7669; Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Roma, 6 ottobre 2016, n. 8867.

(1007) Trib. Udine, 24 febbraio 2015; Trib. Udine, 13 maggio 2015; Trib. Udine, 3 giugno 2015; Trib. Udine, 25 agosto 2015; Trib. Udine, 29 febbraio 2016, in *Il caso.it*.

(1008) Redatta nei seguenti termini: «*Le parti si danno reciprocamente atto che la conclusione del presente contratto è stata concordata sulla base di un piano finanziario che prevede canoni variabili secondo il seguente criterio di indicizzazione. Le parti assumono come indice di base per l'indicizzazione dei canoni il tasso indicato* (…), *così consensualmente concordato tra le parti indipendentemente dalla sua quotazione odierna, trattandosi del parametro utilizzato per la formulazione del piano finanziario del contratto. Qualora tale indice venisse a subire variazioni, l'Utilizzatore si impegna fin d'ora a riconoscere ed accettare le variazioni del canone risultanti dall'adeguamento del piano finanziario contrattuale alla medesima variazione intervenuta, in rapporto al capitale che residua in base all'originario piano finanziario ed al numero dei canoni residui, valori in coincidenza della data di scadenza del canone; l'importo della variazione del canone rimarrà costante fino a successiva variazione dell'indice. Le variazioni decorreranno dal canone scadente nel mese in cui si verificasse la predetta variazione. Le variazioni sia in aumento che in diminuzione saranno disposte con fatturazione a parte con periodicità stabilita a discrezione della Concedente e comunque entro l'anno, e saranno pagate con rimessa diretta mediante procedura R.I.D. in caso di addebito all'Utilizzatore e mediante rimessa diretta nel caso di accredito all'Utilizzatore. Le variazioni in diminuzione del canone non opereranno oltre la riduzione di due punti dell'indice di base per l'indicizzazione dei canoni. La variazione verrà disposta anche per il calcolo delle rate di cui sopra, variando pertanto il coefficiente di riferimento, qualora tra la data di sottoscrizione della presente e la presa in consegna dell'immobile intervengono variazioni dell'indice di riferimento indicato* (…). *In caso di canoni determinati sulla base del rapporto di cambio euro/valuta indicato* (…) *(in quanto, in tal caso, la provvista del Concedente per il rifinanziamento dell'intera operazione – imponibile oltre IVA – è rapportato, con il consenso dell'Utilizzatore, al predetto rapporto di cambio), i canoni saranno altresì variabili secondo il seguente criterio. Il Concedente determinerà mensilmente la variazione tra il cambio storico, che verrà fissato e comunicato dal concedente all'atto della consegna dell'immobile ed il cambio di scadenza del canone. Se la variazione è positiva, il canone oltre IVA maturato sarà suddiviso per il cambio di scadenza del canone e moltiplicata per la differenza tra il cambio storico e quello attuale della scadenza del canone. L'importo risultante, aumentato dell'IVA di legge, costituirà il rischio di cambio del mese a carico dell'Utilizzatore. Se la variazione è negativa, il canone imponibile maturato sarà suddiviso per il cambio di scadenza del canone e moltiplicato per la differenza tra il cambio storico e quello attuale della scadenza del canone. L'importo*

cambio (1009), il Tribunale ha concentrato la propria attenzione sul punto nodale vertente nel comprendere se queste particolari pattuizioni restassero ancillari alla causa principale, cioè a quella traslativa, oppure se si atteggiassero in maniera autonoma, con la conseguente soggezione alle discipline settoriali.

La giurisprudenza di merito *de qua* ha rilevato come accanto alla funzione traslativa perseguita dal contratto le parti avessero inteso inserire nel contratto innegabili elementi di aleatorietà.

In virtù della clausola di indicizzazione le variazioni del tasso dell'indice rispetto al tasso convenzionalmente dedotto in contratto incidono sul capitale residuo nel mese in cui la variazione si verifica e comportano una modifica del

---

risultante, aumentato dell'IVA di legge, costituirà il rischio di cambio del mese a favore dell'Utilizzatore, Qualora nel giorno di scadenza del canone non vi fosse – per qualsiasi causa – la rilevazione ufficiale del cambio, si farà riferimento alla prima quotazione utile pubblicata nell'arco dei 15 giorni anteriori. L'Utilizzatore pertanto dichiara di accettare fin d'ora ogni variazione dei canoni e del prezzo dell'opzione finale di acquisto conseguente al mutato rapporto di cambio euro/valuta, obbligandosi a pagare la variazione in aumento dei canoni con rimessa diretta mediante procedura R.I.D., mentre le variazioni in diminuzione saranno accreditate mediante rimessa diretta. L'Utilizzatore prende atto che la presente clausola, per quanto attiene al rischio di cambio, ha carattere aleatorio».

(1009) La clausola in analisi prevedeva che «*In caso di canoni determinati sulla base del rapporto di cambio euro/valuta convenzionalmente stabilito nella quotazione indicata* (…), *i canoni saranno altresì variabili secondo il seguente criterio. Il Locatore determinerà mensilmente la variazione tra il cambio storico ed il cambio di scadenza del canone, intendendosi per tale il cambio di riferimento giornaliero della Banca Centrale Europea rilevabile su "Il Sole 24 Ore" del giorno successivo a quello di scadenza. Se la variazione è positiva, il canone oltre IVA maturato sarà suddiviso per il cambio di scadenza del canone e moltiplicata per la differenza tra il cambio storico e quello attuale della scadenza del canone. L'importo risultante, aumentato dell'IVA di legge, costituirà il rischio di cambio del mese a favore del Conduttore. Qualora nel giorno di scadenza del canone non vi fosse – per qualsiasi causa – la rilevazione ufficiale del cambio, si farà riferimento alla prima quotazione utile pubblicata nell'arco dei 15 giorni anteriori. Il Conduttore pertanto dichiara di accettare fin d'ora ogni variazione dei canoni e del prezzo dell'opzione finale di acquisto conseguente al mutato rapporto di cambio euro/valuta, obbligandosi a pagare la variazione in aumento dei canoni con rimessa diretta a mezzo procedura R.I.D., mentre le variazioni in diminuzione saranno accreditate mediante rimessa diretta. Il Conduttore prende atto che la presente clausola, per quanto attiene al rischio di cambio, ha carattere aleatorio*». D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 191 s., rileva come il rischio di cambio ricorra allorché la valuta del credito è diversa dalla valuta nazionale del consumatore, «*perché il consumatore è esposto a debiti in valuta estera, e si presume che, per il resto, il suo patrimonio consista di elementi attivi e passivi espressi nella sua valuta nazionale*», nonché se il credito sia indicizzato a una valuta diversa dalla valuta nazionale del consumatore.

piano finanziario e una rideterminazione dell'importo delle singole rate residue, con separato addebito o accredito delle differenze negative o positive rispetto all'importo della rata indicato in contratto.

Una simile clausola descriverebbe un'operazione in derivati assimilabile ad un *interest rate swap*, comportando un vero e proprio scambio di flussi monetari che si affiancano all'ordinario ammortamento dell'importo finanziato a tasso fisso. Ciò è in particolar modo palesato dalla circostanza che le differenze pari al risultato del calcolo della formula di indicizzazione vengono addebitate o accreditate al cliente separatamente dai canoni.

Tali flussi, per la giurisprudenza, debbono pertanto considerarsi oggetto di un contratto a termine – con scadenza coincidente con quella prevista per le singole rate di *leasing* – collegato ad un tasso di interesse: in altre parole, la clausola di indicizzazione introduce un meccanismo identico a quello apprestato dagli strumenti finanziari derivati di cui all'art. 1, comma 2°, lett. *h*) e comma 3°, t.u.f.

La complessiva struttura del rapporto, tuttavia, ha indotto il Giudice a ritenere che l'indicizzazione, lungi dal costituire un'operazione fine a sé stessa, sia intimamente collegata alla funzione del *leasing*: essa, infatti, interviene a modificare il piano finanziario sotteso alla locazione finanziaria, introducendo un elemento di aleatorietà consapevolmente pattuito fra le parti.

In questo senso, dunque, la clausola di indicizzazione non altera la causa tipica del *leasing*, ma costituisce una mera previsione accessoria allo stesso, talché la banca – con riferimento a tale pattuizione secondaria – non può dirsi tenuta a rispettare gli obblighi previsti per l'intermediario finanziario dal t.u.f.

Ad una diversa conclusione si è, invece, addivenuti nella valutazione della clausola di rischio cambio.

Con la clausola di rischio cambio l'importo varia in relazione ai mutamenti del rapporto tra il cambio storico tra due valute (convenzionalmente stabilito)

e il cambio corrente, ma la variazione viene immediatamente rapportata al canone in scadenza secondo le diverse modalità previste in caso di variazione positiva o negativa. In forza di essa, il canone mensile oggetto del contratto di *leasing* viene utilizzato come semplice base di calcolo per determinare il differenziale spettante all'uno o all'altro contraente, senza alcuna ulteriore funzione di riequilibrio del sinallagma contrattuale o di compensazione degli effetti della indicizzazione.

In questo senso, la clausola di rischio cambio si atteggia alla stregua di «*strumento finanziario*» ai sensi dell'art. 1 comma 2, lett. *g*), t.u.f. e appare dotata di propria e autonoma causa rispetto a quella del *leasing*: si è dunque in presenza di un collegamento negoziale fra due contratti, ciascuno causalmente indipendente dall'altro. Così come per i prodotti finanziari denominati *index linked* (1010), deve ritenersi che non rileva affatto il *nomen iuris* attribuito al rapporto contrattuale dalle parti, dovendosi considerare piuttosto la causa concreta del contratto (1011).

Anche l'Arbitro bancario-finanziario, affrontando una fattispecie analoga (1012), ha rilevato come la strutturazione del contratto sia tale da rivelare come il meccanismo suddetto non sia affatto esclusivamente mirato alla determinazione di un tasso di interesse favorevole al cliente e non implichi una mera indicizzazione del tasso stesso, includendo altresì, grazie al meccanismo di ancoraggio al cambio di valute, una evidente componente derivativa all'interno dello stesso accordo, verosimilmente riconducibile al modello di

(1010) Su cui v., per tutti, E. PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011.

(1011) In tal senso, in tema di polizze *index linked* e dell'estraneità della loro causa a quella tipica del contratto di assicurazione, Trib. Venezia, 24 giugno 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 869 ss. con nota di L. BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»: considerazioni in tema di qualificazione giuridica e disciplina applicabile*.

(1012) Cfr. Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Milano, 8 luglio 2013, n. 3645.

una *quantity-adjusting option* (o *quanto option*) (1013). La *quanto option* è un derivato altamente speculativo per la parte concedente, il cui rischio è direttamente correlato alla probabilità di oscillazione del cambio e di norma il suo rilascio è compensato attraverso un premio particolarmente elevato. Anche per l'Arbitro Bancario-Finanziario il contratto di *leasing* andava pertanto ad incorporare uno strumento derivato valutario il cui oggetto (produzione di differenziali sui corsi delle valute assunte a fondamentale) avrebbe potuto condurre anche a sensibili dilatazioni del valore dei canoni periodici.

La dicotomia fra i due rapporti contrattuali – quello di *leasing* e quello costituito con la clausola di rischio cambio – importa rilevanti conseguenze: da un lato, le somme versate dall'utilizzatore in forza della clausola di rischio cambio non costituiscono il corrispettivo del contratto di *leasing*; dall'altro, la banca, con riferimento a quello specifico strumento finanziario, avrebbe dovuto attenersi alle regole di condotta imposte agli intermediari finanziari dal t.u.f. e dalla normativa regolamentare, con la conseguenza che l'inadempimento della banca a tali obblighi determinerebbe la risoluzione del

(1013) La *quanto option* è un'opzione il cui regolamento ha luogo in una valuta diversa da quella in cui è denominata l'attività fondamentale e gli operatori di norma se ne avvalgono quando nutrano timori circa la stabilità della valuta di denominazione. Per una puntuale descrizione di questa figura di derivati cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nel* leasing, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 371 ss., il quale, a pag. 373 ritiene che il richiamo alla quanto option sia inappropriato, in quanto nella fattispecie concreta il cliente non vende implicitamente alcuno di questi strumenti derivati, dal momento che «*l'obbligazione di pagamento in euro del differenziale tra l'ammontare in franchi svizzeri originariamente pattuito e quello in vigore al momento del pagamento è reciproca e può andare a favore del cliente nel caso in cui il cambio euro/CHF fosse salito rispeto a quello iniziale o a favore della banca, come è accaduto, nel caso in cui il cambio euro/CHF fosse sceso rispetto a quello iniziale. Diversamente, la* quanto option *appartiene al prototipo di contratto derivato in forza del quale una parte, verso pagamento di un premio, si obbliga a pagare all'altra una somma di denaro entro i limiti convenuti al verificarsi di certe variazioni di un parametro di riferimento. Si tratta di un contratto atipico ed aleatorio. In questa fattispecie manca la reciprocità dell'impegno di pagare il differenziale*». Secondo l'Autore, sarebbe più corretto il richiamo al *domestic currency swap*, pur rimanendo la clausola di indicizzazione cosa diversa rispetto ad un contratto derivato.

contratto derivato riconducibile alla *quanto option* (1014).

La tematica dei finanziamenti contenenti clausole di rischio cambio è già stata oggetto di approfonditi studi, nella preoccupazione che – attraverso la conclusione di contratti di mutuo in valuta – la funzione di finanziamento fosse superata da una pattuizione assumente una connotazione tipicamente aleatoria (1015).

La qualificazione delle clausole di indicizzazione in senso lato e, in particolare, di quella di rischio cambio come strumenti finanziari derivati determinerebbe la disapplicazione dell'art. 1933 c.c. (art. 23, comma 5°, t.u.f.), immunità che deriverebbe dalla caratteristica della «*monetizzazione del rischio*», come è stato puntualmente posto in evidenza da un'attenta dottrina (1016), ossia la sua traduzione in un valore monetario in base a parametri oggettivi (1017). Negli strumenti derivati, infatti, a dispetto del contratto di giuoco e

---

(1014) A tale conclusione è pervenuto Trib. Udine nelle sentenze citate *supra* alla nt. 1007. Per una disamina delle problematiche connesse alla violazione degli obblighi informativi si rimanda a quanto già esposto *antea*, al cap. II, § 8.2.

(1015) Così A. CERVINI, *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realità e presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 327 ss., spec. 332 ss.

(1016) In questi termini, esattamente, E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. MAFFEIS (a cura di), Swap *tra banche e clienti,* cit.., p. 112.

(1017) G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1134, nell'analisi delle differenze tra contratto di gioco e scommessa e contratti derivati, soprattutto per scansare la poco gradevole equiparazione tra intermediari finanziari e soggetti autorizzati a gestire giochi e scommesse, ricorda che i contratti derivati «*si sono sviluppati come risposta di mercato all'esigenza, avvertita da numerosi operatori, di coprire rischi: rischio di variazione nel tempo del tasso di interesse o del corso di cambio fra valute o del prezzo di valori mobiliari o materie prime. Se concluso per soddisfare tale esigenza, non può negarsi che al contratto su derivati sia sottesa una giustificazione causale idonea a fondarne la piena rilevanza giuridica: una giustificazione causale che, accostandolo, sia pure senza sovrapporlo, al contratto di assicurazione, si distingue da quella, meramente lucrativa ed affidata alla sorte, che è propria della scommessa. Ma alcuni vanno oltre: il contratto su derivati meriterebbe piena tutela, distinguendosi dalla scommessa, anche in difetto dell'esigenza di copertura di un rischio corso da uno dei contraenti. In ogni caso, invero, tale contratto, sostituendo l'investimento diretto in valute, titoli o materie prime, svolgerebbe una funzione utile di informazione sull'andamento futuro delle quotazioni, così aumentando l'efficienza dei mercati*».

scommessa, la monetizzazione è frutto di una valutazione di mercato.

Per comprendere tale differenza, si prenda ad esempio il funzionamento della clausola di rischio cambio. La variazione del rapporto di cambio euro/valuta la variazione in aumento o in diminuzione dei canoni del *leasing* immobiliare il prezzo del titolo, in base all'oggettivo apprezzamento di mercato del rischio che condiviso tra emittente ed investitore (1018). Il conduttore auspicherà una variazione in diminuzione del rapporto euro/valuta al fine di una riduzione del canone, mentre la banca mirerà ad un suo andamento sfavorevole al cliente fine di un aumento del *quantum* dovuto mensilmente.

Viceversa, nel contratto di scommessa la monetizzazione del rischio è arbitraria (1019), non riflettendo una sua valutazione da parte del mercato: non c'è una correlazione tra rischio e posta messa in palio (1020) e, inoltre, il verificarsi del rischio assunto dipende dal fatto di un terzo, in cui non partecipano gli scommettitori, ovvero da un fatto sul quale sussiste un'incertezza soggettiva (1021). Si prenda ad esempio della comune scommessa su un evento sportivo: Tizio scommette con Caio la vittoria della squadra di casa in una partita del campionato nazionale di calcio. In caso di vittoria, Caio dovrà pagare a Tizio l'importo monetario determinato dalla posta messa in gioco da costui moltiplicata per il coefficiente arbitrariamente concordato; qualora invece non si manifesti l'evento "vittoria", Tizio perderà la somma scommessa. Il rischio nel contratto di scommessa non sarebbe

(1018) Così E.M. MASTROPAOLO, voce *Strumenti finanziari derivati*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 705.

(1019) E. BARCELLONA, *Contratti derivati*, cit. p. 117. Secondo l'A. non rileverebbe la razionalità o meno della prognosi del rischio nella comparazione tra derivati e scommessa, in quanto anche una scommessa può essere il frutto di una valutazione razionale.

(1020) L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 94.

(1021) Rileva così L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, in *Commentario* Scialoja-Branca, IV, *Delle obbligazioni (artt. 1933-1935 c.c.)*, Bologna-Roma, 1959, p. 67.

solamente monetizzato arbitrariamente, bensì sarebbe anche creato artificialmente, in quanto nessuna delle due parti sarebbe stata esposta a tale rischio qualora non fosse stato concluso il contratto (1022). Viceversa, nei derivati, il rischio esiste nel mercato e spesso preesiste anche nella sfera giuridica di almeno uno dei contraenti.

Le esposte considerazioni sul rischio conducono l'indagine a soffermarsi sull'elemento dell'alea delle clausole in analisi. L'esclusione della causa di scommessa, infatti, non esclude il carattere aleatorio di tali clausole-contratti derivati.

Se è vero che *mercatores consueverunt futura prognosticari* (1023) ed in una certa qual misura l'alea è un elemento presente in tutti i contratti commerciali, è necessario rilevare quali debbano essere le caratteristiche del rischio affinché un contratto possa definirsi aleatorio.

La giurisprudenza maggioritaria fornisce un'accezione di alea generica, che fa riferimento al rischio come elemento che investe e caratterizza il contratto nella sua interezza e fin dalla sua formazione, così da rendere incerto per una o per tutte le parti il vantaggio economico, in relazione al rischio al quale si espongono (1024). Analoga impostazione trovava spazio in quella dottrina (1025) che considerava l'alea «*una nota differenziale, in senso economico, tra gli avvenimenti che incidono sul nesso di corrispettività tra le prestazioni*» e, pertanto,

---

(1022) Cfr. E. BARCELLONA, *Contratti derivati*, cit. p. 97, 99 s., 120; D. RICCIO, *Il gioco e la scommessa*, in *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Trattato* Bessone, 2005, p. 148.

(1023) La assai risalente formula è di S. SCACCIA, *Tractatus de commerciis et de cambio*, Genova, 1618.

(1024) Cfr. *ex multis*, Cass. 31 luglio 1947, n. 1306, in *Giur. it.*, I, 1, 1948, p. 167 s. (s.m.), con nota redazionale; Cass. 31 maggio 1986, n. 3694; Cass., 21 aprile 2011, n. 9263; *Contra*, Cass., 5 gennaio 1983, n. 1; Cass. 9 marzo 1985, n. 1913; Cass. 7 giugno 1991, n. 6452 Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050.

(1025) E. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, I, p. 573 s.; ID., *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 722.

«*un criterio elastico di valutazione dell'economia del contratto*» sia nella sua fase genetica che in quella funzionale.

La più attenta dottrina, viceversa, ha cercato di operare una distinzione tra l'alea c.d. giuridica e l'alea c.d. economica.

L'alea giuridica ha a che fare con il rapporto tra prestazione e controprestazione: il contratto è aleatorio quando è a carico di una parte (o di entrambe) il rischio di un evento che incide sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione contrattuale. Si tratta dunque di un rischio in senso oggettivo. Per alea economica, invece, si intende la possibilità di ottenere determinati valori con riferimento alle variabili prese in considerazione: allorché la distribuzione degli eventi futuri e dei risultati ad essi associabili sia stimabile, il rischio risulta qualitativamente misurabile (utilizzando parametri statistici) e può essere o meno coperto, a seconda dei mezzi di cui dispone l'agente (1026).

L'alea che rileva, ai fini della valutazione di aleatorietà del contratto, è quella c.d. giuridica, in quanto solo in presenza di questa è possibile la c.d. *causa lucrandi*, ossia la funzione di lucro incerto, minimo comune denominatore di tutte le figure aleatorie (1027). Queste elaborazioni sono la naturale evoluzione (1028) di una più risalente impostazione della problematica di un'autorevolissima dottrina (1029) che poneva l'accento sul ruolo dell'incertezza sul piano strutturale individuando quattro caratteristiche dell'alea giuridica: *i*) oggetto dell'alea è il verificarsi di un evento che sfugge al controllo delle parti; *ii*) siffatto evento è definito nel contratto stesso; *iii*) tale

(1026) Così R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di* swap *e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 123.

(1027) M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 77 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 201 ss.

(1028) Così P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. MAFFEIS (a cura di), Swap *tra banche e clienti*, cit., p. 179 s., nt. 22.

(1029) Precisamente, T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, 435 ss.

eventualità può determinare l'assoluta mancanza di una prestazione dell'una o dell'altra parte; *iv*) la verificazione dell'evento non influisce sulla misura della controprestazione.

Successivamente, trasferendo l'attenzione sotto il profilo funzionale, si è posta in evidenza il genetico squilibrio del sinallagma che comporta «*l'incertezza congenita in ordine all'entità della prestazione di almeno una delle parti*» (1030).

Ad avviso di una recente e puntuale dottrina (1031), tale presupposto, però, non sarebbe sufficiente per connotare la categoria dei contratti aleatori, in quanto è altresì necessario che entrambe le parti siano realmente esposte al rischio che l'evento incida sulla loro situazione patrimoniale, risultando esse esposte sia ad un possibile arricchimento che ad un possibile depauperamento.

La necessaria bilateralità dell'alea sarebbe garantita dall'art. 1895 c.c., il quale sanziona con la nullità l'assenza di un rischio effettivo anche per una sola delle parti. Tale norma possiede una «*valenza transtipica*» che la eleva a fondamento normativo della necessità della bilateralità dell'alea in tutte le fattispecie aleatorie conosciute dal nostro ordinamento, siano esse tipiche o atipiche (1032).

Per quanto concerne le clausole di indicizzazione e di rischio cambio, è innegabile la presenza di una *causa lucrandi* e di un'alea effettivamente bilaterale.

La parametrizzazione del capitale all'andamento di un indice o del rapporto

---

(1030) In questi termini, efficacemente, P. CORRIAS, *I contratti derivati*, cit., p. 181. Aderiscono a tale linea argomentativa, oltre agli Autori citati *supra* alla nt. 1027, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 239 ss.; L. BUTTARO, *Del gioco*, cit., p. 70.

(1031) Si fa riferimento al contributo di P. CORRIAS, *I contratti derivati*, cit., p. 180, 184 ss.

(1032) Così, puntualmente, P. CORRIAS, *I contratti derivati*, cit., p. 191. Volgendo lo sguardo ad una risalente dottrina, afferma la necessità dell'incidenza dell'alea su entrambi i contraenti anche A. BOSELLI, *Rischio*, cit., p. 785.

euro/valuta sottopongono entrambe le parti all'incertezza della loro prestazione. L'utilizzatore non è certo né dell'*an* né del *quantum* non solo dell'incremento patrimoniale determinato dall'andamento dei parametri di riferimento, ma anche del rimborso del canone della locazione finanziaria. Altrettanto incerta è la posizione della banca, la quale non può prevedere le conseguenze dell'andamento del sottostante di riferimento che potranno permetterle di ottenere canoni di importo maggiormente elevato da parte dell'utilizzatore ovvero la renderanno debitrice nei confronti di quest'ultimo del differenziale venutosi a determinare con l'incremento di valore del sottostante di riferimento.

Risolta la riconducibilità delle clausole di indicizzazione e di rischio cambio alla categoria dei contratti aleatori, resta da valutare la loro sussumibilità entro il *genus* degli strumenti finanziari derivati. Una simile riconduzione comporta infatti conseguenze di non scarso momento, specie in materia di obblighi informativi gravanti sull'intermediario nei confronti dei clienti o ancora riguardo l'emissione, la negoziazione o le procedure concorsuali.

Le definizioni di strumento finanziario derivato connesso a valute, tassi di interesse ovvero qualsiasi altra misura finanziaria contenute nel t.u.f. [art. 1, comma 2°, lett. *d*) e *j*)] permette di condurre la riconducibilità o meno alla categoria attraverso l'enfasi alla formula, relativa alla regolazione dello strumento, del «*pagamento di differenziali in contanti*». Detta formula rappresenta il principio di equilibrio del contratto derivato per cui non è possibile predeterminare né quale delle due parti sia quella destinata a ricevere il pagamento né il *quantum* che la parte debitrice è tenuta a corrispondere (1033).

Per una prima impostazione deve prendersi quale riferimento la definizione conferita da una certa dottrina ai contratti derivati, la quale pur mettendo in

(1033) Così E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 600.

evidenza che se di primo acchito non sembra esservi un minimo comune denominatore tra i vari tipi di contratti derivati (1034), con una più attenta analisi ravvisa quale loro carattere comune l'elemento della differenzialità, fondando dunque l'analisi non sul contratto derivato, bensì sulla categoria del contratto derivato, entro la quale rientrano tutti quei «*contratti di natura finanziaria consistenti nella negoziazione a termine di un'entità autonoma del differenziale emergente dal raffronto fra il "prezzo" dell'entità al momento della stipulazione e il suo valore alla scadenza pattuita per l'esecuzione*» (1035). Derivato, per siffatta impostazione, non sarebbe dunque il contratto, ma lo strumento finanziario che da questo deriva (1036).

La connessione ad altre attività finanziari sottostanti, quali titoli, merci, tassi, indici etc., non colliderebbe con il carattere derivativo del contratto, in quanto creando il differenziale danno vita ad operazioni che non sono mere operazioni

---

(1034) Come invece sostiene F. CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti derivati finanziari*, Milano, 1997, p. 2, secondo il quale sono tali quei contratti il cui valore deriva dal prezzo di un'attività finanziaria sottostante ovvero dal valore di un parametro di riferimento (indici di borsa, tassi d'interesse etc.).

(1035) Così, puntualmente, E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 8 s. Aderiscono all'orientamento S. MEUCCI, *Operatore qualificato nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva MiFID*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 2; A. PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2219; M. LEMBO, *La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche*, in *Nuovo diritto*, 2007, 512; R. BOMBARDI, *Strumenti finanziari derivati e sistema contrattuale Isda*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, p. 32; M. TRUDU, *Problematiche connesse all'uso dei contratti su strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali*, in *Fin. loc.*, 2008, p. 27. *Contra* F. REALI, *I contratti di* risk monitoring*: contratti derivati, derivati di credito,* securitization *e istituti affini*, Perugia, 2005, p. 91 ss., ad avviso del quale tale definizione non si riferisce alla categoria dei contratti derivati, «*ma alle negoziazioni a termine stricto sensu (di contratti derivati), con ciò implicitamente escludendosi, tra l'altro, tutti quei contratti derivati a contenuto opzionario o a premio*». Per l'A. si individuerebbero due tipologie ben distinte di contratti derivati: una prima ove rientrano le fattispecie della definizione di categoria dei contratti derivati cui si riferisce il Girino; una seconda nella quale «*si pongono tutte quelle fattispecie (di regola a termine) a mezzo delle quali l'obbligazione principale può gravare ambulatorialmente su l'una o sull'altra delle parti contraenti, a seconda del variare del valore sottostante - strumento finanziario, indice, tasso o altro - da cui il contratto derivato dipende (dal punto di vista esclusivamente economico), con dipendenza che si manifesta al momento della scadenza del medesimo*».

(1036) E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 10.

insistenti su un qualsiasi fondamentale, bensì operazioni caratterizzate dalla finanziarietà. Questo sarebbe un elemento insito del contratto *de quo*: qualunque strumento finanziario presuppone la costruzione e l'attivazione di un apparato negoziale, ma solo il contratto derivato coniuga negozialità e finanziarietà, è l'unico contratto che è al contempo strumento finanziario e non mezzo per acquisirne un altro. E questa unicità strutturale rende possibile l'inclusione, in seno al contratto, della componente finanziaria: non è un contratto che deve ricercare altrove la sua finanziarietà, in quanto la contiene in se stesso in virtù dello scambio non di un sottostante, ma del solo scarto di valore (1037).

Le argomentazioni testé indicate conducono ad alcune obiezioni di non scarso momento. *In primis*, è necessario partire dal dato letterale offerto dalla normativa primaria e secondaria. Il t.u.f., all'art. 1, comma 2, lett. *d*)-*j*), così come le Istruzioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia (1038), forniscono una definizione sommaria di derivato, prevedendo come fattispecie di riferimento della disciplina una categoria contrattuale e non le singole figure ad essa annoverabili (1039), siano esse atipiche o tipiche [*rectius*, nominate atipiche (1040)].

(1037) E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, II, p. 46.

(1038) La Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999, n. 229, nel "Glossario generale" definisce i contratti derivati come «*i contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa, ecc. Il loro valore "deriva" da quello degli elementi sottostanti. Costituiscono prodotti derivati, ad esempio, i* futures*, le* options*, gli* swaps*, i* forward rate agreements».

(1039) Espressamente in tal senso P. CORRIAS, *I contratti derivati*, cit., p. 199 s., il quale pone in evidenza che lo schema ordinatorio delle categorie contrattuali è sempre più diffuso nella legislazione extracodicistica, potendo far riferimento alle leggi sulla subfornitura, sull'affiliazione commerciale, sulla cessione dei crediti di impresa e sui contratti di rete. In tutte queste ipotesi viene infatti assunta come fattispecie di riferimento «*una categoria contrattuale ampia, nella quale sono suscettibili di essere annoverate diverse figure tipiche o atipiche*».

(1040) In tal senso, a proposito del contratto di *swap*, v. Trib. Civitavecchia, 8 giugno 2011 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 137.

Esaltare l'esistenza o meno di un differenziale quale elemento caratterizzante per la riconduzione alla categoria dei derivati appare secondario rispetto al ben più rilevante elemento della derivazione del valore dello strumento finanziario dal sottostante di riferimento (1041). E con specifico riferimento alle clausole in analisi, appaiono innanzitutto scorretti i richiami fatti dalla giurisprudenza di merito ai derivati di cui alle lett. *g*) e *h*) dell'art. 1, comma 2°, t.u.f., in quanto queste si riferiscono, rispettivamente, a derivati connessi a merci e derivati per il trasferimento del rischio di credito. Più precisamente, anche in ragione della condivisibile qualificazione operata dal giudice di merito, le clausole possono essere ricondotte alla categoria di strumenti finanziari derivati di cui all'art. 1, comma 2°, lett. *d*), t.u.f., ricomprendente i «*contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*"future"*),* "swap"*, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti*».

Più precisamente, in tali casi ci si troverebbe, astrattamente, dinnanzi a dei cc.dd. derivati impliciti o incorporati (o, per utilizzare il linguaggio finanziario anglosassone, *embedded*), contratti derivati acclusi ad un altro contratto, che può essere o un altro strumento derivato (è il caso delle cc.dd. filiazioni dei derivati sintetici) (1042), un altro strumento finanziario non derivato, un

(1041) Per un approfondimento sul tema, anche se con specifico riferimento agli strumenti finanziari derivati cartolarizzati denominati ETC (*Exchange-traded commodities*) sia consentito un rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Gli strumenti finanziari derivati cartolarizzati nel quadro normativo comunitario: la natura giuridica degli* Exchange Traded Commodities, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 667 ss.

(1042) Le filiazioni dei derivati sintetici si contraddistinguono per un incastro negoziale tra due segmenti che potrebbero comunque mantenere una propria autonomia giuridica e si distinguono dai derivati complessi, nei quali è la volontà delle parti che che fonde diverse tipologie realizzando un nuovo, autonomo, unitario ed inscindibile strumento finanziario

contratto di natura bancaria o creditizia ovvero un contratto di tutt'altra natura (1043).

La presenza di una componente aleatoria non vale di per sé a stravolgere la causa concreta della struttura contrattuale cui accede. Sarà perciò necessario valutare la singola fattispecie e ravvisare se, nonostante la componente aleatoria, il contratto mantiene la propria precipua funzione creditizia o se, invece, dà luogo a prodotti bancario-finanziari complessi in cui componente di credito e componente di investimento coesistono mantenendo ciascuna la propria autonomia (1044).

---

derivato. L'esigenza di adattamento all'evoluzione dei mercati ha portato alla creazione di contratti derivati che si attestano come varianti ai contratti archetipi di *swap*, *option* e *future*. Va precisato che queste sono categorie aperte, in quanto non è concepibile, per loro stessa natura, una classificazione chiusa dei contratti derivati. Per quanto riguarda le filiazioni dei *futures*, prassi e dottrina operano una prima distinzione tra *futures* standardizzati, per i quali esistono formulari di contratto-tipo, e non standardizzati, che vengono ricompresi nella categoria dei contratti derivati *over the counter* (*breviter* OTC). Questa distinzione però non esaudisce la necessità di trovare le caratteristiche proprie di ciascuna manifestazione presente nella prassi finanziaria, e pertanto va abbandonata. Tra le configurazioni più diffuse troviamo l'*interest rate future*, il *currency future*, lo *stock index financial future*, il *forward rate agreement*, il *brake forward contract*. Molto più diffuse nella prassi finanziaria sono le filiazioni dell'*option*, dovuto anche alla naturale elasticità di questa tipologia di contratto derivato. Tra le principali si devono menzionare l'*option* convertita, la *synthetic option*, l'*interest rate cap option*, l'*interest rate floor option*, l'*interest rate collar option*, il *currency option*, l'opzione convertibile, la *barrier* o *knock-out option*, la *knock-in option*, l'*hedge warrant*. Per quanto riguarda le filiazioni dello *swap*, risulta sensazionale la velocità con cui queste si sono sviluppate, considerando che questo contratto derivato è nato solamente meno di trenta anni fa. Tra le principali filiazioni vi sono l'*asset swap*, il *currency swap*, il *domestic swap*, le sottoderivazioni di *swap*, lo *swap* elettrico, l'*equity swap*. Per una più approfondita analisi cfr. E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 67 ss.

(1043) Sul tema cfr. E. GIRINO, *I derivati "impliciti": virtù e vizi della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 31, 2016, spec. p. 2.

(1044) Cfr. E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 28, secondo cui « *La "prova di resistenza" consiste, invece, nel misurare in concreto quel livello di autosufficienza, cioè calcolare, al di là della conformazione della clausola, se la stessa comporti l'assunzione o meno del completo rischio derivativo insito nel supposto derivato. Tanto potrà accertarsi ogni qualvolta la clausola risulti disancorata dalle pattuizioni del negozio principale obbligando il cliente ad un esborso aggiuntivo e diverso da quello dovuto per l'estinzione del contratto, un esborso cioè che si sovrapponga al secondo rendendo egualmente evidente (più che l'incorporazione) la sovrapposizione del derivato. Anche tale prova non potrà condursi in termini astratti e meccanicistici, occorrendo invece, caso per caso, penetrare l'essenza stessa della*

Nei contratti di finanziamento contenenti una clausola *floor* il fatto che la clausola influenzi l'ammontare degli interessi ha indotto alcuni Autori a ravvisare un contratto derivato implicito (di *interest rate floor*), incorporato nel contratto *host* di finanziamento. Ciò perché la clausola modifica i flussi finanziari sulla base dell'andamento del tasso di interesse (1045). Tale soluzione, però, non risulta persuasiva.

Così come per le clausole di indicizzazione, deve ritenersi che l'ipotetico contratto derivato risulta del tutto inscindibile dal contratto di finanziamento, esiste in quanto esista quel flusso di pagamento ed è concepito quale sua diretta funzione. *Simul stabunt, simul cadent*: la clausola di indicizzazione e la clausola *floor* esistono perché esiste il flusso di pagamento, l'operazione è specificamente costruita al fine di adeguare il valore di una parte della rata (la quota interessi) al parametro di riferimento. In assenza di quella somma il supposto derivato cesserebbe di esistere e, conseguentemente, in caso di estinzione del rapporto l'ipotetico derivato cesserebbe di esistere, senza che sul finanziato gravi alcun obbligo di riconoscere al finanziatore un corrispettivo per l'anticipata estinzione del supposto derivato implicito (1046).

Diverso, almeno astrattamente, deve ritenersi il discorso relativo alla clausola di rischio cambio.

Anche qui è stata ravvisata l'esistenza di una derivato incorporato, ravvisando «*una componente di rischio aggiuntiva ed esogena alla formazione del*

---

clausola ed accertarne il grado di correlazione o di dipendenza rispetto alle previsioni del contratto ospite».

(1045) Così F. SARTORI, *Sulla clausola* floor *nei contratti di mutuo*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 704 s.; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso* floor *ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 30 ss. *Contra*, E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 19, in quanto, anche a voler salvaguardare l'idea di un derivato incorporato, la componente derivativa insiste sul valore della remunerazione del prodotto bancario, ma non altera il fondamento e la natura del contratto di finanziamento.

(1046) E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 17 ss. Nello stesso senso v. anche AN. DALMARTELLO, *Note sulla* «cláusula suelo», cit., p. 768 s.

tasso di interesse in quanto promanante dal risultato di un'operazione derivativa su cambi scindibile dal contratto di base, ancorché ancillare a quest'ultimo e in esso incorporata sul piano formale» (1047).

Ad antipodiche conclusioni è, invece, pervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha escluso che le operazioni di cambio nell'ambito dei finanziamenti in valuta possano costituire servizi di investimento (1048). Operazioni di cambio realizzate nell'ambito della concessione di un finanziamento in valuta estera costituiscono attività puramente accessorie alla concessione e al rimborso del prestito. Infatti, dette operazioni fungono unicamente da modalità di esecuzione delle obbligazioni essenziali di pagamento del contratto di finanziamento. Poiché il finanziato mira solamente ad ottenere fondi in previsione dell'acquisto di un bene o di un servizio e non a gestire un rischio di cambio o a speculare sul tasso di cambio di una valuta estera, le operazioni di cui trattasi non hanno lo scopo di realizzare servizi di investimento.

Dette clausole di indicizzazione fanno sì che l'ammontare del prestito sia stabilito in base al tasso di acquisto della valuta estera applicabile al momento dell'erogazione dei fondi, mentre l'importo delle mensilità viene determinato sulla base del tasso di vendita di tale valuta applicabile al momento del calcolo di ciascuna mensilità. Trattasi, pertanto, solo di una modalità di calcolo dell'interesse (1049), senza che il rischio finanziario dipendente dalla parametrizzazione incida sull'alea giuridica del contratto e richieda

(1047) Arbitro Bancario-Finanziario – Collegio di Milano, 8 luglio 2013, n. 3645, cit.

(1048) Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 3 dicembre 2015, causa C-312-14.

(1049) Nel medesimo senso cfr. Trib. Udine, 18 marzo 2013; Trib. Udine, 21 ottobre 2014; Trib. Udine, 27 ottobre 2014. V. anche F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione*, cit., p. 375, che qualifica siffatte clausole come una «*modalità tecnica del contratto di finanziamento che rimane priva di autonomia causale*» che non rappresenta un contratto autonomo rispetto al finanziamento.

l'applicazione della disciplina relativa alla negoziazione di strumenti finanziari.

Perché però questa impostazione possa apparire coerente con quanto da ultimo introdotto dalla direttiva MCD (1050) e oggi recepito nel t.u.b. agli artt. 120-*septies*, comma 2°, lett. *m*), e 120-*quaterdecies* t.u.b., dove è indubbio che le componenti di indicizzazione incidano sul costo del credito, ma esse sono assorbite dalla preponderante funzione creditizia del contratto di finanziamento in valuta, deve nuovamente porsi l'accento sulla struttura della componente derivativa e sulla sua astrazione pura.

Qualora la precoce estinzione del debito obbligasse il cliente al versamento di un maggior differenziale, inclusivo dell'attualizzazione dell'importo teoricamente dovuto in caso di estinzione del mutuo alla sua scadenza naturale, l'assimilazione della clausola al derivato autonomo sarebbe innegabile (1051), tanto da preferire l'espressione di derivato «*accostato*» o «*sovrapposto*» a quella di «*implicito*» (1052).

Nascono qui i problemi relativi alla trasparenza del prodotto creditizio. La corretta declinazione delle regole applicabili in presenza di una componente derivativa nei contratti di finanziamento e sull'assorbimento delle regole in materia di contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento da parte di quelle disciplinanti i contratti bancari può ricavarsi dalla lettera dell'art. 23, comma 4°, t.u.f. e dalle *Disposizioni di Vigilanza* della Banca d'Italia «*Trasparenza delle operazioni dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*».

Se la prima norma dispone icasticamente che in ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI t.u.b., le

(1050) Cfr. D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 203.

(1051) Così E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 23.

(1052) Ancora, E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 24.

seconde ampliano il discorso a tutti i contratti di finanziamento – anche non ai consumatori – ponendo l'accento sulla finalità del contratto preponderante.

Difatti, in materia di prodotti composti (*scilicet* quegli schemi negoziali composti da due o più contratti tra loro collegati che realizzano un'unica operazione economica), le *Disposizioni* statuiscono che esse si applicano all'intero prodotto nel caso in cui la sua finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento, ma creditizia.

Di conseguenza, la clausola deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile, indicando la modalità di funzionamento della clausola e la relativa distribuzione del rischio di cambio, nonché una simulazione dell'impatto delle possibili oscillazioni del tasso di cambio sull'importo dovuto dal finanziato.

La tesi del «*criterio della prevalenza delle finalità*», che scongiura una eccessiva frammentarietà disciplinare, con la conseguenza che le norme del t.u.b. assorbono quelle del t.u.f., essendo unitaria la causa del contratto (1053), appare persuasiva e coerente nel caso in cui la componente derivativa non sia separabile dall'intera operazione contrattuale, ma potrebbe non essere sufficiente – specie nei confronti di un consumatore – nel caso in cui l'incorporazione sia solo apparente e formale e propriamente concepita al fine di sottrarre il derivato alla disciplina relativa agli strumenti finanziari nell'intento di distrarre l'interprete sulla prevalente funzione creditizia del negozio.

A giudizio di chi scrive, la sovrapposizione di un contratto derivato, autonomo, tale da sopravvivere al contratto di finanziamento *host*, farebbe invece venire meno l'unitarietà causale che giustifica la teoria dell'assorbimento e induce a ritenere che l'ente finanziatore sia gravato, oltre che dalla disciplina della trasparenza bancaria, dagli oneri informativi relativi

(1053) F. SARTORI, *Sulla clausola* floor, cit., p. 714 s.

alla negoziazione di uno strumento finanziario derivato. L'operazione economica non può più dirsi unica nel momento in cui il contratto derivato perdura anche dopo l'estinzione del contratto di credito, non sussistendo il collegamento funzionale e teleologico con quest'ultimo contratto che produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale.

Da ultimo, sotto un profilo prettamente civilistico, il contratto di finanziamento indicizzato in tal maniera, avendo natura non commutativa, ma aleatoria, non è soggetto – nell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta – agli istituti della risoluzione e della *reductio ad aequitatem* (1054).

4. ***La cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*** **–** La disciplina italiana pone un rilevante limite nell'attività finanziaria suscettibile di essere oggetto di cartolarizzazione: crediti pecuniari, sia esistenti che futuri (art. 1, comma 1°, l. 130/1999).

L'esclusività dell'oggetto di cessione per una società veicolo individuata dalla disciplina di cui alla l. 130/1999 ha indotto più di un autore non solo a mettere fortemente in discussione la possibilità di ricondurre entro tale disciplina quegli strumenti che non cartolarizzano un credito, ma anche a dubitare della loro liceità (1055), di talché tutte le operazioni di cartolarizzazione aventi ad oggetto beni diversi dai crediti pecuniari dovrebbero essere analizzate ritenendo che si tratti di *securitization* in senso

(1054) Così, per i finanziamenti indicizzati all'ECU, Cass., 29 maggio 2012, n. 8548, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 628 ss., con nota di AN. DALMARTELLO, *Osservazioni a Cass., 25 maggio 2012, n. 8548: mutuo bancario,* ius variandi *e tasso di interessi*; Cass., 25 novembre 2002, n. 16568; Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1093 ss., con nota critica di F. DI MARZIO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU*; Trib. Torino, 15 ottobre 1996, *ivi*, p. 1409 ss., con nota di A. CERVINI, *Risoluzione per eccessiva impossibilità sopravvenuta dei mutui in valuta*; Trib. Treviso, 26 agosto 1996.

(1055) Sulle *credit linked notes*, v. *supra*, § 2.2 del presente capitolo.

lato, da intendersi non nell'accezione fornita dal legislatore italiano bensì in quella economico-finanziaria di un'attività finanziaria indivisa tramutata in un'attività divisa e vendibile. Anche nel voler accogliere un'interpretazione ampia della disciplina fornita dalla l. 130/1999, il cui oggetto è individuato nella cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti che futuri, appare impraticabile una riconduzione alla categoria di quelle fattispecie più esotiche conosciute dai mercati finanziari (1056).

(1056) Si richiama qui quanto già illustrato *supra* alla nt. 61, e in particolare le considerazioni di G. GUERRIERI, *sub* art. 1 l. 130/1999, cit., secondo cui «*si deve ritenere che non sussista alcun ostacolo ad ammettere* (…) *operazioni di cartolarizzazione realizzate avvalendosi del meccanismo della surrogazione convenzionale della titolarità dei crediti ceduti, o mediante costituzione di un* trust *avente ad oggetto i crediti ceduti, di cui gli investitori risultino titolari* pro quota. *Così come, d'altra parte, nulla può impedire la realizzazione di operazioni di securitization poste in essere mediante un negozio di cessione dei crediti ricadente nell'àmbito di applicazione di normative diverse dalla l. n. 130/99, o mediante la cessione di attivi diversi dai crediti. L'unica conseguenza derivante dalla mancata adozione delle forme previste dalla l. n. 130/99 sarà rappresentata dall'impossibilità di applicare la disciplina della legge speciale e dalla sottoesposizione dell'operazione al regime giuridico proprio degli istituti adottati*». Ciò comporta che la società veicolo venga costituita secondo la giurisdizione avente una legislazione idonea all'operazione, ad esempio, nelle Bermuda (cfr. C. RUCELLAI, *Cartolarizzazione del rischio assicurativo*, in *Dir. econ ass.*, 2003, p. 784), nell'isola di Jersey o, ancora, in Lussemburgo. In particolare, le operazioni di cartolarizzazione di attività di diritto lussemburghese - disciplinate dalla *loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation* - sono basate sul concetto della proprietà fiduciaria e consentono, attraverso la società veicolo, di cartolarizzare ogni tipo di attività e di rischio avente valore certo e ragionevole, volta a generare un reddito futuro, ivi espressamente ricompresi i beni mobili, superando così gli stringenti limiti oggettivi previsti dalla nostra l. 130/1999. L'art. 53, comma 1, legge 22 marzo 2004 sulle cartolarizzazioni dispone che: «*Sont susceptibles de faire l'objet d'une titrisation, les risques liés à la détention de tous biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels ainsi que ceux résultant d'engagements assumés par des tiers ou inhérents à tout ou partie des activités réalisées par des tiers*». La legge lussemburghese prevede due tipologie di veicolo di cartolarizzazione: le società di cartolarizzazione (generalmente costituite sotto forma di *société anonyme* o di *société à responsabilité limitée*) e i fondi di cartolarizzazione, costituiti sotto forma contrattuale e privi di personalità giuridica, gestiti da una società di gestione avente personalità giuridica. Ciascun veicolo può prevedere svariati patrimoni destinati per ciascuna operazione di cartolarizzazione. I beni e le attività attività costituenti ciascun patrimonio sono utilizzabili esclusivamente per soddisfare i diritti degli investitori o per soddisfare i creditori relativi a quella medesima sezione. Per alcuni interessanti spunti di riflessione sulla legge lussemburghese sulle cartolarizzazioni cfr. P. PANICO, *Il contratto fiduciario in diritto*

Vi sono però alcune eccezioni. Eccezion fatta per la cartolarizzazione riassicurativa (1057), ai fini del presente lavoro emerge la legge 23 novembre 2001, n. 410, recante «*Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento*» che disciplina le operazioni di cartolarizzazione di beni immobili.

Così, dopo l'emanazione di diversi provvedimenti che, comunque, non prevedevano la cartolarizzazione (1058) la l. 410/2001 ha introdotto un istituto che ha modificato profondamente la disciplina della dismissione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici (1059), estesa successivamente, con la l. 27 dicembre 2002, n. 289, agli enti pubblici territoriali (1060).

La struttura finanziaria dell'operazione non è particolarmente dissimile dalle tradizionali cartolarizzazioni di crediti (tant'è che, per quanto compatibili, si applicano le disposizioni della l. 130/1999). I principali tratti distintivi possono rilevarsi nell'ambito soggettivo dell'*originator* (lo Stato o altri enti pubblici), nell'identificazione dei beni che possono formare oggetto di cartolarizzazione (operata dall'Agenzia del Demanio e successivamente trasferiti dallo Stato alla società veicolo) e nella costituzione della società veicolo – di diritto privato – da parte dello Stato. Inoltre, l'attività di *servicing* può essere svolta, oltre che da banche e intermediari finanziari, anche dallo Stato e altri enti pubblici.

---

lussemburghese, in A. BARBA – D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012, p. 176.

(1057) Su cui cfr. *antea*, al cap. I, § 2, spec. nt. 59.

(1058) Si vedano il d.lgs. 16 febbraio 1996, n. 104; l'art. 3, comma 109°, l. 23 dicembre 1996, n. 662; l'art. 12, comma 2°, l. 15 maggio 1997, n. 127; l'art. 7 l. 28 maggio 1997, n. 140; l'art. 19, comma 1°, l. 27 dicembre 1998, n. 448

(1059) Così F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla P.A. nell'ambito della cartolarizzazione immobiliare*, in *Contr.*, 2007, p. 764 s.

(1060) A cui si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla l. 410/2001. La tematica è stata approfondita da P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 156 ss.

Il patrimonio immobiliare pubblico viene così ceduto a una società veicolo (la Società di Cartolarizzazione degli Immobili Pubblici – SCIP s.r.l. o, con la l. 15 giugno 2002, n.112, la Patrimonio dello Stato s.p.a.) dietro corresponsione, a titolo definitivo, di un prezzo iniziale, sostenuto grazie a finanziamenti bancari o all'emissione di titoli obbligazionari (1061).

(1061) Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 308, ha però rilevato che la SCIP, sebbene abbia natura formalmente privatistica (essendo costituita secondo il modello comune delle società di capitali), ha un carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche ed è soggetta a una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. I penetranti poteri riservati dal legislatore al Ministero dell'Economia e delle Finanze, così come poi da questi concretamente esercitati con i decreti, vanificano, invero, del tutto l'autonomia della SCIP, facendo emergere peraltro in modo palese l'intento di avvalersi di tale strumento per esercitare con più ampia libertà gestionale le funzioni proprie dell'amministrazione medesima. La società in argomento opera, infatti, completamente secondo gli indirizzi e le direttive specifiche e puntuali impartiti dal Ministero predetto. Ciò risulta evidente laddove si consideri che il prezzo dovuto dalla SCIP a fronte del trasferimento degli immobili in suo favore è determinato con il decreto ministeriale di trasferimento; il capitale necessario per tale operazione viene reperito dalla SCIP tramite l'emissione di titoli su mercati regolamentati (ovvero mediante finanziamenti da parte del settore bancario e finanziario), le cui caratteristiche e le cui modalità di collocamento sono dettagliatamente disciplinate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, fino ad imputare al Ministero stesso l'attività di collocamento dei titoli emessi dalla SCIP e ad addossare al medesimo la copertura dei rischi connessi alla variabilità del tasso di interesse e dell'eventuale tasso di cambio sui titoli stessi. La SCIP procede alla rivendita sul mercato degli immobili trasferitile, secondo criteri vari definiti dal legislatore, ma, soprattutto, secondo dettagliate modalità e procedure, che giungono a regolare nei dettagli, tra l'altro, il concreto esperimento delle aste da tenersi per la vendita, il prezzo da porsi a base d'asta, la partecipazione ad esse dei soggetti interessati, i casi di aggiudicazione provvisoria e definitiva, l'esercizio dei diritti di prelazione, le ipotesi di decadenza dall'aggiudicazione, i termini per la stipula dei contratti conseguenti, i modi di individuazione (con procedura competitiva) degli operatori, cui la SCIP affidi la vendita degli immobili non abitativi. La SCIP, benché formalmente titolare degli immobili trasferitile, delega ogni atto di gestione degli immobili agli enti originari proprietari (che, peraltro, fino alla rivendita, sono responsabili a tutti gli effetti ed a proprie spese per gli interventi necessari di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente), in forza di contratti di mandato non devoluti alla sua autonomia, in quanto da stipularsi secondo la puntuale individuazione di contenuti effettuata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, o, comunque, in forza di una apposita delega *ex lege*. La SCIP non ha nemmeno autonomia alcuna circa le modalità di gestione della propria liquidità, in quanto, ai sensi dell'art. 5 del d.m. Economia e Finanze 21 novembre 2002 sul «*Trasferimento alla società di cartolarizzazione dei beni immobili appartenenti agli enti previdenziali e allo Stato*

I beni ceduti alla società veicolo, nonché ogni altro diritto acquisito nell'ambito dell'operazione di cartolarizzazione, costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società stessa e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società ovvero dai concedenti i finanziamenti da esse reperiti (1062).

Il rimborso dei titoli così emessi è sostenuto dalla successiva vendita dei beni oggetto della dismissione del pubblico patrimonio, attraverso strumenti ad evidenza pubblica che possano consentire il massimo ricavo possibile.

Dubbi interpretativi sono sorti dal tenore letterale della legge, dal momento che essa parla di trasferimento degli immobili e di immissione nel possesso

---

italiano», accende un nuovo conto presso la Tesoreria centrale dello Stato, nel quale sono versate le somme relative all'operazione. A scapito ulteriore della sua autonomia imprenditoriale, nelle procedure per la vendita dei beni immobili a carattere commerciale, trasferiti alla società di cartolarizzazione, le modalità di esercizio dell'eventuale diritto di prelazione in relazione a detti immobili possono non essere accettate dalla SCIP qualora questa ritenga le offerte non congrue e di non procedere all'aggiudicazione definitiva dandone comunicazione al notaio incaricato dell'espletamento della relativa asta a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno da inviarsi entro i sette giorni successivi all'aggiudicazione provvisoria, ma deve preventivamente acquisire il parere in merito della Patrimonio della Stato S.p.A. Al fine di ottimizzare il prezzo complessivo di vendita degli immobili rimasti invenduti ad esito di aste in cui sia previsto un prezzo base d'asta, in alternativa alla previsione precedente in merito ad una offerta in vendita degli immobili senza prezzo base d'asta, può invece provvedere a suddividere tali immobili rimasti invenduti in diversi lotti comprensivi di uno o più immobili secondo criteri di omogeneità strutturale e/o di ubicazione geografica, ma la composizione e la strategia di vendita, ivi inclusa la connessa determinazione di un eventuale prezzo base d'asta, sono sottoposte, con la necessaria documentazione di supporto, alla preventiva approvazione della Patrimonio dello Stato S.p.A., che è tenuta a fornire le proprie indicazioni entro venti giorni, inutilmente decorsi i quali l'approvazione si dà per ottenuta. Per una panoramica delle principali tematiche di natura privatistica v. A. BUSANI, *Alcuni aspetti civilistici delle operazioni di cartolarizzazione immobiliare*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Esperienze e prospettive*, Milano, 2006, p. 95 ss.; D. ARENA, *La cartolarizzazione dei crediti e dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato: alcune riflessioni*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1091 ss.

(1062) F. REALI, *Pubblica amministrazione e fattispecie contrattuali atipiche: la cartolarizzazione degli immobili*, in *Vita not.*, 2002, p. 1734 ss.

degli stessi. Se alcuno in dottrina ha ritenuto che la proprietà fosse mantenuta in capo all'ente pubblico, mentre la società di cartolarizzazione è tenuta esclusivamente alla vendita degli stessi (1063), suffragando la tesi col fatto che le società veicolo sono esonerate dalla garanzia per vizi e per evizione, che continua a gravare sugli enti pubblici originariamente proprietari.

I dubbi interpretativi vengono superati con il decreto interministeriale Economia e Finanze e Lavoro e Politiche sociali del 30 novembre 2001, vertente su «*Trasferimento alla società di cartolarizzazione, all'uopo costituita, dei beni immobili appartenenti a enti soggetti a vigilanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, individuati dai decreti dell'Agenzia del demanio*», che dispone sia che la SCIP è immessa «*nel possesso giuridico dei beni immobili trasferiti*» (art. 2), sia che l'ente cedente mantiene «*la detenzione qualificata ed il controllo dei beni immobili trasferiti*» fino alla vendita finale di tali beni (all. 4).

Come è stato precisamente osservato (1064), la scelta del legislatore non si riferisce ad altro se non a rendere palese che la fattispecie complessa *de qua* corrisponde a quella di cui all'art. 1140, comma 2°, c.c., configurando un *constitutum possessorium*.

Operazioni di cartolarizzazione così strutturate perseguono il fine di ottenere il massimo gradimento da parte delle più influenti agenzie di *rating*, mirando ad allettare gli investitori non solo per l'acquisto dei titoli, ma anche degli immobili stessi, in particolar modo nei confronti dei conduttori cui è attribuito un diritto di opzione e prelazione – salvo che si tratti degli immobili di pregio individuati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con apposito decreto, su proposta dell'Osservatorio sul patrimonio immobiliare degli enti previdenziali, di concerto con l'Agenzia del territorio *ex* art. 3, comma 13°, l.

(1063) G.F. FERRARI, *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. L'evoluzione del dato normativo nell'ordinamento italiano*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare*, cit., p. 12.

(1064) Da F. REALI, *Pubblica amministrazione*, cit., p. 1721, nt. 18.

430/2001–, che consente loro di godere di uno sconto del 30 per cento sul valore di mercato del bene (1065).

Inoltre, la garanzia per vizi ed evizione a carico dello Stato altro non è che una decisione dell'agire politico, per fornire una garanzia statale diretta e accrescere il *rating* dei titoli stessi. Unico proprietario del bene immobile sarà solo ed esclusivamente la società veicolo (1066).

I beni immobili individuati dall'Agenzia del Demanio vengono trasferiti a titolo oneroso alle società veicolo con uno o più decreti di natura non regolamentare del ministro dell'Economia e delle Finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. L'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile (1067). Ciò ha causato non pochi dubbi interpretativi (1068). Deve ritenersi che questa altro non sia che un'applicazione del principio già sancito dall'art. 829 c.c. in materia di sdemanializzazione. Il decreto del ministro dell'Economia e delle Finanze è pertanto un atto formale destinato alla sclassificazione di un bene altrimenti indisponibile.

Particolari difficoltà si rinvengono nell'art. 7, comma 10°, l. 112/2002, a norma del quale il trasferimento alla Patrimonio dello Stato s.p.a. non modifica il regime giuridico, previsto dagli artt. 823 e 829, comma 1°, c.c., dei beni demaniali trasferiti e nell'art. 84, commi 3° e 4°, l. 289/2002, che ripete la medesima previsione anche per i beni immobili cartolarizzati dagli enti

---

(1065) Sulla rivendita degli immobili da parte delle società veicolo cfr. S. TONDO, *Impianto della procedura per la dismissione del patrimonio immobiliare di enti pubblici*, in *Vita not.*, 2003, p. 122 ss.

(1066) Ancora, F. REALI, *Pubblica amministrazione*, cit., p. 1727 s.

(1067) Inoltre, con i medesimi decreti ministeriali sono disciplinati i casi in cui i titoli emessi e i finanziamenti reperiti dalle società veicolo beneficiano in tutto o in parte della garanzia dello Stato e sono specificati i termini e le condizioni della stessa. Si veda *antea*, § 2.4 del presente capitolo, quanto esposto in materia di GACS.

(1068) Sulla efficacia dichiarativa dei decreti, che possono trasferire solo beni per cui vi sia già stato il passaggio al regime del patrimonio disponibile v. O.M. CALSOLARO, *Riflessi della cartolarizzazione sugli statuti dominicali pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 792.

pubblici territoriali, i quali possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società veicolo con atto pubblico o scrittura privata autenticata, previa delibera dell'organo competente degli enti proprietari secondo il rispettivo ordinamento (1069). La delibera ha il contenuto previsto per i decreti ministeriali che dispongono la cessione dei beni individuati dall'Agenzia del Demanio ai sensi dell'art. 3 l. 410/2001.

Se, *in primis*, deve rilevarsi che il riferimento all'art. 829, comma 1°, c.c. sia frutto di una imprecisione nel linguaggio legislativo, dovendo piuttosto riferirsi al secondo comma del medesimo articolo, che disciplina il passaggio dei beni dal demanio degli enti territoriali al patrimonio degli stessi (1070), deve inoltre ritenersi che la previsione non contrasti il fine di sdemanializzazione già perseguito con la l. 410/2001.

L'atto formale è sostituito dall'atto pubblico o scrittura privata autenticata di trasferimento dei beni immobili oggetto di cartolarizzazione alla società veicolo, previa deliberazione dell'organo competente. La S.C. ha, difatti, in più occasioni affermato che la sdemanializzazione può avvenire anche in assenza delle formalità previste dalla legge, ma debbono sussistere atti univoci, concludenti e positivi della pubblica amministrazione, tali da presentarsi incompatibili con la volontà di conservare al bene la sua destinazione pubblica (1071).

(1069) Cfr. O.M. CALSOLARO, *Riflessi della cartolarizzazione*, cit., p. 792 s.

(1070) P. MESSINA, *Profili evolutivi*, cit., p. 160, nt. 64.

(1071) Cfr. Cass., 3 giugno 2008, n. 14666; Cass., 19 febbraio 2007, n. 3742; Cass., 30 agosto 2004, n. 17387, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 2023 (s.m.). *Contra*, Cass., 31 agosto 2007, n. 18345, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 339 (s.m.). In dottrina deve segnalarsi la posizione di, O.M. CALSOLARO, *Riflessi della cartolarizzazione*, cit., p. 791, il quale ravvisa che «*lo Stato, che in relazione ai beni demaniali sarebbe legato alla collettività (titolare di un diritto soggettivo assoluto su quei beni) da un rapporto di mandato, svolgerebbe per il tramite del suo braccio operativo (…) quei compiti di gestione e valorizzazione: nessuna cessione nel senso civilistico del termine, piuttosto, una riorganizzazione interna all'Amministrazione stessa, sempre però rispettosa del diritto spettante alla collettività: se si vuole, una sorta di "sostituzione del mandatario" (agevolata dalla natura di ente*

Da ultimo, debbono segnalarsi ulteriori profili problematici sotto l'aspetto della giurisdizione sulle controversie vertenti sulla materia (1072).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (1073) hanno da ultimo affermato che la materia della cartolarizzazione non è oggetto di una ipotesi di giurisdizione esclusiva, sicché la spettanza al giudice ordinario (1074) o al

---

pubblico del sostituto) il quale, nella fattispecie, subentra allo Stato nell'esercizio dei medesimi poteri di vigilanza e controllo a tutela del godimento pieno ed indisturbato del diritto della collettività».

(1072) Su cui v. G.F. FERRARI, *La cartolarizzazione*, cit., p. 14 s.; C. DEODATO, *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Profili di tutela giurisdizionale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare*, cit., p. 55 ss.; F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c.*, cit., p. 765 ss., con ampi richiami giurisprudenziali.

(1073) Cass., SS.UU., 22 aprile 2013, n. 9692. Nel caso di specie il contrasto tra le parti atteneva alla determinazione del prezzo contenuto nella offerta di acquisto inoltrata alla conduttrice. L'attrice si è rivolta al giudice ordinario perché il prezzo offertole per l'esercizio del diritto di opzione non corrispondeva a quello di mercato, come previsto dalla l. 430/2001, non essendo inoltre l'immobile in questione di pregio. Così come il decreto con cui il ministro dell'Economia e delle Finanze individua gli immobili di pregio presenta un contenuto di discrezionalità pubblicistica (sia pure in presenza di criteri fissati dall'art. 3, comma 13°, l. 430/2001), a fronte del quale i conduttori delle unità interessate vantano un interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, egualmente deve ritenersi per il provvedimento di determinazione del prezzo, contenuto nell'offerta effettuata al conduttore dell'immobile ai fini dell'esercizio del diritto di opzione, con conseguente esclusione della giurisdizione del giudice ordinario. Difatti, resta preclusa alla giurisdizione ordinaria la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità. Pertanto anche l'errore tecnico, addebitato all'amministrazione in attività di discrezionalità pubblicistica e relativo ad atti di accertamento può essere fatto valere dall'interessato solo per il tramite di un vizio di legittimità dell'atto, ma non domandando al Giudice Ordinario un sindacato di merito di tipo sostitutivo del giudizio espresso dalla pubblica amministrazione. In tal senso anche F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c.*, cit., p. 767.

(1074) Così Cass., SS.UU., 2 dicembre 2010, n. 24417, secondo cui appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia promossa dall'erede di un donante per far valere il suo diritto soggettivo all'adempimento, da parte dell'ente pubblico donatario, dell'onere modale di destinazione da cui era stata gravata la liberalità di un immobile, impugnando l'atto di aggiudicazione di beni a seguito della procedura per la vendita in blocco del portafoglio immobiliare di una società di cartolarizzazione, nel quale era incluso il predetto immobile; Trib. Roma, 5 giugno 2006, in *Contr.*, 2007, p. 759 ss., con nota di F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c.*, cit., secondo cui il privato può adire l'Autorità giudiziaria ordinaria per chiedere l'emissione di una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. che produca gli effetti del contratto non concluso con la società di cartolarizzazione nell'esercizio

giudice amministrativo (1075) della cognizione delle controversie che a quel campo attengono deve essere stabilita secondo l'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio.

del diritto di prelazione, previo versamento del prezzo quale condizione dell'effetto traslativo della pronunzia.

(1075) Oltre al caso descritto *supra* (alla nt. 1073), trattato da Cass., SS.UU., 22 aprile 2013, n. 9692, cit., deve segnalarsi Cons. Stato, 11 aprile 2014, n. 1781, che riforma TAR Lazio 31 maggio 2013, n. 5500, in ordine al silenzio serbato dall'amministrazione sulla diffida per la stipulazione di contratto di compravendita di immobile; Cass., SS.UU., 12 marzo 2007, n. 5593, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 529 ss., secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti le procedure di rivendita di immobili pubblici cartolarizzati. V. anche Cons. Stato, 26 settembre 2008, n. 4651, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2397 (s.m.).

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.VV., *Atti del convegno Paradigma: La nuova disciplina del credito fondiario: contratti e modalità di erogazione*, Milano, 1994.

AA.VV., *Atti della Prima Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Milano, 1962.

AA.VV., *Economia degli intermediari finanziari*, Milano, 1994.

AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma 31 gennaio 1997, *Quaderni di ricerca della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999.

AA.VV., *I contratti di impresa,* Milano, 1993.

AA.VV., *Il consumatore nell'era della condivisione*, Roma, 2015.

AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Roma, 2008.

AA.VV., *Il* leasing. *Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975.

AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Quad. n. 6, 2003.

AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987.

AA.VV., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, Milano, 2009.

AA.VV., *Legge 30 aprile 1999, n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti, Commentario* a cura di A. MAFFEI ALBERTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000.

AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007.

AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capiriglione*, I, 2010.

AA.VV., *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, LVIII, *In memoria di Lino Salis*, II, Torino, 2000.

AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006.

AA.VV., *Studi in onore di Pietro De Vecchis*, I, Roma, 1999.

ABBATE G., *Credito minerario*, in *Enc. giur.*, XI, Milano, 1962.

ABRIANI N. (a cura di), *Diritto commerciale*, Milano, 2011.

AGABITINI C., *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015.

AGOSTINELLI R., *Le operazioni di* swap *e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1997.

AGRESTI G., *Le norme sui contratti*, in P. FERRO LUZZI – G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, III, Milano, 1996.

ALAGNA S., *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALLEGRI V., *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano 1984.

ALPA G. – ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

ALPA G. – BESSONE M., *Elementi di diritto privato*, Bari, 2001.

ALPA G., *"Ordinamento civile" e "principi fondamentali" nella recente giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Rass. for.*, 2004.

ALPA G., *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contr.*, 2001.

ALPA G., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002.

ALPA G., *Mercati mondiali in crisi. Ragioni del diritto e cultura globale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009.

ALPA G., *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr.*, 2003.

AMATO C. – PONZANELLI G. (a cura di), Global law v. local law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006.

AMATO MANGIAMELI A.C. (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006.

AMATO MANGIAMELI A.C., *L'identità tra glocalizzazione e progresso. Spunti introduttivi*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006.

AMBROSINI S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Il caso.it*, 2016.

AMENDOLA A., *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del diritto*, Napoli, 2003.

AMOROSINO S. – DESIDERIO L. (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Milano, 2006.

AMOROSINO S., *Il credito agevolato nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca merc. fin.*, I, 1995.

AMOROSINO S., *Rilevanze pubblicistiche dell'attività di* rating *finanziario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013.

ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.

ANGELONE M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012.

ANGELONE M., *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012.

ANGELONI M., *Il* trust receipt *nella prassi bancaria anglosassone*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1939.

ANGUITA RIOS R.M., *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, 2006.

ANTONINI E., *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1964.

ARCARI F., *Indici di anomalia del* lease back, in *Contr.*, 2008.

ARENA D., *La cartolarizzazione dei crediti e dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato: alcune riflessioni*, in *Giur. mer.*, 2003.

ASCARELLI F., *Operazioni atipiche di raccolta del risparmio*, Firenze, 1984.

ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1958.

ASCARELLI T., *La disciplina delle operazioni di assicurazione, di capitalizzazione e di gestione fiduciaria*, in *Ass.*, I, 1934.

ASQUINI A., *Titoli di credito*, Padova. 1966-1997.

ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *L'impatto di Basilea 2 sull'attività dei confidi*, in *Bancaria*, 9, 2002.

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*[3], Bologna, 2009.

ASTONE F., *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione «negativa» e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di Cass. SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3497)*, in *Riv. not.*, 2010.

ATTI A., *Il* «patronage» *e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contr. impr.*, 1985.

AZARA A., *Commento all'art. 8 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

AZZARI F., *I «prestiti in valuta estera» nella direttiva 2014/17/UE sui «contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015.

AZZARO A.M., *Pegno «rotativo» e operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2000.

AZZARO A.M., *Pegno rotativo su titoli dematerializzati, spossessamento e revoca fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2008.

BACIUCCO L., *Il collegamento negoziale in materia di credito al consumo: «vecchia» e «nuova» disciplina a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 2015.

BADINI CONFALONIERI A., Leasing *ed effetti della risoluzione: il dibattito continua, ma la soluzione è raggiunta?*, in *Fall.*, II, 2005.

BALBINA G., *Il diritto alla provvigione del mediatore tra disciplina generale e speciale. La figura del mediatore creditizio*, in *Riv. giur. sarda*, 2015.

BALESTRA L., *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014.

BANI E., *Il diritto dell'economia ai tempi della crisi. La* Volcker Rule *come risposta degli USA*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011.

BARALIS G., "Rent to buy"*: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Riv. dir. priv.*, 2015.

BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952.

BARASSI L., *I diritti reali limitati*, Milano, 1947.

BARATTERI A., *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, Torino, 2011.

BARBA A. – ZANCHI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012.

BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

BARCELLONA E., *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.

BARCELLONA M., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle* «rationes» *dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015.

BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

BARILLÀ G.B., *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e* condictio indebiti *nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2016.

BARILLÀ G.B., *Contratto autonomo di garanzia e* Garantievertrag *(Categorie civilistiche e prassi del commercio)*, Frankfürt am Main, 2005.

BARILLÀ G.B., *Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione economica e prospettiva della banca garante*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2005.

BARILLÀ G.B., *Le Sezioni Unite e il* Garantievertrag *un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2010.

BASSI A., *I consorzi fidi nella legge di riconversione industriale*, in G. MINERVINI (a cura di), *La crisi dell'impresa industriale*, Napoli, 1980.

BASTIANON S., *Tassi bancari ultralegali e anatocismo: il punto di vista della giurisprudenza di merito e della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2003.

BAUMAN Z., *Globalization: The Human Consequences*, New York, 1998, tr. it. di O. Pesce, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2003.

BAUMAN Z., *Intervista sull'identità*, tr. it. di F. Galimberti, Roma-Bari, 2002.

BECCARI D., *La surrogazione del fideiussore nelle garanzie concesse dai terzi.* Quid iuris *in caso di cessione di crediti a scopo di garanzia?*, in *Corr. giur.*, 2009.

BECK U., *Was it Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*,

Frankfurt am Main, 1997, tr. it. di E. Cafagna – C. Sandrelli, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999.

BELFIORE A., *La presupposizione*, in *Trattato* Bessone, XIII, t. IV, Torino, 2003.

BELLANTE M., *Anticresi*, in P. CENDON (a cura di), *Le garanzie. Personali e reali*, Torino, 2006.

BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto dell'economia*, Padova, 2000.

BELLI F. – MONACI E.– MAZZINI F. – CORVESE C.G. – SALERNO M.E. – BROZZETTI A. (a cura di), *L'impresa bancaria: profili generali*, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.

BENATTI F., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1982.

BENEDETTI A.M., *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, 2008.

BENEDETTI V., *Collocazione delle spese del procedimento esecutivo del credito fondiario*, in *Fall.*, 1993.

BENNI DE SENA A., *Il c.d.* rent to buy *e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II.

BENTHAM J., *Panopticon or the inspection-house*, London, 1791.

BENTIVEGNA A.M., *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo* framework *regolamentare europeo in materia di risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 3, 2015.

BERLINGUER A. – PAPPADÀ D., Trust *e finanziamento dell'impresa*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007.

BERLINGUER A. (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007.

BERNARDINI P., *Il* "countertrade"*: da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987.

BERTI DE MARINIS G., *Inadempimento del fornitore e tutela del consumatore nel credito al consumo*, in *Riv. giur. sarda*, 2016.

BERTOLINI A., *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

BERTOLOTTI A., *Nullità di mutuo fondiario e dilemma della convertibilità*, in *Giur. it.*, 2013.

BETTI E., *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1931.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955.

BEVILAQUA E., *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Roma, 2008.

BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1990.

BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

BIANCA C.M., *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca: profili sistematici*, in *Vita not.*, 2008.

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*[2], in *Trattato* Vassalli, Torino, 1993.

BIANCA C.M., voce *Patto commissorio*, in *Nov. dig. it.*, Torino, XII, 1968.

BIANCA M., *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al* rent to buy, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

BIANCHI B., *Consorzi e cooperative di garanzia collettiva dei fidi*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro De Vecchis*, I, Roma, 1999.

BIANCHI L.A. – GHEZZI F. – M. NOTARI M. (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, Milano, 2010

BIANCHI T., *I fidi bancari. Tecnica e valutazione dei rischi*[5], Torino, 1988.

BIONDI B., *Servitù reciproche, servitù* "in faciendo"*, oneri reali e obbligazioni* "propter rem", in *Giur. it.*, I, 1952.

BIONE M. – CALANDRA BONAURA V. (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

BOATTO S., *Commento sub* art. 38 t.u.b., in *Commentario* Costa, I, Torino, 2013.

BOCCHI L. – LUSIGNANI G., *Le nuove regole di Basilea 2: prime valutazioni di impatto sui rapporti Banca-Impresa in Italia*, in *Banca, impr., soc.*, 2004.

BOCCUZZI G., *I Confidi nel sistema finanziario italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capiriglione*, I, 2010, e in *Dir. banca merc. fin.*, 2010.

BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giur. sist. Bigiavi*², Torino, 1999.

BOGGIALI D., *Scissione di confidi e trasformazione di enti diversi dai confidi in confidi*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007.

BOGNETTI G., voce *Federalismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991.

BOLLETTINARI A., *Il* crowdfunding*: la raccolta del capitale tramite piattaforme* online *nella prassi e nella recente legislazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013.

BOMBARDI R., *Strumenti finanziari derivati e sistema contrattuale Isda*, in *Dir. prat. soc.*, 2006.

BONELL M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976.

BONELL M.J., *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*², Milano, 2006.

BONELLI F., *Le garanzie bancarie «a prima domanda»,* in U. DRAETTA – C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, 1994.

BONELLI F., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991.

BONFATTI S. – CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*⁴, Padova, 2011.

BONFATTI S., *La disciplina dei crediti speciali nel "testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"*, in *Giur. comm.*, I, 1994.

BONFATTI S., *La proposta di direttiva CEE sul credito fondiario nel quadro della integrazione in campo finanziario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987.

BONFATTI S., *Le procedure concorsuali e le garanzie bancarie. La verifica dei requisiti di regolarità formale e l'assoggettabilità delle garanzie a revocatoria fallimentare dopo il nuovo testo unico*, in *Dir. banca merc. fin.*, I, 1996.

BONTEMPI P., *Divieto di patto commissorio e* lease back, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1995.

BOSELLI A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.

BOTTA C., *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016.

BOZZA G., *Il credito fondiario nel nuovo T.U. bancario*, Padova, 1996.

BOZZI G., *Garanzie atipiche*, in *Diz. dir. priv.*, Milano, 2011.

BOZZI G., *L'anticresi*, in *Trattato* Rescigno², 13, Torino, 2007.

BRECCIA U., *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e* crisi, Milano, 2016.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato* Iudica-Zatti, Milano, 1991.

BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria,* lex mercatoria *e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016.

BRODI E., *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2011.

BROZZETTI A., *Profili giuridici dei* covered bonds*, la "nuova stella" del mercato delle ABS*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2011.

BRUMAT G., *Lettera di* patronage *e fallimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997.

BRUNO F. – DE DIVITIIS A., *Il mandato di credito tra lettera di* patronage*, delegazione ed accollo*, in *Giur. merito*, 2006.

BRUNO F. – FRANZA E., *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della*

CONSOB in tema di vigilanza e trasparenza, in *Ass.*, 2014.

BUCCI G. – CERRAI A. (a cura di), *La riforma della legislazione sulle cooperative*, Milano, 1979.

BUGANI I., *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986.

BUGIOLACCHI L., *I prodotti «finanziari assicurativi»: considerazioni in tema di qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Resp. civ. prev.*, 2011.

BUONGIORNO M. – NOTARANGELO E., *L'articolo 48* bis *T.U.B. Prime note a margine dell'introduzione del patto marciano nel nostro ordinamento*, in *dirittobancario.it*, 2016.

BUONOCORE V. – LUMINOSO A. (a cura di), *Contratti di impresa*, Milano, 1993.

BUONOCORE V., *Il contratto di* leasing, in AA.VV., *I contratti di impresa,* Milano, 1993.

BUONOCORE V., *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il* leasing. *Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975.

BUONOCORE V., *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI- M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982.

BUONOCORE V., *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impr. soc.*, 1994.

BUONOCORE V., voce Leasing, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983.

BUSANI A., *Alcuni aspetti civilistici delle operazioni di cartolarizzazione immobiliare*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Esperienze e prospettive*, Milano, 2006.

BUSCEMA G., *Accesso al microcredito: requisiti e procedura*, in *Dir. prat. lav.*, 2015.

BUSSANI M. – INFANTINO M., *La locazione finanziaria*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

BUSSANI M., *I contratti moderni*, Torino, 2005.

BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. impr.*, 1997.

BUSSANI M., *Le agenzie di* rating *fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

BUTTARO L., *Del gioco e della scommessa*, in *Commentario* Scialoja-Branca, IV, *Delle obbligazioni (artt. 1933-1935 c.c.)*, Bologna-Roma, 1959.

CABRAS G., *I consorzi fidi tra enti commerciali e non commerciali nella problematica fiscale*, in *Giur. comm.*, II, 1981.

CABRAS G., *Le garanzie collettive per i finanziamenti alle imprese*, Milano, 1986.

CACACE D., *Le risorse finanziarie nello sport dilettantistico: agevolazioni fiscali, credito sportivo, formazione degli atleti, sponsor,* "merchandising"*, e diritti di trasmissione*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2014.

CAFFERATA R., *I consorzi di garanzia collettiva dei fidi: diffusione, limiti e potenzialità di una forma di associazionismo tra piccole e medie imprese,* in *Econ. pol. ind.*, 1978.

CALANDRA BONAURA V., *Crisi finanziaria e nuove regole. Fine del modello* originate to distribute*?*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, Milano, 2010.

CALANDRA BONAURA V., *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978.

CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989.

CALLEGARI D., *L'ipoteca mineraria*, Padova, 1934.

CALSOLARO O.M., *Riflessi della cartolarizzazione sugli statuti dominicali pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2006.

CALVO R., *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010.

CALVO R., *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d.* "rent to buy"*)*, in *Studium iuris*, 2016.

CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015.

CALVO R., *Lettere di* patronage *e abuso: un intervento chiarificatore della cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010.

CALVO R., *Nullità e obblighi di informazione*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009.

CALZOLAIO E. (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

CAMARDI C., *In tema di condizione risolutiva* ex *art. 39 t.u. sul credito fondiario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 1993.

CAMARDI C., *Mutuo bancario con piano di ammortamento "alla francese", nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2015.

CAMARDI C., *Osservazioni a Cass. 10 aprile 1991, n. 3763, in tema di condizione risolutiva* ex *art. 39 T.U. sul credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1993.

CAMEDDA A., *Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013.

CAMPOBASSO G., *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974.

CAMPOBASSO G.F., voce *Deposito - III) Deposito bancario*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

CAMPOBASSO G.F., voce *Obbligazioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, X, 1994.

CAMPOBASSO M. – CARIELLO V. – DI CATALDO V. – GUERRERA F. – SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa, Liber Amicorum* Pietro Abbadessa, Torino, 2014.

CAMPOGRANDE V., *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902.

CANANZI F., *Potere di sospensione della vendita* ex *art. 586 c.p.c. e riflessi sull'attività del notaio delegato ai sensi della legge n. 302/98*, in *Not.*, 1999.

CANDIAN A., *Assicurazione e garanzia del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.

CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari*, Milano, 2001.

CANDIAN A.D., *I contratti di capitalizzazione*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995.

CANEPA A., *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione i meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Riv. AIC*, 2015.

CANTELE V., *Esecuzione di credito fondiario in pendenza del fallimento del mutuatario*, in *Fall.*, 1999.

CAPALDO G., *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2010.

CAPALDO L., *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, in *Dir. banca merc. fin.*, I, 1987.

CAPILLI G., *Cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Contr.*, 2002.

CAPOCCETTI A., *Il contratto di* leasing *e la sua qualificazione bipartita ad opera della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2012.

CAPPELLETTI M. – SECCOMBE M. – WEILER J.H.H., *Integration through Law*, Berlin – New York, 1986.

CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, I, Padova, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009.

CAPRIGLIONE F., *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, 2004.

CAPRIGLIONE F., *Eurosclerosi e globalizzazione. (Contro un possibile ritorno all'euroscetticismo)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Il credito speciale dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 1994.

CAPRIGLIONE F., *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella*

morfologia del sistema bancario italiano, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 4, 2015.

CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati di credito. Il* credit defult swap, in *Dir. comm. int.*, 1997.

CAPUTO NASSETTI F., *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nel* leasing, in *Giur. comm.*, I, 2016.

CAPUTO NASSETTI F., *Profili civilistici dei contratti derivati finanziari*, Milano, 1997.

CARATOZZOLO R., *Caratteri ed obiettivi dei recenti interventi regolatori sulle pmi: i mini bond tra disciplina civilistica e regole di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 3, 2015.

CARATOZZOLO R., *La disciplina italiana dell'*Equity Crowdfunding*: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 2013.

CARBONE V., *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015.

CARBONE V., *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione singolare*, in *Fall.*, 1996.

CARDARELLI M.C., *Controllo dominante ed abuso della posizione dominante* in *Soc.*, 2002.

CARDIA L., *Diritto, etica, mercato*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, Milano, 2010.

CAREDDA V., *Brevi appunti in tema di simulazione ed azione revocatoria*, in *Riv. giur. sarda*, 1991.

CAREDDA V., *Osservazioni in tema di contratti di finanziamento assistiti da agevolazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1987.

CAREDDA V., Rent to buy*: note minime sulla complessità*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, Napoli, 2016.

CARIELLO V., *«Effetto di* patronage*» della pubblicità del gruppo bancario e responsabilità della capogruppo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2002.

CARIELLO V., *Capogruppo e patronage delle generalità*, Milano, 2002.

CARLASSARRE L., voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

CARLUCCIO E., *Le operazioni di finanziamento a medio-lungo termine*, in AA.VV., *Economia degli intermediari finanziari*, Milano, 1994.

CARNOVALE V., *La cartolarizzazione dei crediti (la nuova normativa e i profili di vigilanza)*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002.

CARNOVALE, V. *La cartolarizzazione dei crediti (la nuova normativa e i profili di vigilanza)*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002.

CAROTA L., *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002.

CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione: artt. 1201-1205*, in *Comm. sist.* Bigiavi, Bologna-Roma, 1988.

CARRARO G., *Le casse peote del Veneto e la nuova legge bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I 2000.

CARRIERE P., *I minibond e le "nuove" obbligazioni partecipative: problemi di inquadramento sistematico*, in *Soc.*, 2014.

CARRIERO G., *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di* rating, in *Europa dir. priv.*, 2012.

CASELLI G., Leasing, in *Contr. impr.*, 1985.

CASSANO G. (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009.

CASSANO G., *Il contratto di* sale and lease back, in *Giur. it.*, 2005.

CASTALDI G., voce *Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1998.

CASTELLI C., *La normativa sulle agenzie di* rating*:* ratio*, contenuti ed applicazione nel contesto europeo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 1, 2015.

CASTRONOVO C., *Il* trust *e «sostiene Lupoi»*, in *Eur. dir. priv.*, 1998.

CASTRONOVO L. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

CASTRONOVO L., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CASTRONOVO L., *La responsabilità contrattuale*, in L. CASTRONOVO – S.

MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

CATERINI E., *Credito al consumo, "tutela e incoraggiamento del risparmio", sovraindebitamento*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Credito al consumo*, Napoli, 2010.

CAVAZZUTI F., voce Leasing *(diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

CECCHETTO A., *Ammortamento "alla francese" e forma scritta nei contratti bancari: questioni vecchie e nuove*, *in Foro pad.*, I, 2014.

CECCOPIERI MARUFFI P., *Servitù prediali ed oneri reali*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1946.

CENDON P. (a cura di), *Le garanzie. Personali e reali*, Torino, 2006.

CEOLIN M., *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani* bis, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008.

CERINI D., *Assicurazione e garanzia del credito*, Milano, 2003.

CERINI D., *Il prestito vitalizio ipotecario:* legal transplant *in cerca di definizione*, in *Dir. econ. ass.*, 2006.

CERUTTI F. –D'ANDREA D. (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie, nazioni e federazioni*, Milano, 2000.

CERVINI A., *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realità e presupposizione*, in *Giust. civ.*, II, 1996.

CERVINI A., *Risoluzione per eccessiva impossibilità sopravvenuta dei mutui in valuta*, in *Giust. civ.*, I, 1997.

CESARINI F., *Consorzi-fidi*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

CHERTI S., *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015.

CHESSA C. – DE GIOIA CARABELLESE P., *Le "missive" nel sistema giuridico scozzese e la caparra confirmatoria nella contrattazione preliminare in Italia: riflessioni diacroniche e comparatistiche*, in *Contr. impr. Europa*, 2013.

CHESSA C., *A proposito della violazione degli obblighi di informazione nel contratto di investimento finanziario dopo l'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite*, in *Riv. giur. sarda*, 2008.

CHESSA C., *Discordanze giurisprudenziali a proposito dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. al contratto di* leasing, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2006.

CHESSA C., *Il* forfaiting, Napoli, 2016.

CHESSA C., *Le modifiche al codice del consumo introdotte dalla nuova disciplina in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, attuativo della direttiva 2005/29/CE)*, in *Riv. giur. sarda*, 2007.

CHESSA C., Sale and lease back*: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, II, 1994.

CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Not.*, 2016.

CHIANALE A., *La procedura di cd. cancellazione semplificata delle ipoteche*, in AA.VV., Il *contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Milano, 2008.

CHIANALE A., *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2007.

CHINÈ G., *Contratto autonomo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVI, Roma, 2007.

CHIOMENTI F., *Il* leasing *finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1988.

CHIOMENTI F., *Il* leasing*, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1980.

CIACCIA N., *Le lettere di* patronage, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2002.

CICALA R., *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991.

CICERO C. – CAREDDA V. (a cura di), Rent to buy, Napoli, 2016.

CICERO C., *Anticresi (Artt. 1960-1964)*, in *Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2010.

CICERO C., *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto «a tutele crescenti»*, in *Riv. not.*, 2015.

CICERO C., Rent to buy*: la fattispecie e gli interessi sottesi*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, Napoli, 2016.

CIRAOLO F., *Prelievi fraudolenti e responsabilità della banca nell'erogazione del servizio Bancomat*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2009.

CLARIZIA A., *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1983.

CLARIZIA R., *Causa di finanziamento e* lease back *a proposito dell'ultima Cassazione e della «prima» Commissione tributaria*, in *Riv. it.* leasing, 1991.

CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento.* Leasing *e* factoring, Torino, 1989.

CLERICÒ S., *Il controverso rapporto tra* sale and lease back *e patto commissorio*, , in *Riv. not.*, 2006.

COLAGROSSO E. – MOLLE G., *Diritto bancario*[2], Roma, 1960.

COLLURA G., *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1986.

COLOMBINI D., *Tutela del credito fondiario nel fallimento*, in *Fall.*, 1996.

COLOMBINI F., *Crisi finanziarie. Criticità e indicazioni per il futuro*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014.

COLOMBINI F., *La crisi finanziaria e la riforma Obama*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010.

COLOMBO L., *L'ipoteca ricaricabile*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 34, 2016.

COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI – UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, Studio n. 4703, reperibile su www.notarlex.it/studi/settore/Studio_4703.pdf.

COMMISSO F., *Sui requisiti del pegno rotativo*, in *Fall.*, 2005.

CONDEMI M., *Il contratto di risparmio edilizio: un modello di finanziamento di matrice tedesca abbisognevole di un più puntuale inquadramento giuridico*, 2015, consultabile su *www.amministrazioneincammino.it*.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO e UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE (a cura di), *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1987.

CONSO A. – VARANI D., *La nuova disciplina degli Intermediari finanziari e i Confidi*, in *dirittobancario.it*, 2015.

COPOZZI C., *La applicazione di Basilea II in Italia. Aspetti tecnici ed elementi di riflessione*, Padova, 2009.

CORDOPATRI S., *Ancora in tema di revocabilità del mutuo fondiario e decadenza del consolidamento dell'ipoteca*, in *Dir. fall.*, II, 2009.

CORDOPATRI S., *Commento all'art. 3 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

CORRIAS P., *Assunzione di mero vincolo fideiussorio e dichiarazione di* patronage*: compatibilità o alternativa?*, in *Riv. giur. sarda*, 2005.

CORRIAS P., *Contratto di capitalizzazione ed attività assicurativa*, Milano, 2011.

CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.

CORRIAS P., *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.

CORRIAS P., *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2009.

CORRIAS P., I*n tema di prodotti finanziari delle imprese di assicurazione e di trasparenza nel settore assicurativo alla luce dei regolamenti di attuazione dell'ISVAP*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.

CORRIAS P., *La valenza delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» nella qualificazione dei contratti di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014.

CORRIAS P., *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

CORRIAS P., *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2014.

CORRIAS P., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione "a prima richiesta)*, in *Riv. giur. sarda*, 2014.

CORRIAS P., *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze* linked*: la riproposizione di un tema*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2015.

COSSU M., *L'uso della s.r.l. nell'intermediazione finanziaria non bancaria e nelle operazioni di finanza strutturata*, in *Banca impr. soc.*, 2014.

COSTA C., *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo testo unico della legge in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. fall.*, 1995, I.

COSTANTINO G. – JANNARELLI A., *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401: norme sulla costituzione di pegno su prosciutti a denominazione di origine tutelata*, in *Le nuove leggi comm.*, 1986.

COSTI R. – LIBERTINI M. (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982.

COSTI R., *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, in BIONE M. – CALANDRA BONAURA V. (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

COSTI R., *Crediti speciali: I*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*[5], Bologna, 2012.

CRESPI REGHIZZI Z., Lex rei sitae *e disciplina delle garanzie mobiliari nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

CUBEDDU M.G., *La competenza legislativa dei* «Länder» *in Germania. Il diritto privato regionale*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

CUCCOVILLO M., *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2015.

CUCCOVILLO M., *Polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia: una distinzione sfumata?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2008.

CUFFARO V., *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015.

CUSATO B., *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, 2010.

D'AMATO A., *La responsabilità civile delle agenzie di* rating, in *Nuovo dir. soc.*, 2016.

D'AMELIO M., *Dell'anticresi*, in *Commentario* D'Amelio-Finzi, II, Firenze, 1949.

D'AMICO G., *Il* Rent to buy*: profili tipologici*, in C. CICERO – V. CAREDDA (a cura di), Rent to buy, Napoli, 2016.

D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009.

D'AMICO G., *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contr.*, 2014.

D'ANDREA D., *Le ragioni dell'etnicità tra globalizzazione e declino della politica*, in F. CERUTTI – D. D'ANDREA (a cura di), *Identità e conflitti. Etnie, nazioni e federazioni*, Milano, 2000.

D'ANGELO P. –MAZZANTINI M., *Trattato di tecnica bancaria*[10], I, Milano, 1972.

D'AURIA C. – PORRETTA P., *La garanzia consortile e le regole di vigilanza prudenziale*, in *dirittobancario.it*, 2015.

D'AURIA M., *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2009.

DABORMIDA R. – PISTONE D., *Conferme dalla Cassazione in tema di pegno rotativo*, in *Corr. giur.*, 2000.

DAGNA P., *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008.

DALMARTELLO AN., *Note sulla* «cláusula suelo» *(clausola* floor*) nel mutuo bancario di*

DALMARTELLO AN., *Osservazioni a Cass., 25 maggio 2012, n. 8548: mutuo bancario,* ius variandi *e tasso di interessi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2012.

DALMARTELLO AR., *Il pegno irregolare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1950.

DE ACUTIS M., *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999.

DE ANGELIS L. – RONDINONE N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario. Commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008.

DE ANGELIS L., *Commento* sub *art. 117 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], III, Padova, 2012.

DE CAPRARIIS A., voce *Maso chiuso*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma 1990.

DE CRESCENZO V. – PICHLER F., *Uno strumento di finanziamento alternativo: l'*equity crowdfunding, in *Banche e Banchieri*, 2015.

DE CRISTOFARO G. (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009.

DE CRISTOFORO G.(a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009.

DE GIOIA CARABELLESE P. – CHESSA C., *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.

DE GIOIA CARABELLESE P., *L'anatocismo nei rapporti tra banca e cliente: la deliberazione del CICR*, in *Contr.*, 2000.

DE GIOIA CARABELLESE P., *Le c.d. "casse peote" alla luce della delibera CICR 9 febbraio 2000*, in *Soc.*, 2000.

DE MARCHI G., *Simulazione del contratto di mutuo fondiario?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1968.

diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016.

DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015.

DE NOVA G., *Contratti bancari DOC*, in *Contr.*, 1993.

DE NOVA G., *Identità e validità del* lease back, in *Riv. it.* leasing, 1989.

DE NOVA G., *Il contratto di* leasing, Milano, 1985.

DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto alieno al contratto atipico*, Padova, 2011.

DE NOVA G., *Il* lease-back, in *Riv. giur. sarda*, 1988.

DE NOVA G., *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art 117, comma 8 del Testo Unico Bancario*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma 31 gennaio 1997, *Quaderni di ricerca della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999.

DE NOVA G., Leasing, in *Dig. civ., Disc. priv.*, X, Torino, 1993.

DE NOVA G., *Nuovi contratti*[2], Torino, 1994.

DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1994.

DE POLI M., *Commento* sub *art. 118 t.u.b.*, in G. DE CRISTOFORO – A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010.

DE ROSA M.L., Lease back *e patto commissorio*, in *Riv. it.* leasing *int. fin.*, 1989.

DE VINCENTIIS P. (a cura di), *I confidi e il credito alle PMI*, Roma, 2007.

DEIANA G., *In tema di «obligationes propter rem» accessorie ad un rapporto di servitù*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1952.

DEL RE V., *Rischio assicurativo e «garanzia» prestata da imprese di assicurazione con*

corrispettivo a carico del creditore, in *Resp. civ. prev.*, 2012.

DELFINI F., *La nuova disciplina del* rent to buy *nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

DELL'AMORE G., *Il credito fondiario in Italia*, Milano, 1938.

DELL'ATTI S. – SYLOS LABINI S., *Gli effetti della trasformazione dei Confidi in intermediari vigilati: prime evidenze empiriche*, in *dirittobancario.it*, 2015.

DELLA SETA M., *Gli Istituti di Credito*, Milano, 1925.

DEMURO G. –MOLA F. – RUGGIU I. (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

DEODATO C., *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Profili di tutela giurisdizionale*, G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Esperienze e prospettive*, Milano, 2006.

DESIDERIO G., *L'attività bancaria*, Milano, 2004.

DI BRINA L., *I contratti tra società collegate nella legge tedesca sulle società per azioni (*Aktiengesetz vom 6 September 1965*)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1972.

DI CARLO G., *Problemi di credito fondiario edilizio*, in *Bancaria*, 1970.

DI CIOMMO F., *Ammissibilità del* trust *interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, I, 2004.

DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.

DI GIOVANNI F., *Le lettere di* «patronage», Padova, 1984.

DI LAURO A., *La revocatoria fallimentare in tema di operazioni di credito su pegno*, in *Dir. fall.*, II, 1967.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Foro it.*, I, 1999.

DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.

DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005.

DI MARTINO A., *La sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sul Meccanismo europeo di stabilità e sul* fiscal compact, , in *www.federalismi.it,* 2012.

DI MARZIO F., *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU*, in *Giust. civ.*, I, 1997.

DI MARZIO F., voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, Torino, 2007.

DI MEO W., *La lettera di patronage nell'economia dell'azienda*, Padova, 1984.

DI MICCIO D., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2014.

DI ROSA G., *L'operazione di* sale and lease back *tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

DIDONE A., *Esecuzione per la riscossione del credito fondiario e concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, I, 1992.

DOLMETTA A.A. – PANZARINI E. – PATRIARCA S., *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

DOLMETTA A.A. – PERRONE A., *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, II, 1999.

DOLMETTA A.A. – PORTALE G.B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1999.

DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A., *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

DOLMETTA A.A., *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2014.

DOLMETTA A.A., Lease back *e patto commissorio, un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, I, 2002.

DOLMETTA A.A., *Normativa di trasparenza e*

ruolo della Banca d'Italia, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma 31 gennaio 1997, *Quaderni di ricerca della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999.

DOLMETTA A.A., *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore* ex *art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. «portabilità del mutuo»)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2008.

DOLMETTA A.A., *Tasso variabile e «valori negativi»*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 35, 2016.

DONADIO G., *Intorno ad uno speciale documento del commercio delle mandorle: il «tengo»*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1939.

DONATI A., *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954.

DRAETTA U. – VACCÀ C. (a cura di), *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, 1994.

DRAGHI M., *Per un'etica dell'agire economico. Lezioni dalla crisi finanziaria globale*, in L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Diritto, mercato ed etica*, Milano, 2010.

EINAUDI L., *A favore dei contratti differenziali*, in *La riforma sociale*, III, 1896.

ESSNER G., *The closing. Florida Real Property Sale Transactions*, Tallahassee, 1978.

FACHECHI A., Rent to buy *e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

FALASCHI V., voce *Credito fondiario*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968.

FALCONE G., *Commento all'art. 120*-ter *t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013.

FALCONE G., *Commento* sub *art. 120*-quater, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013.

FALCONE G., *Commento* sub *art. 40*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, Addenda, Bologna, 2010.

FALCONE G., *I contratti di finanziamento fondiario alla luce delle delibere Cicr in tema di anatocismo e di anticipata estinzione*, in *Bancaria*, 10, 2000.

FALCONE G., *La disciplina dello scioglimento del contratto di credito fondiario*, in *Dir. fall.*, 2000.

FALCONE G., *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40 del 2007 (cd «decreto Bersani-bis»)*, in *Dir. fall.*, I, 2007.

FALCONE G., *Protezione del credito bancario e «particolari operazioni di credito»*, Napoli, 2012.

FALCONE G., *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, I, 1999.

FALCONI F., *Impresa privata, contrattazione e programmazione economica*, Padova, 1978.

FANTAUZZI R., *Il* leasing *a cospetto delle Sezioni unite, ovvero* repetita adiuvant*?*, in *Giust. civ.*, I, 1993.

FARACE D., voce *Presito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur.*, Agg., XVII, Roma, 2006.

FARINA M., *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015.

FAUCEGLIA G., *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione*, Milano, 1985.

FAUCEGLIA G., *Il mutuo di scopo*, in V. BUONOCORE-A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti di impresa*, Milano, 1993.

FAUCEGLIA G., *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002.

FAUSTI P.L., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, suppl. al f. 5, 2006.

FAUSTI P.L., *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2014.

FAUSTI P.L., *Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ. Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, IV, 17, Napoli, 2004.

FAUSTI P.L., *Questioni in tema di scioglimento unilaterale del contratto di mutuo bancario*, in *Not.*, 2001.

FAVARA E., *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore di pegno*, in *Economia e credito*, 1961.

FAVARA E., *Note sul contratto di capitalizzazione*, in *Ass.*, II, 1973.

FAVAROLO A., *Condizione o clausola risolutiva nell'ipotesi di inadempimento del mutuo fondiario: le sezioni unite compongono il contrasto*, in *Dir. giust.*, 2008.

FEATHERSTONE M. – LASH S. – ROBERTSON R. (a cura di), *Global Modernities*, London, 1995.

FENOGLIO G., voce *Credito edilizio*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938.

FERRANDO G., *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1995.

FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1991.

FERRARA F., *La vendita per acconti e il* «pactum reservati dominii», in *Foro it.*, I, 1911.

FERRARESE M.R., *La "glocalizzazione" del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, in C. AMATO – G. PONZANELLI (a cura di), Global law v. local law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006.

FERRARESE M.R., *La globalizzazione tra diritti delle possibilità e diritto della necessità*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006.

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

FERRARI C., *La tenuta del tipo contrattuale "transazione" rispetto a fatti sopravvenuti*, in *Riv. dir. priv.*, 2012.

FERRARI G.F. (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Esperienze e prospettive*, Milano, 2006.

FERRARI G.F., *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. L'evoluzione del dato normativo nell'ordinamento italiano*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Esperienze e prospettive*, Milano, 2006.

FERRARINI G., *I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi,* «crowdfunding» *e mercati privati*, in *Analisi giur. econ.*, 2013.

FERRETTI I., *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla Direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. impr. Europa*, 2014.

FERRO LUZZI P. – CASTALDI G. (a cura di), *La nuova legge bancaria*, III, Milano, 1996.

FERRO LUZZI P. – G. CASTALDI G. (a cura di), *La nuova legge bancaria*, I, Milano, 1996.

FERRO LUZZI P., *La cartolarizzazione: riflessioni e spunti ricostruttivi*, in *Bancaria*, 1, 2001.

FERRO LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*[2], I, Torino, 2005.

FERRUCCI N., *La nuova legge provinciale sul maso chiuso: spunti per una riviviscenza dell'istituto*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2003.

FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato* Buonocore, Torino, 2006.

FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (*«jus variandi»*)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002.

FILOGRANO G.R., *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, 2000.

FINO G., *Sulla natura e sulle funzioni della garanzia sussidiaria prestata dai consorzi fidi*, in *Giur. it.*, I, 1994.

FIORDIPONTI F., *Tutela del risparmio: principi costituzionali e rimedi civilistici*, Napoli, 2012.

FIORE L., *Il credito edilizio*, Napoli, 1968.

FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa dir. priv.*, 2006.

FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Not.*, 2006.

FIORI G., *Autorizzazione da parte del Giudice delegato alla sottoscrizione di un contratto di* rent to buy. *Condizioni e limiti*, in *Dir. fall.*, II, 2015.

FIORIO P., *La responsabilità delle* good banks *per la vendita delle azioni e delle obbligazioni risolte e le procedure di indennizzo a carico del fondo di solidarietà. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 4, 2016.

FIORUCCI F., *I finanziamenti di credito fondiario*, Milano, 2004.

FIORUCCI F., *Le novità sui mutui introdotte dal decreto sulle liberalizzazioni (D.L. 7/2007, convertito in L. 40/2007)*, in G. CASSANO (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009.

FISCALE C., *GACS (Garanzia Cartolarizzazione Sofferenze) – Lo Schema di garanzia statale italiano per i titoli* senior *emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione di NPLs*, in *Dirittobancario.it*, 2016.

FLORIO P., *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*, in *Giur. it.*, 2002.

FLORIS A. – FREDA A. – RAPISARDA I., *Il collegamento negoziale ed il contratto di credito ai consumatori*, in *Ric. giur.*, 2013.

FLORIS A., *La "portabilità" dei contratti di finanziamento: art. 120-*quater *d.lg. 1° settembre 1993, n. 385*, in V. BUONOCORE – A. LUMINOSO – C. MIRAGLIA (a cura di), *Codice della vendita*[3], Milano, 2012.

FONTANA A., *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla l. 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadr.*, 1991.

FRAGALI M., *Anticresi*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Artt. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974.

FRAGALI M., *Del mutuo*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1969.

FRAGALI M., *Fideiussione-Mandato di credito*, in *Commentario* Scialoja, Bologna-Roma, 1968.

FRAGALI M., voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

FRANCISETTI BROLIN M.M., *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla* culpa in contrahendo *ai vizi del volere*, in *Contr. impr. Europa*, 2014.

FRANCO C., *Alle origini del prestito vitalizio ipotecario: il gerodiritto*, in *dirittobancario.it*, 2016.

FRASSOLDATI C., voce *Maso chiuso*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964.

FRIGENI C., *Mancato pagamento delle rate nel mutuo fondiario e rimedi a disposizione della banca: tra risoluzione del contratto e decadenza dal beneficio del termine*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013.

FRIGNANI A. – PASCHETTA D., *Le polizze vita abbinate ai mutui immobiliari e al credito al consumo (il provv. ISVAP n. 2946 del 6 febbraio 2011 e l'art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Dir. fisc. ass.*, 2012.

FUCCI K., *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali. Commento agli artt. 18, 19 e 20 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

FUSARO A., *La clausola di* escrow account, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015.

FUSARO A., *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: l'euroipoteca e l'ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.

FUSARO A., Rent to buy*,* Help to buy*,* Buy to rent*, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014.

GABRIELLI E., *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983.

GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1986.

GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.

GABRIELLI G., *Considerazioni sulla natura del* leasing *immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984.

GABRIELLI G., *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009.

GABRIELLI G., voce *Libri fondiari*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994.

GABRIELLI G., voce *Maso chiuso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994.

GAI L., *Prospettive per le garanzie dei confidi verso le PMI dopo la riforma del settore e Basilea 2*, in *Riv. banc.*, 2005.

GALANTI E. – MARANGONI M., *La disciplina italiana dei* Covered Bond, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 58, giugno 2007.

GALASSO A., *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La Costituzione del rapporto*, Milano, 1968.

GALASSO A., voce *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino, 1982.

GALGANO F. (a cura di), *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995.

GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, Padova, 2003.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990.

GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008.

GALGANO F., *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contr. impr.*, 1996.

GALGANO F., Lex mercatoria, Bologna, 2001.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*[2], IV, Padova, 2010.

GALLETTI D., *«Elasticità» della fattispecie obbligazionaria: profili tipologici delle nuove obbligazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1997.

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquirenti immobiliari del* trustee *ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.

GANDINI C., *Commento* sub *art. 40*, in G. PARTESOTTI – M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova 2000.

GARDELLA A., *Il* bail-in *e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015.

GARIONI G., *I finanziamenti delle esportazioni*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007.

GARRONE N., *Istituti speciali di credito*, Milano, 1942.

GASPARRI G., *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del "Bitcoin": miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf.*, 2015.

GATTONI C., *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, Milano, 2009.

GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* trust *e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001.

GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su* trust *e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001.

GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008.

GENTILI A., *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contr.*, 2007.

GENTILONI SILVERI F., *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2011.

GERMANI P., voce *Casse rurali e agrarie*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937.

GERMANÒ A. (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2003.

GHIDINI M., *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1956.

GHIGI C., *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*, in *Giur. comm.*, II, 2011.

GIAMPAOLINO C.F., *Le assicurazioni (L' impresa – I contratti)*, in *Trattato* Buonocore, Torino, 2013.

GIAMPICCOLO G., *Comodato e mutuo*, in *Trattato* Grosso – Santoro Passarelli, Milano, 1972.

GIAMPIERI A., *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007.

GIANNINI A., *Credito fondiario, credito agrario e credito agrario di miglioramento*, *in Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1958.

GIANOLA A., *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv.., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999.

GIGLIOTTI G., *Il prestito vitalizio ipotecario: un* reverse mortgage *all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011.

GINEVRA E., *Sul divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, II, 1999.

GIOFFRÈ N., *Le garanzie prestate dallo Stato*, Padova, 1983.

GIORDANO U.M., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel- la nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993.

GIORGETTI M., *Lettera di* patronage *– Fidejussione – Mandato di credito – Promessa del fatto di terzo – Concessione di una linea di credito - Qualificazione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008.

GIORGIANNI F. – TARDIVO C.M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*[3], Milano, 2012.

GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, I, Milano, 1968.

GIORGIANNI M., voce *Diritti reali*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1968.

GIRINO E., *"Cartolarizzazione" dei rischi: le* credit linked notes, in *Amm. fin.*, 5, 2003.

GIRINO E., *I contratti derivati*[2], Milano, 2011.

GIRINO E., *I derivati "impliciti": virtù e vizi della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 31, 2016.

GIRINO E., *La responsabilità civile delle agenzie di* rating *nel Regolamento n. 462/2013*, in *Amm. fin.*, 9, 2013.

GIRINO E., *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 2011.

GIROLAMI M., *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'*obiter *delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015.

GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

GIULIANI F.M., *Riflessioni intorno al regime tributario del* lease back*, sulle orme di una sentenza del supremo collegio*, in *Dir. prat. trib.*, 1999.

GIUSTI M., *Inassoggettabilità all'ilor dei Consorzi di garanzia fidi*, in *Dir. prat. trib.*, II, 1977.

GLIOZZI E., *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giur. comm.*, I, 2016.

GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori di cui al capo II titolo VI Tub novellato dal titolo I del D.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011.

GORLA G. – ZANNELLI P., *Pegno e ipoteca*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992.

GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche*, In *Commentario* Scialoja-Branca[3], Bologna-Rona, 1968.

GRANDE F., *I minibond come strumento alternativo per il finanziamento delle imprese a medio-lungo termine*, in *Riv. banc.*, 2013.

GRASSO G., *Cassazione, anatocismo e istituti di credito: possono le banche vantare un legittimo affidamento sull'interpretazione uniforme della Suprema Corte di Cassazione?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

GRAZIANI A., *La cessione* «pro solvendo», in A. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953.

GRAZIANI A., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953.

GRECO F., *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso* floor *ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.

GRECO G.L. (a cura di), *Studi sul rapporto tra banca e cliente. Trasparenza, Mifid,* corporate bond, Pisa, 2008.

GRECO G.L., *La "pubblicità" nella nuova trasparenza bancaria*, in G.L. GRECO (a cura di), *Studi sul rapporto tra banca e cliente. Trasparenza, Mifid,* corporate bond, Pisa, 2008.

GRECO P., *Le operazioni di banca*, Padova, 1930.

GRIGGS N.E., *Il credito immobiliare in Gran Bretagna*, in *Bancaria*, 1974.

GRISAFI R., *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale*, in *Studium iuris*, 2015.

GRISI G., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999.

GRISI G., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

GRONDONA M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013.

GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V, 2002.

GROSSO G., *Servitù e obbligazioni* propter rem, in *Riv. dir. comm.*, I, 1939.

GROSSO G., *Tipicità delle obbligazioni* «propter rem», in *Giur. compl. Cass. civ.*, I, 1951.

GUACCERO A., *La* start-up *innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed* equity crowdfunding, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2014.

GUARNERI A., *Il pegno si adatta ai prosciutti (commento alla l. 24 luglio 1985, n. 401, norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata)*, in *Corr. giur.*, 1985.

GUARNIERI A., *Commento all'art. 15, l. 5 agosto 1978, n. 457*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979.

GUCCIONE A.V., *La «fattispecie» del mutuo di scopo nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, II, 2002.

GUERINONI E., *Le nuove regole nei rapporti bancari.* Ius variandi*, recesso, estinzione anticipata dei mutui e portabilità dei contratti di finanziamento*, Milano, 2007.

GUERRIERI G., *Commento* sub *art. 1*, in AA.VV., *Legge 30 aprile 1999, n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti, Commentario* a cura di A. MAFFEI ALBERTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000.

GUGLIELMUCCI L. – MAGNANI C. – JOVENITTI P.M., *I certificati di partecipazione*, Milano, 1981.

GUGLIELMUCCI L., *Profili civilistici*, in L. GUGLIELMUCCI – C. MAGNANI – P.M. JOVENITTI, *I certificati di partecipazione*, Milano, 1981.

GUTTERIDGE H.C., *The Law of banker's commercial credits*, London, 1955.

HALLSTEIN W., *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, 1969, tr. it. di B. Bianchi, *Europa federazione incompiuta*, Milano, 1971.

IEVA M., *Il* rent to buy *nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015.

INZITARI B. – DAGNA P., *Commissioni e spese nei contratti bancari*, Padova, 2010.

INZITARI B., *BRRD,* bail in*, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concordata delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*,, 26, 2016.

INZITARI B., *Cessione di crediti, mandato all'incasso e cessione di crediti in garanzia*, in *Dir. fall.*, 2000.

INZITARI B., *Il mutuo con riguardo al tasso 'soglia' della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1999.

INZITARI B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Il caso.it.*

INZITARI B., *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1997.

INZITARI B., *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Corr. giur.*, 2005.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*[2], Roma-Bari, 2004.

IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

IRTI N., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001.

ISAIA E., *Il sistema di garanzia in Italia*, in P. DE VINCENTIIS (a cura di)*, I confidi e il credito alle PMI*, Roma, 2007.

IUDICA G., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008.

IULIANI A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016.

IURILLI C., *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 2014.

JANNARELLI A., *L'agricoltura tra materia e funzione: contributo all'analisi del nuovo art. 117 Cost.*, in A. GERMANÒ (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2003.

JOERGES C. –GIUBBONI S., *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013.

LA ROCCA S., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in V. RIZZO – E. CATERINI – L. DI NELLA – L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e di credito*, Napoli, 2010.

LA SALA E. – BRUNO F., *Dall'obbligazione* plain vanilla *all'obbligazione strutturata*, in *Soc.*, 2009.

LA TORRE M., *La cartolarizzazione dei crediti: pregi e limiti della normativa italiana*, in *Bancaria*, 2000.

LA TORRE M.R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in E. PICOZZA – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, VIII, Padova, 2010.

LA TORRE M.R., *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002.

LAMANDINI M., *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, I, 2015.

LAMANDINI M., *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001.

LAMARQUE E., *Aspettando il nuovo art. 117 della Costituzione: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale*, in *Le regioni*, 2002.

LAMARQUE E., *Legge della Provincia di Bolzano, surrogazione legale della Provincia e ordinamento civile*, in *Le regioni*, 2005.

LAMARQUE E., *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005.

LAMBERTI A., *The financing to new companies: peculiarity of innovative start-up companies and the Equity-Based Crowdfunding in Italy*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015.

LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della*

resilienza delle relazioni contrattuali, in *Contr. impr.*, 2016.

LAUDONIO A., *La folla e l'impresa: prime riflessioni sul* crowdfunding, in *Dir. banca merc. fin.*, 2014.

LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002.

LEGGIERI C., *Mutuo fondiario ed inadempimento del mutuatario: calcolo degli interessi di mora*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

LEMBO M., *La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche*, in *Nuovo diritto*, 2007.

LEMMA V., *Autonomia dei fondi comuni dii investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2011.

LEMMA V., *Commento all'art. 120-*ter *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], III, Padova, 2012.

LEMMA V., *Commento* sub *art. 120*-quater, in *Commentario* Capriglione[3], III, Padova, 2012.

LEMME G. – PELUSO S., *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 43, 2016.

LENER R. – RESCIGNO M., *Agenzie di* rating *e conflitti di interesse: sintomi e cure*, in *Analisi giur. econ.*, 2012.

LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

LENER R., *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela,* in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma 31 gennaio 1997, *Quaderni di ricerca della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999.

LEO E.M., *L'essenza del credito e il* leasing *finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978.

LIBERTINI M., *Del mutuo*, in *Commentario* Cendon, IV, Artt. 1655-2059, Milano, 1991.

LIBERTINI M., *Del mutuo*, in *Commentario* Cendon, IV, Artt. 1655-2059, Torino, 1991.

LIBERTINI M., *La formazione dei rapporti e la tutela. Introduzione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987.

LIBONATI B. – VISENTINI G. (a cura di), *Operazioni anomale di finanziamento con emissione di titoli*, Milano, 1980.

LIBONATI B., *I problemi dell'inquadramento giuridico delle fattispecie esaminate, con particolare riguardo alle accettazioni*, in B. LIBONATI – G. VISENTINI (a cura di), *Operazioni anomale di finanziamento con emissione di titoli*, Milano, 1980.

LIOTINE V.G., *Il* crowdfunding *e la protezione del consumatore*, in AA.VV., *Il consumatore nell'era della condivisione*, Roma, 2015.

LIPARI N. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006.

LIPARI N., *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003.

LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

LIPARI N., Leasing *e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. MUNARI (a cura di), *Sviluppo e prospettive della disciplina del* leasing *e del* factoring *in Italia*, Milano, 1988.

LIPARI N.(a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

LOBUONO M., *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002.

LOMBARDI E.M., *Il microcredito e il mutuo ipotecario a tasso variabile continuo o adattivo come contratti realmente praticabili?*, in *Giust. civ.*, II, 2011.

LOTTA F., *Gli indici di anomalia del* lease back *nella recente giurisprudenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013.

LUCIANI A.M., Escrow, in *Contr. impr.*, 2005.

LUMINOSO A. (a cura di), *Diritto e* crisi, Milano, 2016.

LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990.

LUMINOSO A., *Contratto fiduciario,* trust*, e atti di destinazione* ex *art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008.

LUMINOSO A., *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.,* I, 1981.

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato* Iudica – Zatti, Milano, 1995.

LUMINOSO A., *La compravendita*[8], Torino, 2015.

LUMINOSO A., *La Corte di cassazione si pronuncia per la validità del* lease back, in *Riv. giur. sarda*, 1996.

LUMINOSO A., *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972.

LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, in *Commentario* Schlesinger, Artt. 1500-1509, Milano, 1987.

LUMINOSO A., *La vendita*, in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, 2014.

LUMINOSO A., Lease back*, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, I, 2000.

LUMINOSO A., *Natura del* leasing *e oggetto dello scambio*, in *Riv. it.* leasing, 1987.

LUMINOSO A., voce *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma.

LUPO COSTI M., *Un caso di obbligazione* «propter rem»*?*, in *Giur. it.*, I, 1979.

LUPOI A., *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016.

LUPOI M., *I* trust *nel diritto civile*, in *Trattato* Sacco, Torino, 2004.

LUPOI M., *Riflessioni comparatistiche sui* trust, *Eur. dir. priv.*, 1998.

LUZZATTO R., *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913.

M. LISANTI, *Gli intermediari finanziari coinvolti in un'operazione di* securitization, in PARDOLESI R. (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, Milano, 1999.

MACARIO F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. contr.*, 2006.

MACARIO F., *Garanzie personali*, in *Trattato* Sacco, X, Torino, 2009.

MACQUEEN H.L. – VAQUER A. – ESPIAU ESPIAU S. (a cura di), *Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge, 2003.

MACQUEEN H.L., *Diritto privato e* «devolution» *in Scozia*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Legge 30 aprile 1999, n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000.

MAFFEIS D. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.

MAFFEIS D., *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016.

MAFFEIS D., *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, Atti del primo convegno nazionale di Diritto Bancario *Contratti di credito e contratti di garanzia tra banca e clienti* tenutosi a Milano il 3 ottobre 2013.

MAGAZZÙ A., *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

MAIETTA A., *La responsabilità delle società di* rating, in *Danno resp.*, 2015.

MAJELLO U., *Commento* sub *art. 117 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi –

Porzio – Santoro, II, Bologna, 2003.

MALVAGNA U., *Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2014.

MALVAGNA U., *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione* ex *art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 2, 2015.

MANCINI T., *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968.

MANCINI T., *Pegno di crediti,* cessio pro solvendo *e scopo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1968.

MANENTE D., *La pubblicità del tasso effettivo globale medio degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari*, in L. DE ANGELIS – N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario. Commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008.

MANGIAMELI S., *Globalizzazione, integrazione europea e costituzionalismo*, A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006.

MANIACI A., Leasing, lease back *e divieto del patto commissorio*, in *Contr.*, 1998.

MANN J., *Escrow – Their use and value*, in *University of Illinois Law Review*, 1949.

MANNELLA G.O. – PLATANIA G.C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015.

MANNONI A., *Lettera di* patronage*, fideiussione e altre forme di garanzia personale*, in *Riv. giur. sarda*, 2002.

MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato* Roppo, IV, 1, Milano, 2006.

MARABINI F., *Analisi dei possibili profili anticoncorrenziali della normativa italiana in tema di* crowdfunding, in *Contr. impr.*, 2016.

MARÈ E., *La natura del* trust, in *Corr. giur.*, 1995.

MARIANI C., *Credito fondiario e fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 1998.

MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, I, 1989.

MARINO S., Rent to buy*: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa della transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014.

MARRELLA F., *La nuova* lex mercatoria*: principi Unidroit ed usi nei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, Padova, 2003.

MARTINA G., *Il contratto di assicurazione sulla vita finalizzato all'erogazione di un mutuo immobiliare tra misure legislative urgenti, regolamentazione dell'Autorità di vertice del settore assicurativo e prospettive* de jure condendo, in *Dir. banca merc. fin.*, 2015.

MARTINO M., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, II, 2012.

MARTORANO F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1960.

MARZONA N., *Lo* status *(professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1994.

MARZUCCHI S., *La tutela rafforzata dei prodotti d'investimento assicurativi introdotta dalla Direttiva IMD 1.5*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2014.

MASTROPAOLO E.M., voce *Strumenti finanziari derivati*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Agg. IV, Torino, 2008.

MASTROPAOLO F. (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, *Trattato* Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006.

MASTROPAOLO F., *Anticresi*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, *Trattato* Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006.

MASTROPAOLO F., *I consorzi fidi come garanzie collettive*, in AA.VV., *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza*

dell'Università di Cagliari, LVIII, *In memoria di Lino Salis*, II, Torino, 2000.

MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*², Torino, 1995.

MASTROPAOLO F., *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su cose immobili*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006.

MASTROPASQUA G., *Commento all'art. 7 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

MATTASSOGLIO F., *Quale modello di banca per il futuro mercato finanziario europeo? Alcune riflessioni sulle riforme strutturali in atto*, in *Riv. trim. dir. econ.*, , suppl. al f. 3, 2015.

MAYR S., *L'istituto del maso chiuso nella Provincia di Bolzano*, in *Studium iuris*, 2002.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di "*rent to buy*"*, in *Contr. impr.*, 2015.

MAZZAMUTO S., *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983.

MAZZAMUTO S., voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

MAZZARINI U., *Un aspetto dell'indebitamento degli enti locali: il credito sportivo*, in *Banche e banchieri*, 1977.

MAZZINI F., *Commento* sub *art. 151 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento – Patroni Griffi – Porzio – Santoro, II, Bologna, 2003.

MAZZINI F., *Contratti bancari e tutela del cliente*², Siena, 2010.

MAZZONI A., *Le lettere di* «patronage», Milano, 1986.

MAZZONI A., *Lettere di* patronage*, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1984.

MECENATE F., *L'anticresi. Una possibile alternativa per il mercato immobiliare*, in *Studi e materiali. Cons. naz. not.*, 2014.

MEGLIANI M., *Verso una nuova architettura finanziaria europea: un percorso accidentato*, in *Dir. comm. int.*, 2013.

MELCHIONNA B. – FERRAJOLI L., *La normativa antiriciclaggio*², Milano, 1992.

MENÉNDEZ A.J., *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013.

MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1997.

MENGONI L., *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975.

MEO G., *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1995.

MEO G., *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1998.

MEO G., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991.

MERUSI F., *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2013.

MERUSI F., *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.

MESSINA P., *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013.

MESSINA P., *Profili evolutivi della cartolarizzazione*, Torino, 2009.

MESSINEO F., *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1949.

MESSINEO F., *La scrittura nella costituzione del pegno*, Milano, 1931.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, V, Milano, 1958

MESSINEO F., *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1954.

MEUCCI S., *Operatore qualificato nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva MiFID*, in *Obbl. contr.*, 2008.

MIELE G., *La Regione*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, II, 1950.

MIGNONE G., *Nuovi istituti per il finanziamento societario e associazione in partecipazione*, in *Riv. soc.*, 2006.

MINERVINI G. (a cura di), *La crisi dell'impresa industriale*, Napoli, 1980.

MINNECI U., *Il mutuo a risparmio*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

MINNECI U., *Mutui fondiari e interesse del cliente:* est modus in rebus, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2014.

MINTO A., *Il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2012.

MINUTILLO TURTUR R., Leasing *e tipo giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, I, 1988.

MIOLA M., *Le cartolarizzazioni e la crisi dei mercati finanziari*, in *www.orizzontideldirittocommercale.it*, 2009.

MIOLA M., *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993.

MIRABELLI G., *Il* leasing *e il diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1974.

MIRONE A., *Commento* sub *art. 118 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013.

MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010.

MIRONE A., *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.

MOGLIE C., *Clausola risolutiva espressa e precetto di pagamento nelle esecuzioni per credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1970.

MOGLIE C., *Ipoteca concessa da un terzo per operazione di credito fondiario o edilizio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1980.

MOGLIE G., *Credito fondiario e edilizio*[2], Milano, 1989.

MOGLIE G., *Manuale del credito fondiario*[2], Milano, 1966.

MOLA F. – FADDA A. – FRIGAU L. – CESARACCIU M. – PILUDU E., in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

MOLLE G., *Fideiussioni bancarie ed assicurazioni fideiussorie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1953.

MONTALENTI P., *Le agenzie di* rating, in *Giur. comm.*, I, 2013.

MONTANARI A., *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa dir. priv.*, 2008.

MONTEL A., *Il pegno mediante concustodia delle parti*, in *Economia e credito*, 1961.

MONTEL A., *In tema di costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1951.

MONTICELLI S. – RUGGERI L., *Garanzie personali*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato dir. civ. Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2005.

MONTICELLI S., *Il* leasing, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *I contratti in* generale. I contratti atipici, 1, in *Giur. sist.* Bigiavi, Torino, 1991.

MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.

MORBIDELLI G., *I regolamenti dell'ISVAP*, in S. AMOROSINO-L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Milano, 2006.

MORELLI S., *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale*, in *Giust. civ.*, I, 2002.

MORERA U. – NUZZO N. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, 1996.

MORERA U. – SCIUTO M., *Due questioni in tema di tassi di riferimento "negativi"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016.

MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2008.

MORERA U., *Sulla figura del "mediatore creditizio"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2003.

MOSCO G.D., *Attuale disciplina e prospettive di evoluzione dei consorzi e delle cooperative di garanzia*, in *Giur. comm.*, I, 1994.

MOSCO G.D., *Confidi, p.m.i. e regole comunitarie sugli aiuti di Stato*, in *Contr. impr. Europa*, 2001.

MOSCO G.D., *I consorzi fidi e l'intermediazione finanziaria: nuovi interventi legislativi ed esperienze europee*, in *Giur. comm.*, I, 1993.

MOSCO L., *Il rapporto di credito agrario*, Napoli, 1964.

MOSCO L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942.

MUCCIARONE G. – SCIARRONE ALIBRANDI A., *Commento* sub *art. 120*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], Padova, 2012.

MUNARI A. (a cura di), *Sviluppo e prospettive della disciplina del* leasing *e del* factoring *in Italia*, Milano, 1988.

MUNARI A., *Il* leasing *finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989.

MUNARI A., *Il primo intervento della Corte di cassazione in tema di* leasing *finanziario*, in *Giur. comm.*, II, 1984.

MUNARI A., voce Leasing, in *Enc. dir. it.*, Agg. VI, Milano, 2002.

MUSOLINO G., *Le servitù irregolari (L'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Riv. not.*, 2010.

MUSY A.M., *L'art. 1333 c.c. e le lettere di* patronage *cosiddette «forti»*, in *Giur. it.*, 2001.

NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992.

NAPPI F., *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997.

NAPPI F., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e* Garantievertrag, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2010.

NATALE M., Lease-back *e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974.

NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*[2], Padova, 1988.

NAVARRETA E., *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. impr.*, 1991.

NAVARRETTA E. (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo: giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015.

NAZZARO A.C., *Il* rent to buy *tra finanziamento e investimento*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 4, 2015.

NIGRO A. (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.

NIGRO A., *Crisi finanziaria, banche, derivati*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009.

NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993.

NIGRO C.A., *Collegamento contrattuale legale e volontario, con particolare riferimento alla (vecchia e nuova) disciplina del credito ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2011.

NIVARRA L., *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, I, 1982.

NONNE L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013.

NONNE L., *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2011.

NONNE L., *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in M. PAPA – G.M. PICCINELLI – D. SCOLART, *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, II, Napoli, 2011.

NOTO A., *Il credito speciale nella nuova legge bancaria*, in *Il risp.*, 1993.

NOTO A., *Le operazioni attive di credito fondiario*, in *Il risparmio*, 1995.

OLIVIERI E., *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.

OLIVIERI G., *I servizi di* rating *tra concorrenza e regolazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2012.

ONNIS CUGIA F., *Anatocismo e interessi corrispettivi nei contratti di credito fondiario*, in *Riv. giur. sarda*, 2014.

ONNIS CUGIA F., *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2015.

ONNIS CUGIA F., *Emanato il regolamento UE relative ai documenti contenenti le informazioni chiave per i PRIIPs*, in *Giustizia civile.com*, 2016.

ONNIS CUGIA F., *Gli strumenti finanziari derivati cartolarizzati nel quadro normativo comunitario: la natura giuridica degli* Exchange Traded Commodities, in *Contr. impr. Europa*, 2016.

ONNIS CUGIA F., *Il potere di incisione* ab extra *delle Autorità di vigilanza del mercato sulle condizioni contrattuali alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giustizia civile.com*, 2014.

ONNIS CUGIA F., *La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2014.

ONNIS CUGIA F., *Note critiche sulla pretesa «contrattualizzazione» dei documenti informativi nei contratti bancari e finanziari*, in *Riv. giur. sarda*, 2015.

ONNIS CUGIA F., *Responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria e assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.

OPPO G., *Introduzione*, in AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987.

ORIANI R., *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995.

ORLANDI M., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

OTTAVIANO V., *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica del credito agevolato*, in R. COSTI- M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982.

PACE A. (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999.

PACIFICO L., *Aspetti civilistici del* lease back, in *Riv. it.* leasing, 1989.

PADOVINI F., *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.*, 2008.

PAGLIANTINI S. (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009.

PAGLIANTINI S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

PAGLIANTINI S., *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFORO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009.

PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale?*, in *Contr.*, 2014.

PAGLIANTINI S., *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contr.*, 2014.

PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina del c.d.* ius variandi *nei contratti bancari: prime note* critiche, in *Contr.*, 2011.

PALADIN L., *Diritto regionale*[7], Padova, 2000.

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

PALAO G., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea: il caso spagnolo*, in E.

CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

PALAZZO A. – SASSI A., *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.

PALMIERI M., *Commento all'art. 12 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

PANICO P., *Il contratto fiduciario in diritto lussemburghese*, in BARBA A. – ZANCHI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012.

PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1956

PANZANI L., *Il pegno rotativo tra dottrina e giurisprudenza*, , in *Fall.*, 2004.

PANZANI L., Leasing *finanziario: la tipizzazione di un contratto atipico*, in *Giur. comm.*, II, 1990.

PAPA FRANCESCO, *Laudato Si'*, Città del Vaticano, 2015.

PAPA LEONE XIII, *Rerum novarum*, Roma, 1891.

PAPA M. – PICCINELLI G.M. – SCOLART D., *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, II, Napoli, 2011.

PARADISO M., *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003.

PARDOLESI R. (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, Milano, 1999.

PARTESOTTI G. – RICOLFI M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova 2000.

PASQUARIELLO C., *Il recesso nei gruppi di società*, Padova, 2008.

PASSADOR M.L., Crowdfunding*: tra profili di adeguatezza ed appropriatezza e profili di applicabilità all'aumento di capitale*, in *Banca impr. soc.*, 2015.

PASSALACQUA M., *Interessi pubblici e integrazione di imprese*, Pisa, 2004.

PATTI A., *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in *Fall.*, 2005.

PATTI F.P., *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 2015.

PATTI S., *Globalizzazione e diritto privato europeo*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Persone e Stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006.

PAVONE M.L., *Nuove esigenze di aggregazione dei consorzi di garanzia collettiva fidi*, in M. PASSALACQUA, *Interessi pubblici e integrazione di imprese*, Pisa, 2004.

PEDRETTI L., *Gli* escrow accounts *nelle operazioni di* countertrade, *in Dir. comm. int.*, 1988.

PEDRINI F., *Le "cautele" di Karlsruhe in ordine al Fondo "salva Stati" (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale del 12 settembre 2012)*, in *Quad. Cost.*, 2012.

PELLECCHIA E., *La direttiva 2014/17/UE: sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016.

PELLEGRINI M., *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 4, 2015.

PELOSI A.C., «Sale and lease back» *e alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. it.* leasing, 1988.

PERCHINIUNNO M.C., *Le lettere di* patronage *nel sistema delle garanzie*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

PERCHINUNNO M.C., *Il mutuo di scopo*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

PERCHINUNNO R., *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988.

PERLINGIERI P., voce *Cessione dei crediti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

PERSICO G., voce *Anticresi, a) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano 1958.

PETRAGLIA A.U. (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997.

PETRAGLIA A.U., *Anatocismo ed usura nei contratti a medio e lungo termine*, in *Fall.*, 2001.

PETRAGLIA A.U., *Crediti fondiari e nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Fall.*, 1996.

PETRAGLIA A.U., *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in A.U. PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997.

PETRAGLIA A.U., *Note sulla disciplina giuridica del credito fondiario e alle opere pubbliche dopo il nuovo Testo Unico 385/93 delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Giust. civ.*, 1994.

PETRELLI G., *Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40*, in *Not.*, 2007.

PETRELLI G., *Gli immobili da costruire*, Milano, 2005.

PETRELLI G., *I confidi costituiti in forma di società cooperativa*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2006.

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009.

PETRELLI G., *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche. Novità nel decreto legge Bersani*-bis, in *Not.*, 2007.

PIAZZA I., *Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Foro amm. CDS*, 2011.

PIAZZA M., *Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *Corr. giur.*, 2014.

PICOZZA E. – GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, VIII, Padova, 2010.

PIEPOLI G., *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

PIEPOLI G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2013.

PIERALLINI L., *Nozione e disciplina del* leasing *finanziario*, in *Giust. civ.*, I, 1986.

PIGA M., *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. civ.*, II, 1996.

PINELLI C., *Le agenzie di* rating *nei mercati finanziari globalizzati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 2012.

PIRAS A., *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.

PIRAS E., *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015.

PIRAS E., *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011.

PIRILLI D., *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *Contr.*, 2013.

PISCITELLO P., *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2001.

PLENTEDA D., *Mutuo di scopo e mutuo fondiario*, in *Fall.*, 2001.

POLANYI K., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, tr. it. di R. Vigevani, Torino, 2010.

POLESE L., *Perfezionamento del mutuo e realità*, in *Contr.*, 2005.

POLETTI D., *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

POLIDORI S., *Disciplina della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1989.

PONTOLILLO V., *Il sistema di credito speciale in Italia*, Bologna, 1980.

PONZANELLI G., *Quando sono responsabili le agenzie di* rating, in *Analisi giur. econ.*, 2012.

PORTALE G.B. (a cura di), *La ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, Milano, 1983.

PORTALE G.B., *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1996.

PORTALE G.B., *Angelo Luminoso e il diritto commerciale*, in *Riv. giur. sarda*, 2013.

PORTALE G.B., *Finanziamento dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio (ricordo di Gian Franco Campobasso)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2004.

PORTALE G.B., *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale (appunti per una lezione)*, in *Riv. giur. sarda*, 1998.

PORTALE G.B., *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in G.B. PORTALE (a cura di), *La ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, Milano, 1983.

PORTALE G.B., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989.

PORTALE G.B., *Normativa «antiriciclaggio» e finanziarie di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1992.

PORZIO M., *Le agenzie di* rating, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013.

PREDIERI A., *Le società finanziarie regionali. Problemi giuridici*, Milano, 1972.

PRESTI G., *Dalle casse rurali e artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1994.

PRESTI G., *Il* bail-in, in *Banca impr. soc.*, 2015.

PRESTI G., *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, I, 1996.

PRESTI G., *La gestione del rapporto ipotecario alla luce dell'art. 39 T.U.*, in AA.VV., *Atti del convegno Paradigma: La nuova disciplina del credito fondiario: contratti e modalità di erogazione*, Milano, 1994.

PRESTI G., *Le particolari operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in U. MORERA – N. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, 1996.

PRESTI G., Take the «AAA» train*: note introduttive sul* rating, in *Analisi giur. econ.*, 2012.

PRINCIPE A. (a cura di), *Le agenzie di* rating, Milano, 2014.

PROPERSI A. – ROSSI G., *I consorzi*, Milano, 2016.

PROSPERETTI M., *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato* Rescigno, IX, 1999.

PROSPERETTI M., Lettres de patronage, in N. IRTI (a cura di), *Diz. dir. priv.*, I, 1, Milano, 1980.

PROTETTÌ E., *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971.

PROTETTÌ E., voce *Anticresi*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958.

PROTO C., *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fall.*, 1999.

PROVINCIALI R., *Pegno mediante concustodia*, in *Dir. fall.*, I, 1951.

PURCARO D., *Sulla liceità del* sale and lease back, in *Riv. it.* leasing, 1989.

PUTTI P.M., *Il diritto privato regionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006.

PUTTI P.M., *La nullità parziale*, Napoli, 2002.

RAGUSA MAGGIORE G., *Apertura di credito di firma e posizione della banca di insinuazione al passivo fallimentare del debitore garantito*, in *Dir. fall.*, II, 1994.

RAPISARDA I., *La Cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2016.

RAZZANTE R., *La «trasparenza bancaria» entra nell'ordinamento*, in *Soc.*, 2004.

RAZZANTE R., *Le (apparentemente nuove) regole di trasparenza per gli intermediari finanziari: qualche considerazione a caldo*, in *Dir.*

econ. ass., 2003.

REALI F., *I contratti di* risk monitoring*: contratti derivati, derivati di credito,* securitization *e istituti affini*, Perugia, 2005.

REALI F., *Pubblica amministrazione e fattispecie contrattuali atipiche: la cartolarizzazione degli immobili*, in *Vita not.*, 2002.

REALMONTE F.*, Le garanzie immobiliari*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO e UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE (a cura di), *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1987.

REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, I, 1989.

RESCIGNO P., *Accollo* «ex lege», in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954.

RESCIGNO P., *Conclusioni*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000.

RESCIGNO P., *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust, in *Eur. dir. priv.*, 1998.

RESCIGNO P., *Recensione a E. Sailis*, in *Riv. dir. civ.*, 1962.

RESCIO G.A., *La traslazione del rischio contrattuale nel* leasing, Milano, 1989.

RESTUCCIA R., *Profili del contratto di gestione patrimoniale individuale*, Milano, 2009.

RICCI R., *La moderna tecnica bancaria*, Torino, 1992.

RICCIO D., *Il gioco e la scommessa*, in *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Trattato* Bessone, 2005.

RIDOLA P., "*Karlsruhe* locuta causa finita*?" il* Bundesverfassungsgericht*, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *www.federalismi.it*, 2012.

RISPOLI FARINA M., *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento –Patroni Griffi – Porzio – Santoro, I, Bologna, 2003.

RISPOLI FARINA M., *Commento* sub *art. 47 t.u.b.*, in *Commentario* Belli – Contento –Patroni Griffi – Porzio – Santoro, I, Bologna, 2003.

RISPOLI FARINA M., *Il mutuo di scopo*, in *Trattato* Rescigno, 12, Torino, 1985.

RISPOLI FARINA M., voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994.

RIVA I., Leasing *di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011.

RIVA I., *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e "legislazione Monti"*, in *Ass.*, I, 2012.

RIVA I., Sale and lease back anomalo*: alla ricerca degli elementi sintomatici della frode al divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2002.

RIVOSECCHI G.*, Il Trattato sul MES e il* Fiscal Compact *al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 2014.

RIZZO V. – CATERINI E. – DI NELLA L. – MEZZASOMA L. (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e di credito*, Napoli, 2010.

ROBERTSON R., *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in M. FEATHERSTONE – S. LASH – R. ROBERTSON (a cura di), *Global Modernities*, London, 1995.

RONCO S., *Osservazioni a Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in tema di* sale and lease back, in *Giur. comm.*, II, 1993.

ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006.

ROPPO V., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in C. AMATO – G. PONZANELLI (a cura di), Global law v. local law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, e in *Corr. giur.*, 2005.

ROPPO V., *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.

RORDORF R., *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Soc.*, 2000.

ROSIE M., *Conceptualising national identities: Scotland*, in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

ROSSANO D., *Nuova strategia delle crisi bancarie: il* bail-in *e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 3, 2015.

ROSSI CARLEO L., *Profili della cauzione nel diritto civile*, Napoli, 1988.

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato* Cicu – Messineo, Milano, 1956.

RUBINO D., *La compravendita*[2], in *Trattato* Cicu-Messineo, XVI, Milano, 1971.

RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato* Vassalli, Torino, 1956.

RUCELLAI C., *Cartolarizzazione del rischio assicurativo*, in *Dir. econ ass.*, 2003.

RUCELLAI C., *Cartolarizzazione sintetica e* credit default swap, in *Giur. comm.*, I, 2012

RUCELLAI C., *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, I, 1999.

RUFFOLO U., Lettres de patronage *e responsabilità aquiliana*, in *Dir. impresa*, 1984.

RUGGI M. – SETTANNI G., *Recenti problematiche applicative in materia di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015.

RUGGIERO V., Rent to buy*: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015.

RUGGIU I., *L'identità sarda. Caratteristiche e ipotesi di giuridificazione*, in G. DEMURO – F. MOLA – I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

RULLI E., *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 3, 2015.

RUMI T., *La direttiva 2014/17/UE sul credito relativo agli immobili residenziali*, in A.A. DOLMETTA – E. PANZARINI – S. PATRIARCA, *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016.

RUMI T., *Operazioni di finanziamento e nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di inadempimento del fornitore*, in *Contr.*, 2011.

RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo ai beni immobili*, in *Contr.*, 2015.

RUOZI R. – ANDERLONI L. – PREDA M., *Rapporto sui consorzi e sulle cooperative di garanzia collettiva fidi*, Milano, 1986.

RUOZI R. – FILIPPI B., *Prospettive di intervento dei consorzi-fidi nel* «factoring», in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

RUTA G., *Lineamenti di legislazione bancaria*, Roma, 1965.

S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987.

SACCHI LODISPOTO G., *Dichiarazioni di* «patronage»*: le mille e una forma di un istituto*, in *Foro it.*, IV, 1998.

SACCO GINEVRI A., *Brevi note sull'affidamento riposto nei* credit rating *dagli intermediari finanziari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, II, 2014.

SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG, *Stabile Architektur für Europa – Handlungsbedarf im Inland. Jahresgutachten 2012/13*, Paderborn, 2012.

SAILIS E., *Autonomia regionale e disciplina dei rapporti privati*, Padova, 1960.

SALETTI A., *Espropriazioni per i crediti speciali e fallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 2000.

SALETTI A., *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994.

SALINAS F., *Osservazioni in tema di*

segnalazione alla Centrale dei rischi e di responsabilità della banca, in *Giur. it.*, I, 2002.

SANGIOVANNI V., *Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario ed effetti sul contratto*, in *Fall.*, 2016.

SANNA F., *Credito fondiario e credito mobiliare al tempo di Cavour*, in *Studi storici*, 2015.

SANNA P., *La responsabilità civile delle agenzie di* rating *nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011.

SANTA MARIA M., *La valutazione dell'intenzione delle parti nella qualificazione del contratto quale mutuo di scopo*, in *Contr.*, 2001.

SANTONI F., *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato* Rescigno, Torino, 1985.

SANTONI G., *Lo* jus variandi *delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2007.

SANTORO V., *Commento* sub *art. 35 t.u.b.*, in *Commentario* Porzio – Belli – Losappio – Rispoli Farina – Santoro, Milano, 2010.

SANTOSUSSO D.U., *Gruppi di società*, in N. ABRIANI (a cura di), *Diritto commerciale*, Milano, 2011.

SARTORETTI C., *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*, in *Giur. it.*, 2003.

SARTORI F., *Sulla clausola* floor *nei contratti di mutuo*, in *Contr. impr.*, 2015.

SBISÀ G., *Certificati immobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1979.

SCACCHI A., *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2001.

SCACCIA S., *Tractatus de commerciis et de cambio*, Genova, 1618.

SCALFI G., *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992.

SCALISI V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in L. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

SCANO A.D., Credit enhancement *e riqualificazione della cessione dei crediti nell'ambito delle operazioni di* asset securitization, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2006.

SCARONI C., *La responsabilità delle agenzie di* rating *nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011.

SCHLESINGER P., *Credito agevolato e mutuo di scopo*, in R. COSTI – M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa*, *Liber Amicorum* Pietro Abbadessa, Torino, 2014.

SCIPIONE L., *Commento* sub *art. 111 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013.

SCIPIONE L., *Commento* sub *art. 112 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, II, Torino, 2013.

SCODITTI E., *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, I, 2009.

SCOGNAMIGLIO C., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazioni di obblighi discendenti dal proprio* status, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1997.

SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2013.

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008.

SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia* ex *art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016.

SCURTO L., *Enti pubblici economici e società finanziarie regionali*, Palermo, 1975.

SEGNI M., *Lettere di* patronage, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

SELOGNA F., *Le lettere di conforto o lettere di* patronage *nella recente giurisprudenza italiana*, in *Danno e resp.*, 2002.

SEPE M., *Commento* sub *art. 38 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], I, Padova, 2012.

SEPE M., *Commento* sub *art. 39 t.u.b.*, in Capriglione[3], I, Padova, 2012.

SEPE M., *Commento* sub *art. 40 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], I, Padova, 2012.

SEPE M., *Commento* sub *art. 40*-bis *t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], I, Padova, 2012.

SEPE M., *Commento* sub *art. 41 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[3], I, Padova, 2012.

SEPE M., *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al f. 4, 2015.

SEPE S.M., *La cartolarizzazione: profili giuseconomici e problematiche aperte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004.

SEPE S.M., voce *Cartolarizzazione*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. V, Torino, 2009.

SERRANI D., *Lo stato finanziatore*, Milano 1971.

SETTANNI G. – RUGGI M., *Contratto di mutuo fondiario, superamento del limite di finanziabilità e nullità del negozio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013.

SETTANNI G., *Loans and negative interest rates*, in *European business law review*, 2016.

SGRULLETTA R., *La nozione di credito agrario e peschereccio*, in P. FERRO LUZZI – G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, I, Milano, 1996.

SICCHIERO G. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005.

SILVESTRI M. – TEDESCO G., *Mutuo a tasso fisso e rimborso graduale secondo il sistema alla francese con rate costanti*, in *Giur. merito*, 2009.

SIMONE R., «Lease back»*: cronaca di una morte annunciata*, in *Foro it.*, I, 1989.

SIMONIATO A., *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009.

SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.

SIRENA P., *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Roma, 2008.

SIRENA P., *La portabilità del mutuo*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010.

SIRI M., *I prodotti finanziari assicurativi*, Roma, 2013.

SOLDATI N., *Le lettere di* patronage, in *Contr. impr.*, 2003.

SOLINAS C., *Autonomia privata ed eteronimia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2012.

SOTGIA S., *Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, III, 1959.

SOTGIU S., *Ritardato pagamento del credito fondiario e risoluzione del mutuo*, in *Giust. civ.*, II, 1991.

SPADA P., *Introduzione al diritto dei titoli di credito*[2], Torino, 1994.

SPANO E., *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, I, 1999.

SPINEDI F., voce *Credito fondiario*, in *Nuovo dig. it.*, IV, 1938.

SPINELLI M., *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, 1962.

STAGNO D'ALCONTRES A., *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992.

STINGONE C., *Lettera di* patronage*: dichiarazione a contenuto impegnativo e qualificazione contrattuale della fattispecie*, in *Corr. giur.*, 1996.

STOLFI G., *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, I, 1926.

TABET A., *La locazione di beni strumentali (*leasing*)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1973.

TAMAGNINI G., *Le casse rurali (principi-storia-legislazione)*, Roma, 1952.

TAMBURINO E., *Commento all'art. 12 direttiva 2014/17/UE*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

TARANTINO G., *Credito al consumo e obblighi di restituzione della somma mutuata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2002.

TARANTOLA A.M. – TIDU A. – BENTIVOGLI C. – CATAPANO V., *Il ruolo dei confidi dopo Basilea 2: un'indagine territoriale*, in *Banca, impr. soc.*, 2006.

TARDIVO C.M. – VENTOLA M., *Il credito fondiario ed edilizio nella legislazione vigente*[2], Roma, 1988.

TARDIVO C.M., *A proposito del frazionamento di mutui fondiari e edilizi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 1992.

TARDIVO C.M., *Ancora sui finanziamenti fondiari e mutui a medio o lungo termine con garanzia ipotecaria effettuati da banche: identità di fattispecie concrete e disparità di trattamento*, in *Riv. esec. forz.*, 2005.

TARDIVO C.M., *Brevi note in tema di interessi anatocistici e usurari nel finanziamento fondiario*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, II, 2009.

TARDIVO C.M., *Contratto unico e mutui fondiari (brevi note sull'art. 2, legge 27 ottobre 1988, n. 458)*, in *Riv. amm.*, 1988.

TARDIVO C.M., *Divieto di anatocismo e mutui bancari. Riflessi per i finanziamenti fondiari*, in *Banca borsa e tit. cred*, II, 2003.

TARDIVO C.M., *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*[6], Milano, 2006.

TARDIVO C.M., *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1997.

TARDIVO C.M., *Ipoteca su bene altrui e garanzie aggiuntive nei c.d. mutui agevolati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1993.

TARDIVO C.M., *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi*, in *Banche e banchieri*, 1990.

TARTAGLIA P., *Le polizze fideiussorie a garanzia dei rimborsi fiscali e la loro autonomia a margine di una fattispecie particolare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013.

TARZIA G., *Cessione di credito fondiario e «privilegi processuali»*, in *Fall.*, 2006.

TARZIA G., *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fall.*, 2005.

TATARANO M.C., *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003.

TEDESCHI V., *L'anticresi*, in *Trattato* Vassalli, Torino, 1954.

TERENGHI M., *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, in *Fall.*, 1999.

TESAURO F., *Sul trattamento fiscale dei redditi dei consorzi-fidi*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

TETI R., *In tema di consegna del mutuo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1996.

TIDU A., voce *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

TIRRITO E., Sale and lease back *e divieto del patto commissorio: recenti sviluppi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*[2], in *Trattato* Bessone, XXVI, 1-2, Torino, 2006.

TOMASSETTI A., *Assunzione unilaterale ed espromissione* ex lege, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

TOMMASI S., *Intermediazione finanziaria e obblighi informativi continuativi*, in *Giustizia civile.com.*, 2014.

TOMMASINI D., *Note sul contenzioso dell'impresa in tema di mutuo ipotecario: limiti al*

finanziamento, operazioni di consolidamento e scioglimento del rapporto, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2013.

TONDO M., *I crediti speciali*, in *Enciclopedia della Banca e della borsa*, III, Roma – Milano, 1967.

TONDO M., *I crediti speciali*, Roma, 1959.

TONDO S., *Impianto della procedura per la dismissione del patrimonio immobiliare di enti pubblici*, in *Vita not.*, 2003.

TORINO R., *Il diritto privato regionale spagnolo. Breve introduzione a un modello di sistema giuridico multi-livello*, in F.P. TRAISCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*[22], Milano, 2015.

TOSCHI VESPASIANI F. – FANTECHI L., *Mutuo fondiario: contratto "a scopo di garanzia" tra novazione e nullità per difetto di causa concreta*, in *Contr.*, 2008.

TOSCHI VESPASIANI F., *Il* lease back *e il divieto di patto commissorio ancora al vaglio della Suprema Corte*, in *Contr.*, 2007.

TRABUCCHI A., *A proposito di costituzionalità dei masi chiusi*, in *Giur. it.*, I, 1956.

TRABUCCHI A., *Il rinnovato riconoscimento legislativo del "maso chiuso"*, in *Giur. it.*, IV, 1954.

TRAISCI F.P. (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007.

TRAPANI G., *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963.

TRINCHIERI R., *In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario*, in *Dir. Fall.*, I, 2003.

TRIOLO G., *L'evoluzione legislativa delle Casse rurali e artigiane. La riforma del T.U. vigente*, in G. BUCCI – A.CERRAI (a cura di), *La riforma della legislazione sulle cooperative*, Milano, 1979.

TROIANO V., *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003.

TROIANO V., *Tipologie soggettive bancarie e organizzazione di gruppo*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, I, Padova, 2010.

TROISI A., Crowdfunding *e mercato creditizio: profili regolamentari*, in *Contr. impr.*, 2014.

TROISI A., Rating *e affidamento dell'investitore: profili di responsabilità dell'agenzia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, II, 2014.

TRUDU M., *Problematiche connesse all'uso dei contratti su strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali*, in *Fin. loc.*, 2008.

TUCCI A., *La violazione delle regole di condotta degli intermediari fra "nullità virtuale",* culpa in contrahendo *e inadempimento contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2007.

TUCCI G., *Dalle garanzie codicistiche alle garanzie finanziarie collettive: l'esperienza dei consorzi fidi tra imprese minori*, in *Riv. dir. comm.*, 1981.

TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974.

TUCCI G., *La riforma dei consorzi fidi e il nuovo diritto comunitario in tema di requisiti patrimoniali e di adeguatezza patrimoniale (*capital requirements*) e di adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi (*capital adequacy*)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007.

TUCCI G., voce *Anticresi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987.

TUCCI G., voce *Cauzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.,* II, Torino, 1988.

TUTINO F., *Le casse peote: peculiari organismi creditizi operanti nel Veneto*, in *Il risparmio*, 1975.

URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010.

URBANI A., *Commento* sub *art. 155 t.u.b.*, in *Commentario* Capriglione[2], II, Padova, 2001.

VACCARO BELLUSCIO A.C., *Mutuo fondiario e divieto di anatocismo: falso problema o persistente* querelle*?*, in *Corr. giur.*, 2007.

VALENZA F., *Le norme successorie relative al maso chiuso*, in G. BONILINI (diretto da), *Il*

diritto delle successioni: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio, Torino, 2004.

VALLASCAS F., *Le garanzie nella nuova regolamentazione sull'adeguatezza patrimoniale nelle banche: problemi e prospettive per i confidi*, in *Risp.*, 2005.

VALLE L., *Il* countertrade, in F. GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, 2, Torino, 1995.

VARDI N., *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica del "Bitcoin"*, in *Dir. inf.*, 2015.

VARRONE C., Leasing *finanziario e* sale-lease back, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1975.

VELLA F., *Il* rating*: alla ricerca di una «terza via»*, in *Analisi giur. econ.*, 2012.

VELLA F., *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giur. econ.*, 2009.

VELLA F., *Mutuo fondiario e ripianamento di debiti pregressi: revocabilità dell'operazione ed effetti preclusivi dell'ammissione al passivo*, in *Corr. mer.*, 2008.

VELTRI F., *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla P.A. nell'ambito della cartolarizzazione immobiliare*, in *Contr.*, 2007.

VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Milano, 2000.

VENTO G.A. – VECCHIO G.C., *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 2014.

VENTURI E., *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione di possibili interventi correttivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.

VICARI A., *Cartolarizzazione dei crediti e* credit linked notes*: oscillando tra* trust *e contratto*, in Trusts *e att. fid.*, 2000.

VIGO R., *Commento* sub *art. 125 t.u.b.*, in *Commentario* Costa, Torino, 2013.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative,* Milano, 1993.

VILLANACCI G. (a cura di), *Credito al consumo*, Napoli, 2010.

VIRGA P., *Ordinamento giudiziario e competenza legislativa regionale*, in *Foro pad.*, IV, 1951.

VITALLI F., *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013.

VITELLI F., *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*, in *Giur. it.*, 2005.

VITI V., *Le problematiche qualificatorie del* leasing *finanziario e l'irrisolta questione della disciplina applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore*, in *Europa dir. priv.*, 2016.

VITI V., Lease back*, patto commissorio e clausola marciana*, in *Giur. it.*, 2015.

VITTORIA D., *I problemi giuridici dei consorzi fidi*, Napoli, 1981.

VITTORIA D., *Profili giuridici del «fondo rischi»*, in M. BIONE – V. CALANDRA BONAURA (a cura di), *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Milano, 1982.

VITTORIA D., voce *Pegno irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990.

VITUCCI P., *Il diritto privato e la competenza legislativa delle Regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999.

VITUCCI P., *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa dir. priv.*, 2002.

VOIRIN P., *Le crédit agricole et ses garanties juridiques*, in AA.VV., *Atti della Prima Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Milano, 1962.

VOLPE PUTZOLU G., *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in F. GALGANO (a cura di), *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, IV, Padova, 1981.

VOLPE PUTZOLU G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992.

WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Bologna, 1985.

WEILER J.H.H., *The Community System: the Dual Character of Supernationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981.

WEILLER A., *Pegno di diversi creditori su porzioni determinate per quantità di una massa omogenea di cose fungibili*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1965.

WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung Der deutschen Entwicklung*, II, Göttingen, 1967, tr. it. U. Santarelli – S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980.

ZACCARIA A., *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013.

ZAGAMI P., *L'*escrow agreement *negli ordinamenti di* common law *e nell'ordinamento italiano*, in Trust *att. fid.*, 2012.

ZANELLI P., *Prime note sulla riforma* in itinere *del catasto*, in *Vita not.*, 2014.

ZANELLI P., Rent to buy *nelle leggi 80 e 164 del 2014, ora dunque* emptio tollit locatum, in *Contr. impr.*, 2015.

ZIMATORE A., *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985.

ZOLO B., voce *Globalizzazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino, 2005.

ZOPPINI A., *Destinazione patrimoniale e* trust*: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007.

ZUCCHELLA A., *L'innovazione finanziaria nel credito immobiliare*, Milano, 1988.

ZUDDAS G., voce *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988.