



Università Commerciale
Luigi Bocconi

SCUOLA DI DOTTORATO

Dottorato di Ricerca in *Legal Studies*

Ciclo: XXXV

Settore Disciplinare (codice): IUS/01

**Eccesso di cautela nel credito bancario
tra indivisibilità delle garanzie reali e principio
di proporzionalità**

Advisor: Prof. Pietro Sirena

Co-Advisor: Prof. Aldo Angelo Dolmetta

Dott. Alberto Mager

Matricola: 1745215

Anno 2024

Abstract

Il presente studio ha anzitutto lo scopo di descrivere quella che, alla luce dell'osservazione giurisprudenziale e dell'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, pare essere una prassi diffusa nell'operatività delle imprese del credito, vale a dire quella di ottenere in fase di conclusione del contratto, e mantenere nel corso del rapporto, strumenti di garanzia della propria posizione creditoria obiettivamente eccessivi e financo sovrabbondanti rispetto alle esigenze di cautela del finanziamento erogato. La prassi in discorso merita di essere studiata in considerazione dei significativi riflessi di inefficienza che essa determina per un corretto sviluppo mercato del credito, e tuttavia la stessa è oggetto di sporadica attenzione da parte della dottrina.

Invero, il carattere multiforme di tale prassi ha portato sia la giurisprudenza richiesta di vagliare la legittimità della condotta tenuta dalla banca, che la rara dottrina che si è occupata del tema, a concentrare la propria attenzione sulle norme speciali che regolano le varie figure di garanzia che di volta in volta vengono in rilievo; norme spesso ispirate al noto principio di indivisibilità delle garanzie reali, di cui agli artt. 2799 e 2809 del codice civile, e che non sempre paiono realizzare un equilibrato contemperamento degli interessi contrapposti nel segno di una configurazione efficiente degli strumenti negoziali di garanzia del credito.

Una rivalutazione della portata e dei limiti del principio di indivisibilità, unita a una maggiore considerazione verso l'emergente (e per certi versi contrapposto) principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, sembrano tuttavia imporsi all'interprete alla luce delle moderne esigenze dei traffici, sicché due serie disciplinari tradizionalmente considerate eccezionali rispetto al precetto dell'indivisibilità, vale a dire le disposizioni sulla riduzione dell'ipoteca e le norme che regolano il funzionamento del pegno nell'anticipazione bancaria, sottraggono "terreno" al principio di indivisibilità e si propongono come possibili soluzioni più

equilibrate del conflitto tra le due parti del rapporto di credito, quantomeno in determinate fattispecie di eccesso di garanzia, coerentemente all'accoglimento in materia del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, di cui tali discipline possono reputarsi diretta espressione.

Indice

Capitolo I.....	5
La prassi dell'eccesso di garanzia bancaria e il principio di proporzionalità tra debito e garanzia.....	5
1. <i>Introduzione</i>	5
2. <i>La prassi dell'eccesso di garanzia nella fase genetica del rapporto</i>	8
3. <i>(Segue) L'eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito</i> ..	18
4. <i>(Segue) L'eccesso nell'iscrizione di ipoteca giudiziale</i>	24
5. <i>Cenni ai riflessi di inefficienza della prassi sul mercato del credito</i> ..	33
6. <i>Sul principio di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito. Cenni su un'impostazione del dibattito</i>	43
Capitolo II.....	55
La disciplina della riduzione dell'ipoteca alla luce della regola di indivisibilità delle garanzie reali.....	55
1. <i>Introduzione</i>	55
2. <i>La riduzione dell'ipoteca. Fattispecie e disciplina</i>	56
3. <i>Effetti della riduzione. Aspetti processuali</i>	68
4. <i>La riduzione dell'ipoteca fondiaria</i>	72
5. <i>Il principio di indivisibilità delle garanzie reali</i>	78
6. <i>Fondamento del principio di indivisibilità</i>	90
7. <i>Valutazione del principio di indivisibilità nel contesto dell'attuale concezione delle garanzie reali</i>	98
8. <i>Estensione dell'art. 39, comma 5 TUB all'intero settore bancario</i> ..	104
Capitolo III	110
Il pegno divisibile nell'anticipazione bancaria	110
1. <i>Introduzione</i>	110
2. <i>Natura giuridica dell'anticipazione bancaria</i>	111
3. <i>Disciplina e vari tipi di anticipazione bancaria</i>	114
4. <i>(Segue) Le regole contenute negli artt. 1849 e 1850 c.c. Estinzione del rapporto</i>	118
5. <i>Tentativo di generalizzazione del "congegno tecnico" dell'anticipazione bancaria</i>	126
6. <i>Attualità del dell'anticipazione bancaria? Lombard e margin loans</i> ..	132
Bibliografia.....	139

Capitolo I

La prassi dell'eccesso di garanzia bancaria e il principio di proporzionalità tra debito e garanzia

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La prassi dell'eccesso di garanzia nella fase genetica del rapporto. – 3. (Segue) L'eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito. – 4. (Segue) L'eccesso nell'iscrizione di ipoteca giudiziale. – 5. Cenni ai riflessi di inefficienza della prassi sul mercato del credito. – 6. L'approccio della dottrina: sul principio di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito.

1. Introduzione

L'esperienza giurisprudenziale e, più di recente, l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, lasciano emergere un comportamento diffuso tra le imprese bancarie nel contesto dell'attività di erogazione e gestione di finanziamenti, che consiste nell'ottenere in fase di conclusione del contratto, e mantenere nel corso del rapporto, strumenti di garanzia della propria posizione creditoria obiettivamente eccessivi e financo sovrabbondanti rispetto alle esigenze di cautela del finanziamento. In altre parole, garanzie che costituiscono una riserva di valore decisamente superiore a quella ragionevolmente necessaria ad assicurare sufficiente sicurezza alle ragioni di credito della banca, anche per l'ipotesi di decorso patologico della relazione con insolvenza del debitore finanziato.

La casistica è molto varia e spazia dalla fase "genetica" del rapporto di credito (rilascio di garanzie reali di valore di molto superiore rispetto al credito erogato), sino alla fase propedeutica alla realizzazione per via esecutiva del credito della banca (iscrizione di ipoteca giudiziale per somma eccessiva, o su quantità eccessiva di beni del debitore), muovendo attraverso

la vita del rapporto di credito (rifiuto della banca di liberare garanzie divenute sovrabbondanti alla luce di circostanze sopravvenute, quali la parziale estinzione del finanziamento o la rivalutazione dei beni dati in garanzia).

Non è difficile immaginare che la prassi in questione possa determinare risvolti di rilevante inefficienza nel mercato del credito bancario, in termini (anzitutto) di riduzione della capacità del debitore di acquisire finanziamenti facendo adeguatamente leva su tutte le proprie risorse. Tale inefficienza assume poi una dimensione più estesa, “uscendo” per così dire dal settore del credito, nella misura in cui i beni dati in garanzia risultano, per la peculiare conformazione di molte garanzie impiegate in ambito bancario (quale ad esempio il tradizionale pegno), immobilizzati e sottratti ad un impiego efficiente anche nel contesto della vita economica del debitore. Per questa principale ragione, la prassi in discorso merita di essere oggetto di attenzione da parte degli studiosi del settore, specie in un momento storico in cui è da più parti riconosciuta l'accresciuta importanza del sistema del credito bancario per l'espansione dei traffici giuridici ed economici ⁽¹⁾.

Salve alcune eccezioni, non pare tuttavia potersi riscontrare nella nostra letteratura un approfondimento della prassi in questione; in altre

(¹) Sulla c.d. economia del credito e sull'interdipendenza tra lo sviluppo del mercato del credito e l'economia c.d. reale si vedano, tra gli studiosi di diritto civile, G. GRISI, 1, il quale sottolineava, già a cavallo del nuovo millennio, il “ruolo centrale che il credito, quale primario fattore (ed indice, al tempo stesso) di dinamicità del sistema, è andato via via assumendo nella produzione, nello scambio, nella circolazione e nel godimento dei beni e della ricchezza, vuoi in forza della dimensione ormai sovranazionale e transazionale acquisita dai traffici commerciali e della conseguente e sempre più marcata internazionalizzazione (si è anche parlato, a ragione veduta, di tendenziale ‘universalizzazione’ o ‘globalizzazione’) delle logiche economiche e dei meccanismi che presiedono al loro svolgimento, vuoi ancora in virtù della sempre più marcata differenziazione interna alla stessa figura del credito”.

parole, non vi è un corpo di produzione dottrina che affronta direttamente il problema dell'eccesso di garanzia, come declinato nelle varie fattispecie che si presentano nella prassi, nella prospettiva della sua rilevanza per l'operatività dell'impresa bancaria oppure del suo trattamento disciplinare sul profilo negoziale. Al contrario, l'analisi è il più delle volte limitata alle singole fattispecie problematiche che di volta in volta emergono, in particolare dall'osservazione giurisprudenziale (ad esempio, il caso dell'ipoteca giudiziale iscritta su beni di valore eccessivo rispetto al credito azionato); di conseguenza, gli autori si interrogano sulla legittimità della condotta tenuta dall'impresa del credito nel singolo caso, e sulla sindacabilità sul piano negoziale dell'eccesso che viene in rilievo, ricercando la soluzione prevalentemente nel (solo) contesto della disciplina specifica che conforma la figura di garanzia che si presenta nel caso di specie.

Il discorso deve quindi necessariamente iniziare dal tentativo di tracciare un quadro più esteso possibile delle varie forme che la prassi in discorso viene ad assumere e che sono oggetto di attenzione della giurisprudenza pratica e teorica, senza pretesa di completezza e al precipuo fine di descrivere alcune delle molteplici manifestazioni del fenomeno; tale quadro sarà accompagnato dalla indicazione, necessariamente frammentaria, delle pretese al riguardo sviluppate dai clienti in relazione ai singoli casi e delle risposte fornite dalla giurisprudenza e dagli interpreti a tali pretese (parr. 1-4 *infra*). L'illustrazione in questione consentirà anzitutto di avvicinarsi a comprendere i rilevanti problemi di inefficienza che la prassi in discorso solleva per il mercato del credito, ed in generale per un lineare sviluppo dell'attività economica del debitore, nonché le ragioni dell'impresa del credito che potrebbero, almeno in alcuni casi, motivare e "sostenere" tale condotta della banca (par. 5 *infra*).

In seguito si tenterà di aprire la prospettiva ad un approccio maggiormente trasversale nell'analisi delle singole fattispecie problematiche di eccesso di garanzia, trattando anzitutto i contorni del tentativo al riguardo

già effettuato in dottrina, avente ad oggetto in estrema sintesi l'enucleazione, per l'intero ambito del diritto privato comune, di un principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, principio che esigerebbe che la garanzia non superi quanto è sufficiente ad assicurare adeguatamente le ragioni del creditore. Si indicheranno quelli che si reputano essere i limiti di tale approccio, costituiti da una tendenza – opposta a quella comunemente riscontrata in letteratura e di cui si è fatto cenno – ad allontanarsi dalle discipline specifiche delle singole figure di garanzie, e da una conseguente minore attenzione per le ricadute disciplinari delle affermazioni di principio sul principio di proporzionalità (par. 6 *infra*).

Nella prospettiva della sostanziale condivisione del fondamento logico e razionale dell'affermato principio di proporzionalità nell'ambito delle garanzie reali, ci si soffermerà poi, nei successivi capitoli del lavoro - senza pretesa di esaurire il tema e necessariamente procedendo per tentativi, atteso il carattere sostanzialmente inesplorato della materia - sulle serie disciplinari che si ritiene di poter valorizzare per dare soluzioni che, almeno nell'ambito delle relazioni di finanziamento interne al settore bancario, vanno oltre i confini della singola fattispecie e che si propongono come possibili chiavi di lettura per la materia, vale a dire la disciplina della riduzione dell'ipoteca, in specie fondiaria (cap. II *infra*), e quella dell'anticipazione bancaria assistita da pegno (cap. III *infra*), entrambe tradizionalmente considerate normative di carattere "eccezionale" rispetto al generale principio di indivisibilità delle garanzie reali, cui si dedicherà ampio spazio in entrambi i capitoli successivi al primo.

2. *La prassi dell'eccesso di garanzia nella fase genetica del rapporto*

Procedendo quindi nell'illustrazione del fenomeno, va detto che l'eccesso di garanzia si può anzitutto manifestare nella fase di genesi del rapporto di credito (e del connesso rapporto di garanzia). In altre parole, al

momento della conclusione del contratto di finanziamento, la banca chiede ed ottiene dal debitore garanzie che vanno oltre quanto è ragionevolmente necessario a proteggere le ragioni di credito.

Il tema è dunque quello della possibilità di sindacare l'eccesso di garanzia costituito al momento della formazione del vincolo, e cui pure il cliente ha in un certo senso "consentito", attraverso la sua determinazione volitiva. In effetti, la partecipazione volontaria del cliente alla formazione del rapporto di garanzia potrebbe condurre ad una lineare conclusione nel senso della impossibilità di svolgere qualsiasi sindacato sulla eccessività della garanzia. Le risposte divergenti, e comunque sempre articolate, fornite al riguardo dalla giurisprudenza a fronte delle domande di tutela svolte in questa materia dai clienti, sconfessano tuttavia questa conclusione.

Per meglio apprezzare la rilevanza della vicenda negoziale dell'eccesso di garanzia nella genesi del rapporto di finanziamento, si può dire che gli schemi con cui essa si manifesta sono eterogenei. A fini essenzialmente descrittivi, se ne possono rintracciare almeno quattro, essenzialmente diversi tra loro.

Anzitutto, si danno frequentemente casi in cui la banca ottiene un complesso di garanzie reali, immobiliari e mobiliari, di valore di molto superiore rispetto al credito erogato. Numerose sono le pronunce ABF che si registrano al riguardo. Un esempio paradigmatico è quello dato dalla recente decisione di ABF Napoli, 3 gennaio 2022, n. 128. Nel caso deciso, a fronte di un mutuo fondiario per Euro 350.000,00, la banca iscriveva ipoteca di primo grado per la somma di Euro 700.000,00 su beni aventi un valore di perizia di Euro 720.000, e contestualmente costituiva un pegno di Euro 100.000,00 su due certificati di deposito emessi dalla banca medesima e sottoscritti dal mutuatario in occasione dell'erogazione ⁽²⁾. In queste ipotesi, la pretesa del

⁽²⁾ Si vedano anche le fattispecie di ABF Roma, 23 marzo 2014, n. 1744, in cui, per un mutuo di Euro 280.000 garantito da ipoteca su un immobile periziato al valore

cliente è tendenzialmente volta ad ottenere la parziale liberazione dei beni dai vincoli di garanzia. Considerata la connessione tra il finanziamento e l'ipoteca, la domanda di tutela è normalmente diretta a ottenere la liberazione dal vincolo di pegno.

A fronte di tale pretesa, un primo orientamento ABF ritiene che l'eccesso rappresentato dall'acquisizione di una somma di garanzie reali eccessive non sarebbe sindacabile, e quindi andrebbe rigettata la pretesa di svincolo della garanzia pignorizia ritenuta sovrabbondante avanzata dal cliente.

Il ragionamento svolto a sostegno di tale posizione si compone dei seguenti passaggi. Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, quali ad esempio gli artt. 2872 ss. del codice civile in tema di ipoteca - i quali come noto consentono alla presenza di determinati presupposti sia la riduzione della somma iscritta, sia la cd. restrizione (cioè la liberazione dal vincolo) di alcuni dei beni oggetto di garanzia - non esisterebbe un rimedio di diritto positivo che conferisca al cliente il potere di ottenere la modifica delle garanzie

di Euro 435.000, la banca costituiva in proprio favore un pegno su titoli obbligazionari del mutuatario del valore di Euro 100.000; ABF Milano, 7 gennaio 2021, n. 225, ove per un mutuo fondiario di Euro 236.400 garantito da ipoteca di primo grado per la somma iscritta di Euro 472.800 su immobili periziati al valore di Euro 343.000, la banca si assicurava un pegno su titoli fatti acquistare in occasione dell'erogazione al controvalore di Euro 80.000 e otteneva altresì la cessione in garanzia di un credito per canoni di locazione per Euro 21.000 annui; ABF Milano, 12 gennaio 2021, n. 744 in cui per un mutuo residenziale di Euro 120.000 garantito da ipoteca di primo grado iscritta per l'importo doppio al valore del credito (Euro 240.000), la banca chiedeva la costituzione di un pegno su un deposito titoli del mutuatario del controvalore di oltre Euro 166.800 alla data dell'erogazione. Tutte le decisioni ABF citate si possono reperire sul sito internet dell'Arbitro, all'indirizzo: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/index.html>.

rilasciate in sede di stipula ⁽³⁾. Anzi, con particolare riferimento al pegno (garanzia che nel caso in questione si chiede di liberare), esistono indici di diritto positivo che depongono nel senso che il creditore ha pieno diritto di rifiutare lo svincolo fino all'estinzione integrale del credito. In particolare si tratta degli artt. 2794 e 2799 del codice civile, i quali dispongono, rispettivamente, che “colui che ha costituito il pegno non può esigerne la restituzione, se non sono stati interamente pagati il capitale e gli interessi ...”, ed inoltre che “Il pegno è indivisibile e garantisce il credito finché questo non è integralmente soddisfatto, anche se il debito o la cosa data in pegno è divisibile” ⁽⁴⁾. Pertanto, l'accoglimento della pretesa in questione si tradurrebbe “in una nuova definizione consensuale del contenuto negoziale, dunque in qualcosa che ricade nella pura discrezionalità valutativa della banca” ⁽⁵⁾; in altre parole, la banca è libera di accettare o meno la proposta di modifica degli accordi originari. Il ragionamento è chiuso dall'argomento finale secondo cui la determinazione delle garanzie necessarie ad assicurare la sicurezza del rapporto di credito rientra nell'ambito della valutazione del merito creditizio del cliente, attività che viene ritenuta “rientra[re] nell'insindacabile discrezionalità dell'intermediario” ⁽⁶⁾.

Un diverso orientamento ABF giunge a conclusioni opposte, ed afferma la possibilità di sindacare l'eccesso di garanzia in questione, accogliendo la pretesa di liberazione del cliente dal vincolo di pegno. In particolare, nella fattispecie sopra descritta nei suoi contorni fattuali e decisa

⁽³⁾ Così ABF Milano, 7 gennaio 2021 n. 225 e già ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713.

⁽⁴⁾ V. al riguardo ABF Milano 19 aprile 2017, n. 4181.

⁽⁵⁾ Così ABF Milano, 7 gennaio 2021 n. 225 e già ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713.

⁽⁶⁾ Così ABF Milano, 4 febbraio 2021 n. 2869 e già ABF Roma, 23 marzo 2014, n. 1744.

dal Collegio di Napoli (dec. 128/2022) si legge al riguardo che “nei casi di sproporzione genetica la condotta della banca finalizzata ad ottenere, all’atto della sottoscrizione del contratto, il rilascio di garanzie ultronee e non necessarie è destinata a soccombere allo scrutinio di legittimità condotto sulla base dei criteri di correttezza e buona fede cui deve uniformarsi il comportamento delle parti nel corso delle trattative contrattuali in modo tale da impedire la pattuizione di condizioni contrattuali del tutto irragionevoli ed ingiustificate”. Sul piano rimediabile, deve in particolare predicarsi la nullità della garanzia sovrabbondante (nel caso deciso, il pegno) e ordinarsi la liberazione dei beni dalla garanzia; ciò in quanto, nella specie, “a fronte dell’evidente sovrabbondanza dell’ipoteca rispetto all’ammontare del debito”, “nessuna funzione concreta può attribuirsi all’ulteriore garanzia pignoratizia”, “che dunque deve ritenersi nulla per mancanza di causa”. Pare insomma che l’assenza di funzione concreta del pegno, per essere l’esigenza di sicurezza del credito adeguatamente “coperta” dall’ipoteca già ottenuta dalla banca, superi ogni altra considerazione consentendo di affermare la nullità per difetto di causa concreta del pegno ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ In ordine alla teorica della causa in concreto ed in particolare sulla tesi cd. funzionalista, in forza del quale il giudizio di cui all’art. 1322, comma 2, c.c. non costituisce un “doppione” del giudizio di liceità ma impone di verificare, anche nel contesto dei contratti tipici, che il negozio risponda ad un interesse reputato meritevole sulla base dei parametri valoriali che si traggono dall’ordinamento si veda, per tutti, in dottrina E. BETTI, 193: “La liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere ad un’esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d’interesse sociale che solo il diritto – attraverso l’apprezzamento interpretativo della giurisprudenza [...] – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela”. Sulla contrapposta tesi antifunzionalista si veda invece G. FERRI (1), 406, secondo cui “i criteri dei quali l’ordinamento si avvale, per la valutazione della meritevolezza dell’interesse sono

Sulla stessa fattispecie concreta, vale a dire quella della somma di garanzie reali tra di loro eterogenee e sovrabbondanti, si riscontra in ABF anche una terza soluzione, di tratto intermedio, secondo cui l'eccesso in parola sarebbe censurabile, ma sul piano rimediale ciò si tradurrebbe in un'eventuale responsabilità risarcitoria della banca, e non nell'accoglimento della pretesa di svincolo della garanzia ultronea. Infatti, il "manifesto eccesso di cautela ... può configurare una condotta abusiva del creditore", dunque la violazione di regola comportamentale che, secondo il noto insegnamento di Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, non può avere riflessi sul piano della validità del negozio ⁽⁸⁾.

Una seconda casistica che prende forma nella fase di genesi del rapporto è quella che consiste nell'ottenimento da parte della banca di un complesso di garanzie reali eccessive attraverso la particolare condotta rappresentata dalla destinazione di parte della somma oggetto di finanziamento a costituire in proprio favore una garanzia reale. Si veda ad esempio la fattispecie decisa da ABF Roma, 28 ottobre 2011, n. 2359 in cui, a fronte della richiesta di erogazione di Euro 250.000, la banca concedeva a mutuo la maggior somma di Euro 300.000 e, a titolo di garanzia - oltre ad iscrivere ipoteca di primo grado ed ottenere una cessione di credito in

quelli enunciati dall'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico e buon costume". Una compiuta adesione della giurisprudenza alla tesi funzionalista si deve all'arresto di Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, 725, con riferimento al noto caso del prodotto bancario "4 you": "Sul piano concettuale, sembra invero possa essere distinta l'area del proibito, da quella, adombrata dalla disposizione in esame, dell'agiuridico e che si riferisce specificamente alle ipotesi di difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento".

⁽⁸⁾ Il virgolettato è di ABF Roma, 22 gennaio 2020, n. 849. Conforme anche ABF Milano 12 gennaio 2021, n. 744.

garanzia per la somma di Euro 2.300 mensili - costituiva in proprio favore un pegno irregolare sulla parte eccedente di denaro mutuato per Euro 50.000 ⁽⁹⁾. Anche in queste ipotesi, tipicamente il cliente chiede la liberazione di alcune delle garanzie reali prestate, deducendone il carattere eccessivo rispetto alla misura del credito, e lamentando inoltre la produzione di interessi su una base capitale più ampia di quella che si è vista erogare e di cui ha effettivamente beneficiato.

Le pronunce ABF che si registrano su questa specifica fattispecie problematica sono concordi nel ritenere in linea di principio questa fattispecie di eccesso sindacabile. In particolare le stesse concludono per la nullità della garanzia costituita su parte del denaro mutuato, considerato che l'operazione di erogazione di una somma aggiuntiva realizzata al solo fine di creare un'ulteriore garanzia reale, difetterebbe di "causa in concreto" né potrebbe ritenersi assistita da un "interesse meritevole di tutela", specie alla luce del fatto che essa determina l'incremento del capitale da restituire e degli oneri economici gravanti sul mutuatario, senza che a ciò si accompagni una maggiore disponibilità di risorse in capo a quest'ultimo ⁽¹⁰⁾. Considerato in altre parole che "l'atto di costituzione del pegno è da ritenersi nullo per mancanza di causa, atteso che esso non è idoneo a svolgere una funzione di garanzia, essendo quest'ultima integralmente assolta dall'ipoteca all'uopo costituita", deve concludersi per l'esistenza del "diritto alla restituzione dei titoli destinati alla costituzione della garanzia pignoratizia, aggiuntiva rispetto

⁽⁹⁾ Si v. anche ABF Roma, 24 settembre 2015 n. 7532, in cui la banca erogava in concreto al cliente Euro 190.000, in esecuzione di un mutuo fondiario di nominali Euro 250.000 già garantito da ipoteca di primo grado iscritta per Euro 500.000, e che veniva ulteriormente garantito dalla costituzione di pegno su titoli acquistati con parte del denaro dato a mutuo per il controvalore di Euro 60.000).

⁽¹⁰⁾ I virgolettati sono tratti da ABF Roma, 28 ottobre 2011, n. 2359.

all’ipoteca” ⁽¹¹⁾. Come si vede, in questa ipotesi la manifesta inutilità del negozio di garanzia pignoratizia ad assolvere ad una funzione di garanzia ed inoltre l’aggravio di costi per il cliente consentono di superare agevolmente qualsiasi considerazione relativa alla libera determinazione volitiva del cliente nell’assunzione dell’impegno di garanzia.

Una terza casistica che riguarda la fase genetica del rapporto coinvolge i diversi strumenti delle garanzie personali. In particolare, si tratta dei casi in cui la banca ottiene un pacchetto di garanzie, reali e personali, manifestamente sovrabbondanti rispetto alle esigenze di cautela del credito. Vale la pena al riguardo richiamare la fattispecie decisa da ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713. Ad un cliente – un’impresa agricola cui peraltro, secondo quanto emerge dalla decisione stessa, la banca aveva attribuito in sede di valutazione del merito creditizio uno *score* particolarmente elevato – viene richiesto, per un primo mutuo del valore di Euro 700.000, ipoteca di primo grado per la somma di Euro 1.400.000 (su immobili stimati in perizia del valore di Euro 1.028.000), una “garanzia sussidiaria” da una società terza per Euro 1.050.000,00, ed una fideiussione del titolare dell’impresa per l’intero importo finanziato; per un secondo mutuo di Euro 550.000, ipoteca di secondo grado sugli stessi immobili, analoghi strumenti di garanzia personale (“garanzia sussidiaria” per Euro 825.000 prestata dalla società terza e fideiussione del titolare per l’intero importo del secondo mutuo), ed inoltre la cessione in garanzia di un credito vantato dall’impresa mutuataria del valore nominale di Euro 1.368.000 ⁽¹²⁾. Nei casi in questione, il cliente chiede

⁽¹¹⁾ Si veda anche ABF Roma, 24 settembre 2015 n. 7532.

⁽¹²⁾ Si veda anche il caso di ABF Palermo, 13 luglio 2021, n. 16672, in cui, per un contratto di mutuo di euro 195.000,00, contro la società mutuataria la banca accende un’ipoteca di primo grado pari ad euro 390.000,00, ottiene fideiussione per l’intero importo sia dal legale rappresentante e da un socio, ed infine costituisce un pegno su un portafoglio di strumenti finanziari per il controvalore di Euro 46.000.

all'Arbitro la liberazione delle garanzie personali che vedevano esposto il titolare dell'impresa con il suo patrimonio, sulla base della ritenuta sufficienza delle garanzie reali ad assicurare sufficientemente le ragioni del creditore.

Le pronunce ABF si esprimono nel senso che questa fattispecie di eccesso non sarebbe sindacabile, e dunque le garanzie personali debbano rimanere ferme. Ciò in base all'argomento per cui, "pur in presenza di un'accertata sproporzione al momento della costituzione della garanzia fra la misura di detto vincolo (siccome sommato ad ulteriori titoli di garanzia) e il valore del credito garantito", non esiste nell'ordinamento un rimedio consenta al giudicante di operare una riduzione o la liberazione del debitore del vincolo fideiussorio, né sono al riguardo invocabili le cause di estinzione di cui agli artt. 1955 e 1957 ⁽¹³⁾. Il *focus* è quindi sulla disciplina specifica dello strumento di garanzia personale che viene in rilievo, che, diversamente da quanto previsto in materia di ipoteca e similmente a quanto accade in ambito di pegno, non contempla rimedi speciali atti a far fronte a tale situazione di eccesso. Ad analoghe conclusioni giungono anche decisioni che, astraendo da rilievi circa la disciplina specifica di legge applicabile, contengono osservazioni di carattere più generale, concludendo nel senso che l'eccesso nel pacchetto di garanzie ottenuto dalla banca in sede di stipula "non costituisce una situazione che può mettere capo ad illiceità e non risulta sufficiente a supportare conclusioni circa il difetto di causa concreta del contratto costitutivo di una o più delle garanzie coesistenti" ⁽¹⁴⁾.

Una quarta ed ultima ipotesi di eccesso di garanzia che pure riguarda il momento genetico del rapporto di credito è prospettata da certa dottrina che si è occupata dei negozi di garanzia (non si tratta dunque casistica riferita specificamente all'ambito del credito bancario), e su cui per vero non si

⁽¹³⁾ ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713.

⁽¹⁴⁾ ABF Palermo, 13 luglio 2021, n. 16672.

registrano pronunce né in giurisprudenza né in ABF. Si tratta dell'ipotesi dell'unica garanzia reale eccessiva rispetto alla misura del credito. Al riguardo, è utile riportare l'esempio tratto dalle pagine di un autore, avente ad oggetto l'ipoteca di fonte convenzionale "di 10 miliardi per un debito di 100 milioni" ⁽¹⁵⁾. È significativo che sulla possibilità del cliente di sindacare la legittimità di questa fattispecie e della relativa condotta del creditore si registri in dottrina un contrasto di opinioni, pur a fronte di assenza di prese di posizioni giurisprudenziali o in ABF.

Secondo alcuni autori, l'ordinamento positivo non concederebbe al cliente alcuna tutela a fronte di una garanzia reale convenzionalmente prestata alla banca ed avente valore eccessivo rispetto al credito. Infatti, il pieno esplicarsi dell'autonomia negoziale non potrebbe essere frustrato in questo ambito da limiti esterni posti alla contrattazione di mercato. Soprattutto, ciò non potrebbe avvenire in assenza di una specifica disciplina di legge che tali limiti preveda e disciplini. Non sarebbe quindi consentito fare riferimento ed esportare in ambito convenzionale rimedi speciali previsti per figure di garanzia di matrice non convenzionale, quali la restrizione dell'ipoteca giudiziale consentita nei casi previsti dall'art. 2873 c.c. ⁽¹⁶⁾.

Secondo altri autori, al contrario, l'eccesso in questione sarebbe pienamente sindacabile in punto di legittimità della condotta del creditore. Tale conclusione è supportata da quello che può reputarsi l'unico tentativo di approccio organico alla materia oggetto di esame e che si riscontra in letteratura, vale a dire quello dell'enucleazione per l'intero ambito civilistico di un principio di proporzionalità tra valore della garanzia e valore del credito

⁽¹⁵⁾ P. PERLINGIERI (1), 345.

⁽¹⁶⁾ "Il problema della proporzione tra credito e garanzia quindi è estraneo al settore delle garanzie volontarie, per le quali il concedente liberamente decide il vincolo reale che è disposto ad assumere secondo le dinamiche del mercato del credito". Così A. CHIANALE (1), 85; conforme l'opinione di D. ACHILLE, 476-482.

(di cui si dirà meglio *infra* par. 6), nel senso che la garanzia non potrebbe superare quanto è sufficiente ad assicurare le ragioni del credito. Sul profilo rimediabile, le opinioni degli autori che affermano la necessità di operare tale sindacato divergono, predicando alcuni l'“immediatezza” (e la conseguente invalidità) della garanzia sproporzionata, con l'effetto che si verrebbe a determinare lo svincolo della garanzia eccessiva, altri la “perequazione dell'assetto degli interessi ad opera del giudice”, quest'ultimo chiamato quindi a determinare l'assetto negoziale, sostanzialmente costruendo *ex novo* una garanzia sufficiente e “giusta” in sostituzione di quella prevista dall'autonomia delle parti ⁽¹⁷⁾.

3. (Segue) *L'eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito*

L'eccesso di garanzia può inoltre sopravvenire nel corso della durata del rapporto di finanziamento, nel senso che, per effetto di circostanze sopravvenute, le garanzie reali vengono ad avere un valore sproporzionato rispetto al credito da restituire. Tale situazione si può determinare come conseguenza del fisiologico svilupparsi nel tempo del rapporto di credito attraverso i pagamenti parziali del debitore, oppure per effetto di circostanze di carattere eccezionale, quale una consistente rivalutazione dei beni oggetto di garanzia. In questo contesto, l'esperienza giurisprudenziale e dell'ABF testimoniano come accada sovente che il creditore bancario respinga o comunque non dia seguito alla richiesta di liberazione parziale dei beni oggetto della garanzia, in ciò realizzandosi l'eccesso di cautela della propria

⁽¹⁷⁾ Secondo P. PERLINGIERI (2), 562 sarebbe “sempre imminente una ipoteca di valore sperequato rispetto al debito” in considerazione del principio di proporzionalità. S. GIOVA, 58, invece, propone la rideterminazione giudiziale “ricorrendo al parametro di sufficiente ‘sicurezza’” di cui agli artt. 2874 e 2875 c.c. “per individuare la misura quantitativa della proporzione.

posizione creditoria.

I problemi che si pongono all'interprete di fronte a questa configurazione del fenomeno dell'eccesso di garanzia sono diversi e ulteriori rispetto a quelli che sorgono laddove l'eccesso si manifesta alla genesi del rapporto di credito. In quest'ultimo scenario si è infatti visto che il principale tema che si pone all'attenzione dell'operatore è costituito dall'indagine dei limiti all'autonomia negoziale delle parti, considerata la partecipazione volitiva del cliente nella formazione del pacchetto di garanzie "eccessivo". Nel caso di eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito a tale problema, comunque senz'altro presente, si aggiunge quello altrettanto complesso dell'esecuzione del contratto di garanzia da parte del creditore garantito, nel contesto del quale operano le direttrici fondanti della buona fede e correttezza di cui all'art. 1375 c.c.

Ebbene, una prima casistica di eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito riguarda l'ipotesi dell'ipoteca presa contestualmente dalla banca su più beni debitore. Il caso deciso da Trib. Ancona, sez. distaccata di Jesi, 16 luglio 2011 ⁽¹⁸⁾, riguarda una fattispecie di avvenuta estinzione di consistente parte del debito. In particolare, residuavano Euro 875.000 a fronte di un mutuo fondiario di originari Euro 3.500.000. Il cliente chiedeva la liberazione di alcuni beni costituiti in garanzia (l'ipoteca gravava su più immobili aventi un valore complessivo di perizia di circa Euro 5.000.000). La banca respingeva la richiesta, portando il cliente a ricorrere *ex art. 700 c.p.c.* Accogliendo la pretesa del cliente, il Tribunale ritiene l'eccesso in questione sindacabile, in forza della norma dell'art. 39, comma 5 TUB, seconda parte, che, in deroga alla disciplina di diritto comune di cui all'art. 2873 c.c., riconosce il diritto del cliente alla restrizione dell'ipoteca, vale a dire alla liberazione dal vincolo di una parte dei beni, "quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati

⁽¹⁸⁾ Reperibile su www.ilcaso.it.

costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'articolo 38". Per l'effetto, viene ordinata la parziale liberazione degli immobili dalla garanzia con cancellazione dell'ipoteca. Anche in questo caso, il *focus* della giurisprudenza è dedicato alla disciplina specifica di legge che, nell'ambito particolare dell'ipoteca fondiaria (art. 39 TUB), consente un sindacato anche per l'ipotesi dell'eccesso che si manifesta nel corso del rapporto di credito e che si può tradurre nella parziale liberazione dal vincolo.

In ordine all'ipotesi in discorso, relativa all'ipoteca presa su più beni e che diviene eccessiva nel corso del rapporto di finanziamento per effetto di intervenuti pagamenti, si registra anche una decisione di senso contrario da parte dell'ABF, che ritiene di respingere la pretesa del cliente di parziale liberazione degli immobili. Si tratta di un caso in cui l'eccesso si è venuto a determinare per effetto dell'estinzione di oltre la metà del debito originario. A sostegno della soluzione negativa va il rilievo che il finanziamento in questione è un mutuo ordinario, e il connesso argomento secondo cui l'art. 39, comma 5 del TUB – disposizione che come visto conferisce al cliente il diritto alla restrizione dell'ipoteca – costituirebbe norma speciale, applicabile nel solo contesto del credito fondiario. Secondo il Collegio, dovrebbe dunque escludersi nell'ambito del credito "ordinario" bancario assistito da ipoteca il rimedio della restrizione, a prescindere dalla misura dell'estinzione del credito e dalla eventuale sproporzione della garanzia rispetto al credito, giusto il disposto dell'art. 2873, comma 1, c.c. secondo cui "non è ammessa domanda di riduzione riguardo alla quantità dei beni né riguardo alla somma, se la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o per sentenza" ⁽¹⁹⁾. Come è evidente, anche in questa ipotesi la disciplina specifica di legge relativa alla garanzia in rilievo costituisce il perno in base alla quale il Collegio si determina a sindacare o meno il comportamento della banca.

Sempre con riferimento all'ipoteca convenzionale su un complesso di

⁽¹⁹⁾ ABF Bari 23 dicembre 2019, n. 26813.

beni del debitore, vale la pena menzionare anche il caso deciso dal Collegio ABF di Napoli, che si confronta con un'ipotesi in cui l'eccesso si viene a determinare per l'evento diverso costituito non dal pagamento parziale ma dalla consistente rivalutazione dei beni dati in garanzia nel corso del rapporto di credito ⁽²⁰⁾. In particolare, a garanzia di un mutuo fondiario di Euro 255.000,00, era dal cliente concessa ipoteca per la somma di Euro 468.000 su due immobili. Per effetto di alcuni interventi di ristrutturazione, risultava da relazione estimativa prodotta dal cliente debitore che uno dei due immobili raggiungesse, da solo, il valore di Euro 1.320.000. Il cliente chiedeva quindi la liberazione dell'altro immobile. La banca negava la restrizione dell'ipoteca. In questo caso, nuovamente facendo applicazione della disciplina speciale del credito fondiario, l'ABF accoglie la pretesa del cliente alla liberazione, riconoscendo il diritto alla restrizione dell'ipoteca di cui all'art. 39, comma 5 del TUB, per l'ipotesi di garanzia residua che risulti "sufficiente ai sensi dell'articolo 38", e ordinando la liberazione dell'altro immobile dal vincolo.

Una seconda casistica di eccesso che si presenta nel corso del rapporto di finanziamento riguarda la garanzia reale mobiliare del pegno. Si tratta delle ipotesi in cui il valore dei beni dati in pegno è dunque della garanzia prestata (diversamente da quanto accade in ambito di ipoteca, in cui il valore della garanzia è fissato dal limite della somma iscritta, a prescindere dal valore del bene ⁽²¹⁾), diviene eccessivo rispetto all'ammontare del credito. Anche in

⁽²⁰⁾ ABF Napoli, 2 settembre 2014, n. 5427.

⁽²¹⁾ Come noto uno dei caratteri essenziali dell'ipoteca è costituito dal principio di specialità (art. 2809, comma primo, c.c., secondo cui "l'ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata in danaro"). La specialità si declina in due forme: quella relativa all'oggetto, nel senso che l'ipoteca può riguardare solo beni individuati (c.d. specialità oggettiva) e la specialità relativa alla somma, nel senso che il vincolo ipotecario deve essere riferito a uno specifico credito

questo caso, il divario è conseguenza di circostanze quali l'estinzione parziale del credito, oppure la rivalutazione dei beni che sono oggetto di garanzia. In queste ipotesi, non è infrequente che l'impresa creditizia rifiuti in via stragiudiziale di liberare parte di esso. Ciò nonostante il carattere normalmente divisibile dell'oggetto del pegno che è oggi più frequentemente impiegato in ambito bancario, vale a dire essenzialmente un pacchetto di valori mobiliari in serie.

L'esempio si trae dalla fattispecie decisa da ABF Torino, 3 aprile 2019, n. 9116. Residuati circa Euro 140.000 da restituire per un mutuo fondiario di Euro 200.000, già garantito da ipoteca di primo grado su beni aventi un valore di non meno di Euro 245.000, la banca rifiutava in sede stragiudiziale lo svincolo, anche solo parziale, della garanzia pignorizia rilasciata in sede di stipula, e rappresentata da un pegno su titoli del controvalore di Euro 50.000. Secondo il Collegio ABF di Torino, questa fattispecie di eccesso non sarebbe sindacabile, in considerazione del fatto che, diversamente dalla disciplina della garanzia ipotecaria (come già visto sopra nel contesto dell'eccesso in fase genetica del rapporto), le norme sulla garanzia pignorizia non riconoscono il diritto alla riduzione del pegno o liberazione del pegno, pur in presenza di un'accertata sopravvenuta sproporzione fra la misura di detto vincolo e il valore del credito garantito, e anzi ne prevedono testualmente l'integrità pur a fronte del parziale pagamento

e ad una somma determinata (c.d. specialità soggettiva). A quest'ultimo riguardo, occorre precisare che la somma di iscrizione da indicare nella nota non necessariamente corrisponde con l'importo del credito garantito, trattandosi di un elemento funzionale alla tutela dei terzi che hanno interesse a conoscere dalla nascita del vincolo ipotecario il limite massimo della garanzia, specie quando l'ammontare del credito non risulta dal titolo. Ne consegue che la prelazione ipotecaria è in concreto esercitabile solo fino al valore corrispondente alla somma iscritta, salve le estensioni consentite dall'art. 2855 c.c.

del debito. In particolare, si tratta delle già citate disposizioni dell'art. 2794, comma 1, c.c. sulla restituzione della cosa, nonché dell'art. 2799 c.c. sull'indivisibilità del pegno.

Non si rinvengono arresti che si pronunciano in senso contrario, ma occorre sottolineare che la soluzione in questione è messa in discussione da certa dottrina, che nella sostanza ritiene sindacabile anche nell'ambito del pegno il sopravvenuto carattere eccessivo della garanzia, e pertanto ipotizzabile una liberazione di alcuni dei beni oggetto di garanzia (nelle ipotesi in cui la garanzia è formata da beni divisibili) nel corso del rapporto di finanziamento, per il caso in cui nel corso dello stesso la garanzia divenga eccessiva per effetto di pagamenti parziali o di rivalutazione del bene oggetto di pegno.

A tale soluzione si giunge attraverso differenti percorsi argomentativi. Un primo autore, che si pronuncia con riferimento alla disciplina di diritto privato comune del pegno, sostiene la possibilità di applicare in via analogica alla garanzia mobiliare le norme sulla riduzione dell'ipoteca, ed in particolare dell'art. 2873, comma 2, c.c. che consente una riduzione proporzionale della somma iscritta nell'ipotesi in cui “sono stati eseguiti pagamenti parziali così da estinguere almeno il quinto del debito originario” ⁽²²⁾. Nell'ambito del pegno, la riduzione si riferirebbe non alla somma iscritta, bensì all'oggetto della garanzia, se rappresentata da beni divisibili, così consentendo la liberazione parziale dei beni dal vincolo.

Un altro autore si pronuncia invece con specifico riferimento all'ambito dell'operatività bancaria assistita da pegno. Rilevato il carattere normalmente divisibile del pegno utilizzato in ambito bancario (merci e titoli

⁽²²⁾ C. M. BIANCA, 151, che prosegue rilevando come “la contraria opinione fa leva sull'asserito carattere eccezionale della norma ipotecaria. Sembra per altro che la norma risponda ad un razionale temperamento degli interessi del costituente e del creditore pignoratizio, senza pregiudicare la funzione di garanzia del pegno”.

mobiliari in serie), l'autore, all'esito di un'originale ricostruzione di cui si tratterà ampiamente nel prosieguo e che contempla, da un lato, la riduzione della portata del principio di indivisibilità del pegno di cui all'art. 2799 c.c., e, dall'altro, una peculiare lettura delle regole sull'anticipazione bancaria di cui al codice civile, propone l'applicazione generalizzata ad ogni fattispecie di pegno bancario su cose divisibili della norma speciale dell'art. 1849 c.c. Tale disposizione sancisce il diritto del cliente di "ritirare in parte i titoli o le merci dati in pegno" nell'ipotesi di "rimborso proporzionale delle somme anticipate e delle altre somme spettanti alla banca", con il limite dell'ipotesi in cui "il credito residuo risulti insufficientemente garantito ⁽²³⁾. Ne deriverebbe, nel contesto delle relazioni di finanziamento in ambito bancario, la legittimità della pretesa di parziale liberazione dal pegno ogni qual volta esso abbia ad oggetto cose divisibili e la pretesa del creditore risulti adeguatamente cautelata dalla garanzia rimanente.

4. (Segue) *L'eccesso nell'iscrizione di ipoteca giudiziale*

Si è visto che l'eccesso di garanzia può manifestarsi sia nella fase genetica del rapporto di credito, sia nel corso della sua durata. Con riferimento a questo secondo momento, va poi aggiunto che la prassi in discorso può in particolare prendere forma al momento del decorso patologico della relazione di credito, in chiave preliminare rispetto all'instaurazione di azioni esecutive da parte della banca, attraverso l'iscrizione da parte di quest'ultima di ipoteca giudiziale sui beni del debitore in misura eccessiva rispetto alle esigenze di cautela del credito nella futura ed eventuale esecuzione forzata. In questo terza e ultima configurazione dell'eccesso di garanzia, il piano dell'indagine è molto diverso. Non ponendosi un tema di indagine circa i limiti

⁽²³⁾ M. PORZIO (1), 117 ss. L'articolata opinione di questo autore sarà più volte approfondita nel seguito del lavoro.

dell'autonomia negoziale, che non viene in rilievo stante la mancata partecipazione volitiva del cliente nella costituzione dell'ipoteca giudiziale, la direttrice va individuata nel precetto dell'impiego secondo prudenza da parte del creditore dello strumento dell'ipoteca giudiziale, precetto che si trae dalla disposizioni di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c.

In questo contesto, una tradizionale pratica bancaria e che emerge dall'osservazione giurisprudenziale consiste nell'iscrivere - normalmente sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo - ipoteca su un complesso di beni del debitore tra loro distinti che hanno un valore di molto superiore all'entità del credito; l'esempio che si trae da una recente pronuncia di legittimità (Cass. 13 dicembre 2021, n. 39441) è quello dell'ipoteca presa su immobili del valore complessivo di circa Euro 30.000.00, manifestamente esorbitante rispetto al credito portato da un'ingiunzione per soli Euro 110.000.

La casistica giurisprudenziale su questa fattispecie di eccesso è abbondante ed inoltre risalente nel tempo. Le domande del cliente sono normalmente volte ad ottenere il risarcimento dei danni patiti per effetto della condotta della banca. È evidente, infatti, che il comportamento in questione è astrattamente idoneo a cagionare una lesione patrimoniale, in termini di riduzione del valore dei beni ipotecati e facenti parte del patrimonio del debitore, o più specificamente in termini di perdita di occasioni di smobilizzare alcuni di tali beni in quanto oggetto dell'ipoteca, ovvero ancora di conseguire mediante gli stessi altri finanziamenti realizzando ulteriori operazioni economiche. E si noti che il pregiudizio in questione non pare venire meno nelle ipotesi in cui il vincolo ipotecario non sia idoneo ad esaurire il valore dei beni, in quanto operante sino al limite della somma di iscrizione (somma in questo scenario proporzionata rispetto al valore del credito), poiché la presenza di un'ipoteca di primo grado bancaria è comunque tale da diminuire commerciabilità e fruibilità dei beni in discorso.

Secondo l'orientamento che per lungo tempo ha guidato le pronunce

della Corte di Cassazione, condiviso anche da una parte consistente della dottrina, la condotta in discorso sarebbe sostanzialmente conforme a diritto e quindi non potrebbe giustificare alcuna pretesa risarcitoria ⁽²⁴⁾.

Tale conclusione è sorretta da plurimi argomenti, cui attingono sia gli autori che le corti. In primo luogo, viene richiamato l'art. 2838, comma 1 c.c., il quale, nel disporre che "Se la somma di danaro non è altrimenti determinata negli atti in base ai quali è eseguita l'iscrizione o in atto successivo, essa è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione", rimette al creditore la (libera) scelta di quali immobili sottoporre ad ipoteca giudiziale e non limita in alcun modo né indirizza tale unilaterale facoltà di scelta; il libero esercizio di tale diritto del creditore non potrebbe dunque mai comportare alcun danno risarcibile, difettando i necessari presupposti dei caratteri *contra ius* e *non iure* della lesione patrimoniale. In secondo luogo, è evocata la norma generale dell'art. 2740 c.c., secondo cui, come è noto, il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; in questa prospettiva, ogni bene del debitore potrebbe legittimamente essere oggetto di ipoteca giudiziale, in quanto quest'ultima è strumento funzionale ad assicurare la fruttuosità dell'esecuzione sui beni che ne sono oggetto. In terzo luogo, deporrebbe a favore di tale conclusione l'art. 2877 c.c.. Tale norma, nel porre a carico del debitore le spese necessarie per eseguire la riduzione dell'ipoteca, anche qualora consentita dal creditore (e salvo solo il caso, diverso da quello in esame, in cui la riduzione abbia luogo per eccesso nella determinazione del credito), non avrebbe alcuna logica

⁽²⁴⁾ In giurisprudenza l'affermazione di principio pare potersi ricondurre a Cass., 3 novembre 1961, n. 2548, in Foro pad., 1962, I, 740, con nota di A. MONTEL. Nello stesso senso anche, tra le tante, Cass., 29 settembre 1999, n. 10771, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 455 e in *Notariato*, 2000, 311 ss., Cass., 24 luglio 2007, n. 16308, in *DeJure* e Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Giust. civ.*, 2011, 2106. In dottrina, per tutti, si vedano G. GORLA-P. ZANELLI, 782 e D. RUBINO (1), 493.

qualora l'eccesso di iscrizione costituisse un illecito del creditore, il quale dovrebbe di conseguenza sopportare tutte le conseguenze derivanti dall'illecito stesso, tra cui appunto le spese funzionali alla riduzione.

Sulla base di questa fitta trama di argomenti, ricorre in giurisprudenza l'affermazione secondo cui “non incorre in responsabilità aquiliana il creditore che iscriva ipoteca su beni il cui valore complessivo ecceda, perfino di gran lunga, l'importo del credito garantito”, residuando uno spazio per l'affermazione di responsabilità risarcitoria in capo al creditore solo qualora egli abbia ‘resistito alla domanda di riduzione dell'ipoteca, con dolo o colpa grave’”⁽²⁵⁾. Infatti, corollario di questo tradizionale orientamento è il rilievo secondo cui l'eccesso di garanzia determinato dall'iscrizione di ipoteca giudiziale su beni di valore sproporzionato rispetto al credito sarebbe rimediabile (non a titolo risarcitorio ma) esclusivamente con un'iniziativa del cliente volta ad ottenere la restrizione dell'ipoteca ai sensi degli artt. 2874. Restrizione consentita - per l'ipoteca giudiziale - per il caso in cui “i beni compresi nell'iscrizione hanno un valore che eccede la cautela da somministrarsi”. Le modalità e i limiti della restrizione in questione sarebbero regolati dagli artt. 2875-2876 c.c., e le spese della pubblicità ipotecaria per tale formalità sarebbero a carico del debitore stesso, giusto il già evocato disposto dell'art. 2877, comma 1, c.c.

Da questa visuale, la possibilità del cliente di ottenere dalla banca il risarcimento di eventuali danni subiti sussisterebbe, come anticipato, nel solo caso di resistenza della banca nel giudizio di restrizione connotata da “mala fede o colpa grave” *ex* art. 96, comma 1, c.p.c., e per i danni che sono conseguenza immediata e diretta di tale comportamento processuale; in altre parole, il creditore risponderebbe a titolo risarcitorio unicamente secondo la speciale forma di responsabilità aquiliana rappresentata dalla responsabilità processuale di cui alla richiamata disposizione del codice di procedura, e nella

⁽²⁵⁾ Così Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, cit.

sola ipotesi in cui, avendo già iscritto ipoteca su beni di valore eccessivo, contesti la restrizione richiesta dal debitore essendo a conoscenza o dovendo conoscere in base alla diligenza esigibile il valore eccessivo dei cespiti vincolati.

Con riguardo a tale prassi e alla casistica di cui si è detto, l'arresto di Cass. 5 aprile 2016, n. 6533 ha tuttavia compiuto il primo significativo passo per una svolta nell'orientamento della giurisprudenza ⁽²⁶⁾. Nel caso deciso dalla Corte, ad un'ingiunzione per Lire 105.000.000 faceva seguito l'iscrizione di ipoteca su tutto il patrimonio del debitore, del valore di circa Euro 3.000.000. La Corte ha affermato che il creditore che iscriva ipoteca su beni di valore eccessivo rispetto al credito vantato può incorrere nella fattispecie speciale di responsabilità aquiliana di natura processuale di cui all'art. 96, comma 2, c.c., secondo cui “il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stat[a] [...] iscritta ipoteca giudiziale, [...] condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza”.

Tale affermazione segue ad un diretto confronto con l'orientamento tradizionale di cui si è detto poc'anzi, e ad un deciso superamento di molti degli argomenti spesi da tale orientamento. Anzitutto, la Corte statuisce che sia l'art. 2740 che l'art. 2828, nel conferire al creditore il diritto di scegliere i beni da assoggettare ad ipoteca tra tutti quelli che rientrano nel patrimonio del debitore, non consentono al creditore di abusare di tale diritto; e, considerato che la funzione dell'ipoteca giudiziale è quella di assicurare la fruttuosità della futura ed eventuale esecuzione forzata, l'iscrizione su beni di valore esorbitante risulta discostarsi dalla funzione tipica di tale istituto, implicandone un utilizzo per un fine diverso da quello previsto dall'ordinamento, e come tale non tutelabile. Ne consegue che “proprio la

⁽²⁶⁾ La sentenza si trova annotata in *Corriere giur.*, 2017, 4, con nota di M. BELLANTE; in *Nuova gur. civ. comm.*, 2016, 9, con nota di V. BELLOMIA.

strumentalità della garanzia reale rispetto a crediti determinati” porta a concludere che “ferma la libertà di scelta tra quali immobili, il valore degli stessi non possa non rapportarsi alla cautela riconosciuta”. In seconda battuta, la Corte evidenzia il carattere non dirimente dell’argomento offerto dall’art. 2877 c.c., che, nel porre le spese di riduzione a carico del debitore per l’ipotesi di iscrizione su beni eccessivi, troverebbe una ragionevole spiegazione, “oltre che nell’interesse e preponderante ed impellente che il debitore può avere a liberare beni vincolati ..., anche nella difficoltà, e conseguente soggettività, della valutazione dei beni da farsi da parte del creditore”.

Alla luce di tali notazioni, e assunta la natura essenzialmente processuale dell’istituto dell’ipoteca giudiziale, la Corte ritiene che il creditore che iscriva ipoteca su beni di valore eccessivo rispetto alla cautela necessaria pone in essere una condotta di abuso dello strumento di cautela che gli è conferito dall’ordinamento; in particolare “utilizza lo strumento processuale oltre lo scopo previsto dal legislatore per assicurarsi la maggiore garanzia possibile, ma determinando un effetto deviato in danno del debitore”. La soglia oltre il quale scatta l’eccesso è individuata dalla Corte attraverso il richiamo dei limiti della restrizione di cui agli art. 2875 e 2876 c.c., vale a dire nell’iscrizione che “supera di un terzo, accresciuto degli accessori, l’importo dei crediti iscritti”.

Ne deriva la massima secondo cui: “Nell’ipotesi in cui [...] risulti accertata l’inesistenza del diritto per cui è stata iscritta ipoteca giudiziale e la normale prudenza del creditore nel procedere all’iscrizione dell’ipoteca giudiziale, è configurabile in capo al suddetto creditore la responsabilità *ex* art. 96 c.p.c., comma 2, quando non ha usato la normale diligenza nell’iscrivere ipoteca sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri individuati nella legge (artt. 2875 e 2876 c.c.), così ponendo in essere, mediante l’eccedenza del valore dei beni rispetto alla cautela, un abuso del diritto alla garanzia patrimoniale in danno del debitore”.

Come osservato in dottrina ⁽²⁷⁾, il limite di tale arresto, che pure come detto rappresenta un punto di passaggio molto significativo specie nella misura in cui si confronta con gli argomenti posti a sostegno dell'orientamento tradizionale, consiste nel richiamo dell'art. 96, comma 2., c.p.c. Sussumendo la responsabilità del creditore in tale disposizione, si accoglie necessariamente il presupposto dell'accertata "inesistenza del credito" quale condizione imprescindibile per l'affermazione della responsabilità del creditore.

Il limite in questione viene peraltro messo in luce, per essere poi superato, dalla stessa giurisprudenza della Cassazione. In particolare, nel caso deciso pochi mesi dopo da Cass. 13 ottobre 2017, n. 24158 ⁽²⁸⁾, la Corte si confronta con una fattispecie in cui il ricorrente debitore aveva agito contro la banca invocando la responsabilità di quest'ultima per iscrizione di ipoteca giudiziale eccessiva, e tuttavia nel giudizio di merito il credito della banca era stato accertato come esistente, seppur in misura diversa da quella fatta valere in sede monitoria dallo stesso ente di credito. A fronte del rilievo di tale incontestato elemento di fatto, la Corte respinge la prospettiva di una qualsivoglia responsabilità della banca, considerato appunto che "è conosciuto e stabile orientamento della giurisprudenza di questa Corte che le responsabilità stabilite dalla norma dell'art. 96 vengono a trovare spazio di possibile applicazione solo nel caso di soccombenza totale [del creditore, ndr.], non anche in quella di soccombenza reciproca", vale a dire nell'ipotesi di accertamento del credito in misura diversa da quella indicata dalla banca in sede monitoria. Con riferimento al precedente del 2016, la Corte rileva peraltro che "la stessa pronuncia di Cass. 6533/2016 [...] non manca di confermare il detto orientamento, svolgendo l'intera sua motivazione sul

⁽²⁷⁾ M. BELLANTE, 485.

⁽²⁸⁾ La sentenza in questione non risulta annotata ma si può reperire sulla banca dati *DeJure*.

dichiarato, espresso presupposto dell'esistenza di una soccombenza totale" del creditore iscrivente ipoteca giudiziale.

Il definitivo *revirement* nella giurisprudenza della Cassazione pare essersi compiuto con la pronuncia di Cass. 13 dicembre 2021, n. 39441 ⁽²⁹⁾. Nel caso che si presenta all'esame della Corte, per un credito di circa Euro 110.000 fatto valere in sede monitoria, la banca aveva iscritto ipoteca sull'intero compendio immobiliare del debitore, stimabile in circa Euro 30.000.000, ed il cliente agiva contestando la responsabilità risarcitoria dell'istituto di credito, pur non avendo previamente ottenuto l'accertamento dell'assoluta inesistenza del credito.

La Corte, nella prima parte della motivazione, ripercorre gli argomenti portati a sostegno dell'orientamento tradizionale, ed in seguito riepiloga i decisivi rilievi svolti da Cass. 6533/2016 nel superare tali argomenti. Condivisi i passaggi chiave di quest'ultima pronuncia, in punto di "necessaria correlazione tra credito, importo iscritto e valore dei beni" su cui viene iscritta la garanzia, la Corte si dedica all'esame dell'individuazione del titolo di responsabilità della banca. In questo punto si distacca dal precedente di legittimità del 2016 e segna la definitiva svolta nella giurisprudenza della Suprema Corte, affermando la possibilità di ricondurre la condotta illecita della banca alla norma generale dell'art. 2043 c.c., per tale via affrancandosi dal necessario presupposto dell'inesistenza del credito di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c., e statuendo che anche nell'ipotesi in cui il credito risulti esistente può nondimeno affermarsi la responsabilità dell'istituto di credito per iscrizione su una quantità di beni di valore esorbitante rispetto al credito stesso.

In particolare, la Corte rileva che la previsione della speciale responsabilità processuale di cui all'art. 96 c.p.c. non esclude il concorso della

⁽²⁹⁾ La sentenza in questione è pubblicata su dirittobancario.it, con commento di A. CHIANALE (28 febbraio 2022).

disciplina generale dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. Con riferimento al diritto di iscrizione di ipoteca giudiziale, la Corte afferma che "il titolare deve goderne in termini consentanei con la relativa funzione di mezzo volto a creare una situazione di preferenza rispetto agli creditori, e non anche a determinare situazioni di discredito sociale e professionale, e, conseguentemente, di blocco del patrimonio e dell'attività del debitore". Considerato ciò e alla luce della disponibilità del rimedio di carattere generale dell'art. 2043 c.c, la Corte considera l'iscrizione di ipoteca giudiziale eccessiva come "condotta imprudente o negligente o contraria a buona fede o correttezza o abusiva del creditore ... sul piano dei sostanziali rapporti della vita comune di relazione", tale da legittimare un'azione ex art. 2043 c.c., a prescindere dall'eventuale sussistenza dei concorrenti presupposti dell'art. 96, comma 2, c.p.c.

La Cassazione conclude quindi nel senso che, laddove l'iscrizione intervenga su beni di valore eccessivo rispetto al credito, in aggiunta al rimedio della restrizione, il cliente ha diritto al risarcimento del danno eventualmente patito e connesso alla minore commerciabilità e possibilità di impiego degli immobili ipotecati, a prescindere dalla

Descritta l'evoluzione giurisprudenziale riferita al caso dell'ipoteca iscritta su beni di valore eccessivo rispetto al credito da garantire, occorre aggiungere che, sempre con riferimento all'ipoteca giudiziale, un'ulteriore condotta del creditore bancario testimoniata dall'esperienza giurisprudenziale e che può ricondursi alla generale prassi dell'eccesso di garanzia è quella dell'iscrizione presa per una somma sproporzionata rispetto al credito vantato. Come è noto, infatti, l'art. 2838 c.c. prevede che "Se la somma di danaro non è altrimenti determinata negli atti in base ai quali è eseguita l'iscrizione o in atto successivo, essa è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione". In Cass. 30 luglio 2010, n. 17902, ad esempio, sulla base di un'ingiunzione da scoperto di conto corrente per 151 milioni di Lire, la banca iscriveva ipoteca giudiziale per il doppio (Lire 300 milioni); all'esito del

giudizio di opposizione, il credito veniva accertato nella minor somma di circa 80 milioni di Lire. Come è evidente, anche tale comportamento presenta una potenziale attitudine lesiva degli interessi del debitore, considerato che i beni su cui è presa ipoteca sono oggetto di prelazione in favore del creditore iscritto fino alla concorrenza della somma indicata.

Va detto che la casistica ora in discorso si presenta con minore frequenza. Forse anche alla luce del fatto che la letteratura specialistica da sempre ritiene che tale fattispecie di eccesso – diversamente da quella costituita dall'eccesso nell'individuazione dei beni – costituisca un illecito ai sensi dell'art. 2043; ciò argomentando dal disposto dell'art. 2877, comma 1, c.c., che nella sola ipotesi di determinazione di somma esorbitante pone le spese della pubblicità a carico del creditore⁽³⁰⁾. Nello stesso senso si pronuncia tradizionalmente la giurisprudenza maggioritaria. Nondimeno, vi sono casi in cui, in giurisprudenza, si perviene a ritenere che anche la condotta in parola costituisca in fondo un comportamento legittimo da parte del creditore nell'ottica di cautelare la propria posizione; la stessa Cassazione sopra menzionata (n. 17902/2010) ritiene infatti che “il creditore che abbia iscritto ipoteca per una somma esorbitante [...] non può essere chiamato a risponderne a titolo di responsabilità”.

5. Cenni ai riflessi di inefficienza della prassi sul mercato del credito

Fornito un quadro delle varie manifestazioni del fenomeno dell'eccesso di garanzia in ambito bancario e delle eterogenee prese di posizioni in dottrina e giurisprudenza sulla legittimità delle singole fattispecie, va ora osservato che la prassi bancaria che si è tentato di descrivere in alcune delle sue molteplici espressioni costituisce un ostacolo per lo sviluppo di un efficiente mercato del credito bancario e, di riflesso, una

⁽³⁰⁾ D. RUBINO (1), 460; G. GORLA - P. ZANELLI, 248.

fonte di inefficienza potenzialmente foriera di intralci allo sviluppo delle attività imprenditoriali che necessitano di credito. Con un certo grado di approssimazione, si può infatti osservare che un comportamento che consiste nel vincolare a garanzia di un finanziamento beni di valore eccessivo rispetto alla cautela necessaria al creditore comporta anzitutto la riduzione della capacità del debitore di attrarre ulteriori crediti, utilizzando a garanzia proprio tali beni, ed implicando inoltre, per le garanzie che come il pegno implicano lo spossamento, la sottrazione di tali beni alla possibilità di un loro utilizzo produttivo.

Fermo questo rilievo di base, per provare a cogliere con maggior dettaglio i problemi sottesi alla prassi in discorso è opportuno sviluppare alcune notazioni sugli strumenti di garanzia e sulla loro incidenza sulla dinamica dell'erogazione di finanziamenti da parte delle imprese del credito.

Come è noto, i negozi di garanzia hanno la funzione di rafforzare un diverso e connesso vincolo obbligatorio, accrescendo la probabilità del creditore di una data obbligazione di essere soddisfatto ⁽³¹⁾. Tale obiettivo viene perseguito, nel contesto delle garanzie di tipo reale (pegno ed ipoteca), vincolando un determinato bene del debitore o di un terzo alla soddisfazione preferenziale del creditore nella fase esecutiva (prelazione); in quelle di tipo personale (fideiussione), mediante l'assunzione da parte di un terzo dell'obbligazione di adempiere in luogo del debitore ⁽³²⁾. Di là dal momento

⁽³¹⁾ Si fa quindi riferimento alla categoria della c.d. garanzia in senso tecnico, come enucleata da M. FRAGALI, 448 ss., in contrapposizione con la nozione ampia di garanzia, vale a dire “ogni mezzo apprestato dall'ordinamento giuridico per assicurare l'adempimento di un'obbligazione o il godimento di un diritto” (449); e come distinta dal concetto di garanzia patrimoniale generica.

⁽³²⁾ Secondo alcuni autori, le garanzie personali non possono essere ricondotte ad unità con le garanzie reali, perché esse integrano un mero allargamento quantitativo della responsabilità patrimoniale (C. MAIORCA, 52, nt. 1). Tuttavia,

e dalle forme con cui tali strumenti sono destinati ad operare, essi sono volti ad accrescere la sicurezza del creditore in relazione all'assolvimento dell'obbligazione restitutoria da parte del debitore; la loro utilità si apprezza sin dal momento della genesi del rapporto obbligatorio e per tutta la sua durata, riflettendosi anche sul valore di scambio della posizione creditoria ⁽³³⁾.

Gli strumenti di garanzia assumono un'importanza di sistema nel contesto del credito bancario. Infatti, in tale contesto, il rientro del debitore dal finanziamento concessogli ha un significato non limitato alla realizzazione del singolo rapporto obbligatorio instaurato con il cliente, ma va riferito alla dimensione imprenditoriale dell'attività, cioè assumendo la prospettiva dell'impresa che istituzionalmente svolge secondo criteri di economicità di gestione attività di erogazione di finanziamenti al pubblico. Da quest'angolo visuale, è evidente che le garanzie – che, conferendo all'impresa bancaria una maggiore sicurezza del rientro dei clienti, contribuiscono a “sbloccare” a monte le erogazioni – rappresentano un elemento essenziale per lo sviluppo dell'attività in questione, e per la conseguente espansione del mercato del credito nella direzione di un maggior supporto alle attività imprenditoriali che da tale credito sono alimentate.

deve preferirsi la tesi che accomuna le due fattispecie nella figura generale della garanzia in senso tecnico, considerato che la causa dell'obbligazione assunta dal garante non può che essere la *causa cavendi*, cioè quella di rafforzare un preesistente vincolo obbligatorio (M. FRAGALI, 455).

⁽³³⁾ Devono quindi ritenersi superate le concezioni essenzialmente processualiste delle garanzie, cioè le ricostruzioni secondo cui le garanzie sono destinate ad esprimere la loro utilità per il creditore nella sola fase eventuale dell'esecuzione forzata, a nulla sostanzialmente rilevando nel corso della durata del rapporto di credito. Per l'affermazione del “carattere sostanziale” della garanzia si v. per tutti C. MAIORCA, 55.

Queste notazioni di fondo sono condivise da numerosi studiosi che si sono negli ultimi decenni occupati delle garanzie del credito in ambito bancario. Per vero, essi, oltre a dare conto dell'importanza fondamentale delle garanzie per il mercato del credito, rilevano, pur con diversità di toni e accenti, un certo invecchiamento e una scarsa funzionalità degli strumenti di cautela che sono all'uopo tradizionalmente contemplati dal nostro ordinamento, a fronte delle attuali esigenze degli operatori; nel settore delle garanzie reali, i problemi risultano poi acuiti dalle inefficienze che caratterizzano il sistema dell'espropriazione forzata ⁽³⁴⁾. Questi autori affermano quindi che, per adeguatamente sostenere le esigenze del mercato del credito bancario, l'ordinamento debba dotarsi di strumenti di garanzia del credito maggiormente efficaci ed efficienti, che consentano la rapida soddisfazione del creditore in caso di inadempimento del debitore. Questo obiettivo deve essere perseguito in primo luogo attraverso il riconoscimento dell'autonomia negoziale in materia, così dando piena "cittadinanza" a figure di garanzia venutesi mutate da altri ordinamenti e già diffuse nella prassi dei traffici; in seconda battuta, a livello di eteronomia, con la costruzione in via legislativa di nuovi tipi di garanzia, se del caso modellati su quelli invalsi

⁽³⁴⁾ G. GRISI, 14 ss., rilevata l'esigenza di "ristabilire condizioni minime di efficienza di un ordinamento rilevatosi, alla prova dei fatti, profondamente inidoneo a far fronte alle nuove istanze emergenti dallo sviluppo economico e commerciale nei più diversi settori dell'economica, a partire da quello finanziario e creditizio", evidenzia, quali problemi principali dell'apparato di garanzie contemplate dal nostro ordinamento, (i) l'inefficienza dello strumento della garanzia reale mobiliare (nella misura in cui esige lo spossessamento del debitore); (ii) l'istituto dell'accessorietà come attributo considerato per così dire naturale e che nondimeno potrebbe pregiudicare la funzionalità della singola garanzia; (iii) le inefficienze del sistema dell'esecuzione forzata. Sul tema si vedano anche le considerazioni comparatistiche di M. BUSSANI, 167 e i rilievi di E. GABRIELLI, (3), 95 ss.; A. CHIANALE (1), 25 ss.; A. RAVAZZONI, (1), 79 ss.

nella prassi ⁽³⁵⁾.

Va anche aggiunto che, in questo prospettato processo di adeguamento del sistema delle garanzie del credito alla realtà economica e alle necessità degli operatori, è stato sino ad ora l'universo bancario a fare da guida ⁽³⁶⁾. In particolare, negli ultimi decenni, è stata l'attività dell'impresa bancaria avente ad oggetto la predisposizione dei contratti di garanzia a permettere la diffusione delle più significative forme alternative rispetto a quelle contemplate dal codice civile ⁽³⁷⁾. Al contempo, l'attività legislativa di

⁽³⁵⁾ Per un esempio di garanzia mutuata in alcuni suoi tratti da altri ordinamenti, diffusasi nella prassi e della cui utilità e legittimità ad oggi non è dato dubitare, pur in assenza di alcun intervento di eteronomia, si può menzionare il cd. contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*). Sull'evoluzione di tale figura si veda, per tutti, G.B. PORTALE, 25 ss.

Per quanto concerne invece le garanzie sviluppatesi nell'operatività e poi disciplinate dal legislatore va citata la figura del c.d. patto marciano, come noto disciplinato in ambito bancario tra gli altri dall'art. 48-bis del t.u.b., secondo cui: "Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca [...] può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore [...] della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore ...". Sui vari tipi di patto marciano accolti dal legislatore in discipline di settore si veda l'opera di G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO; per l'individuazione dei tratti essenziali che accomunano tali speciali serie legislative, v. A.A. DOLMETTA (1), 814 ss..

⁽³⁶⁾ Lo rileva A.A. DOLMETTA (2), 520, che discorre delle garanzie bancarie come strumenti di "propulsione del sistema".

⁽³⁷⁾ Anche nel contesto dell'attività di predisposizione del creditore bancario va richiamato, in ambito di garanzie personali, l'esperienza del contratto autonomo di garanzia, nonché lo sviluppo della prassi della c.d. fideiussione *omnibus*, quest'ultima quale sostanziale variazione rispetto al modello di fideiussione contemplato dal codice civile, nel suo garantire non un unico rapporto obbligatorio ma tutti i rapporti

creazione dei nuovi modelli di cautela creditoria si è sviluppata quasi esclusivamente nel settore della normativa bancaria ⁽³⁸⁾. Per queste ragioni si discorre in letteratura delle garanzie bancarie come di un'autonoma categoria, nel contesto della quale la presenza dell'impresa bancaria come parte creditrice comporta delle deviazioni (di fonte legale o convenzionale) rispetto alla disciplina comune ⁽³⁹⁾.

che interessano il cliente. Inoltre, va messa in luce l'esperienza delle cd. garanzie negative (*covenants*), strumenti che assumono via via maggiore diffusione ed importanza nel contesto dei contratti di finanziamento per intraprese di rilevanti dimensioni. Su di essi si vedano per tutti i contributi di G. PIEPOLI (1) e (2).

⁽³⁸⁾ Oltre alla già menzionata norma del patto marciano per il finanziamento alle imprese di cui all'art. 48 bis del t.u.b., va ricordata la figura di marciano contemplata nell'ambito del pegno mobiliare non possessorio dall'art. 1, comma 7, lett. d) della l. n. 119/2016, la figura introdotta nel contesto del prestito vitalizio ipotecario dalla legge 2 aprile 2015, n. 44 ed infine quella riferita al credito immobiliare ai consumatori di cui all'art. 120-quinquiesdecies T.U.B.

Fuori dall'ambito delle relazioni bancarie, in quanto a disposizione di tutti gli imprenditori iscritti al registro delle imprese, va segnalata la figura del pegno non possessorio, introdotta come noto dall'art. 1 del decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59 e che tuttavia risulta essere una concreta possibilità solo dal giugno 2023 all'esito della messa a disposizione da parte dell'Agenzia delle Entrate del registro informatico essenziale per l'opponibilità del vincolo a terzi.

⁽³⁹⁾ Nelle trattazioni dedicate al tema non vi è univocità di vedute sulla perimetrazione della categoria dogmatica delle garanzie bancarie. A.A. DOLMETTA (2), 514, propone di considerare in modo trasversale tutte le ipotesi di garanzia cd. attive, vale a dire le "garanzie poste a supporto del credito", escludendo così le cd. garanzie passive, cioè il cd. credito di firma, che, nella prospettiva assunta dall'a., "del credito medesimo rappresenta una forma di esercizio". M. BUSSOLETTI, 377, propone come criterio ordinante la presenza di "alterazioni rispetto al consueto modello legislativo" ovvero anche la presenza di "problemi applicativi diversi o comunque ulteriori" dipendenti dal fatto che il beneficiario è una banca. Altri autori,

Questi rilievi non sembrano però esaurire il discorso in merito all'incidenza che gli strumenti di garanzia e il loro impiego da parte dell'impresa creditrice producono sul mercato del credito bancario. Spostando la visuale dalla prospettiva dell'interesse del creditore alla sfera del debitore, bisogna infatti considerare che il rilascio di garanzie in favore dell'impresa rappresenta tendenzialmente un rilevante costo. Esso si declina diversamente in considerazione della tipologia della garanzia data. Nel caso di garanzia reale, si tratta di un pregiudizio subito dal concedente (debitore o terzo datore) in termini di diminuzione del valore di mercato del cespite, in quanto vincolato allo scopo di garanzia. Nello specifico contesto del pegno, poi, la vicenda dello spossessamento comporta l'ulteriore sacrificio economico di impedire l'utilizzo del bene: nocimento rilevante specie se si tratta di bene produttivo di cui è titolare un cliente impresa. Nel caso delle garanzie personali, invece, il costo si apprezza non in termini di immediato pregiudizio al valore di un patrimonio, ma nella prospettiva dell'esposizione delle persone fisiche interessate al conseguimento del finanziamento da parte del debitore ad un rischio di tipo finanziario, cioè a quello dell'escussione per inadempimento del debitore.

Accolta questa visuale, si può notare un primo e rilevante riflesso di inefficienza che la prassi bancaria dell'eccesso di garanzia produce sul mercato del credito. Nella misura in cui le garanzie richieste dall'impresa risultano effettivamente sovrabbondanti rispetto alle esigenze di sicurezza del creditore, esse rappresentano esclusivamente un costo che viene a gravare sul debitore o su soggetti ad esso collegati. Tale costo è idoneo ad ostacolare la contrazione di nuovi finanziamenti e costituisce dunque in linea generale un

quali ad esempio, V. CAPPUCILLI-D. CORAPI, 1, si dedicano ad esaminare una serie di figure di garanzie diffuse nella prassi bancaria (tra tutte le varianti *omnibus* di fideiussione e pegno), senza affrontare il tema generale della perimetrazione della categoria.

ostacolo all'espansione del mercato del credito bancario, specificamente quello rivolto alle imprese. Si pensi alla fattispecie di eccesso rappresentata dal rilascio al momento della genesi del rapporto di un complesso di garanzie reali di valore di molto superiore rispetto al credito erogato. Tale condotta, oltre a pregiudicarne il valore di mercato dei cespiti vincolati, in linea generale riduce la possibilità che essi siano utilmente impiegati per garantire ulteriori finanziamenti. Se poi si pone a mente il caso dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale per somma eccessiva rispetto al credito vantato, si nota come la potenzialità dell'immobile di garantire diverse esposizioni finanziarie venga esaurita per fini ultronei rispetto alla cautela del singolo credito della banca, che potrebbe essere adeguatamente garantito dall'iscrizione di una somma minore. Lo stesso vale evidentemente nelle ipotesi di garanzie che divengono eccessive nel corso del rapporto di credito: i beni, se liberati, potrebbero essere utilizzati per garantire altre esposizioni e dunque contrarre nuovi finanziamenti, e quindi in ultima analisi consentire l'espansione del mercato del credito.

La prassi delle imprese bancarie di pretendere e poi mantenere nel corso del rapporto garanzie eccessive rispetto alle esigenze di cautela del credito rappresenta quindi un elemento di inefficienza nella misura in cui è in grado di pregiudicare lo sviluppo del mercato del credito.

Un secondo problema connesso alla prassi in questione si coglie assumendo nuovamente la prospettiva dell'impresa del credito. Il rilievo di fondo è che l'ottenimento di garanzie eccessive possa, almeno in alcuni casi, rappresentare il riflesso operativo e il rimedio di carenze nell'organizzazione imprenditoriale del creditore, che interessano il particolare profilo della predisposizione di adeguate procedure volte alla valutazione del merito creditizio del potenziale cliente ⁽⁴⁰⁾. In altre parole, in presenza di presidi

⁽⁴⁰⁾ Tra le principali direttive che si traggono dalla fitta rete regolatoria nazionale e sovranazionale che disciplina l'attività di erogazione di finanziamenti da parte delle

banche vi è l'obbligo di valutare il merito creditizio del potenziale affidato. Tale attività, che pure risponde all'interesse istituzionale della banca a verificare la solvibilità degli affidati, viene oggi concordemente inteso dalla dottrina come obbligo volto a tutelare l'interesse del cliente a ricevere un finanziamento che sia "sostenibile", vale a dire che il cliente stesso sia in grado di restituire fisiologicamente, senza dover realizzare operazioni straordinarie o che in ultima analisi possono determinare un detrimento patrimoniale. In questo senso si veda per tutti P. SIRENA (1), 7, secondo cui: "La valutazione preventiva del merito creditizio del consumatore deve essere pertanto riguardata in un'ottica non soltanto prudenziale, ma anche di tutela di colui che ha formulato la richiesta di finanziamento, trattandosi di un filtro che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del cliente".

Le norme che positivizzano l'obbligo in discorso sono l'art. 124-bis, comma 1, del t.u.b. (in base al quale "Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente") e l'art. 120-undecies, comma 1, dello stesso t.u.b. ("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").

È noto che i problemi principali oggetto di indagine da parte della nostra dottrina attengono, anzitutto, alla possibilità di estendere l'applicazione delle due norme - che si riferiscono ai settori speciali del credito al consumo e del credito immobiliare ai consumatori - all'intero universo del credito bancario (quesito risolto in senso positivo da giurisprudenza della Cassazione: si veda in particolare l'importante pronuncia di Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in dirittobancario.it con commento di A.A. DOLMETTA (ottobre 2021), in una fattispecie di credito di

organizzativi insufficienti per un'adeguata analisi del merito di credito del cliente, il rientro dalla singola esposizione viene in ogni caso assicurato dalla banca attraverso la predisposizione di un pacchetto di garanzie senz'altro ampiamente sufficiente, nell'ottica di fronteggiare anche l'eventualità in cui il credito erogato al cliente non fosse per quest'ultimo "sostenibile" sin dal principio ⁽⁴¹⁾. Ed il rimedio in questione, nell'invertirsi del rapporto tra causa ed effetto, può a sua volta rappresentare un disincentivo per il miglioramento delle procedure interne di valutazione del merito creditizio: l'attività in questione perde infatti del suo carattere essenziale - nell'ottica dell'impresa - se il rientro è comunque certo alla luce della presenza delle garanzie. Si tratta di un ulteriore elemento di inefficienza, considerata l'importanza sistemica di una corretta valutazione del merito creditizio per il corretto funzionamento del mercato del credito ⁽⁴²⁾.

impresa). In secondo luogo, gli autori si interrogano sulla possibilità di rimediare a livello negoziale (e non solo con sanzioni amministrative di impresa) alla violazione di tale obbligo, nonché su quale rimedio civilistico sia corretto evocare, tra i due poli della tutela invalidatoria e di quella risarcitoria (per primi riferimenti in tema si vedano i contributi di L. MODICA, 510 e F. SALERNO, 1426 ss.).

⁽⁴¹⁾ L'erogazione di un montante di credito che sia sostenibile per il finanziato risponde ad una logica di conservazione del cliente finanziato al mercato del credito: "Come appare allora evidente, letta nel contesto del rapporto tra finanziatore e debitore, la regola in esame risulta perseguire un obiettivo composto da due lati: evitare che nel concreto si verifichino le conseguenze potenzialmente devastanti del *default* del debitore [...] significa conservare il debitore al mercato e perciò, in termini latini, conservare il mercato". Così A.A. DOLMETTA (3), 8.

⁽⁴²⁾ Nella prospettiva del cliente consumatore, la corretta valutazione del merito di credito è momento essenziale per evitare un patologico sovraindebitamento (così per tutti G. PIEPOLI (3), 48). Nella prospettiva del cliente impresa, invece, l'interesse è quello di non incorrere in ipotesi di ricorso abusivo al credito (Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, cit.). In entrambi i casi la patologia del rapporto presenta potenziali

Le considerazioni sopra esposte paiono alimentare anche un passaggio della “Relazione finale sugli orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti”, resa pubblica dall’Autorità Bancaria Europea lo scorso giugno 2020. Nell’affrontare le modalità di una corretta analisi del merito di credito ad opera dell’impresa bancaria, l’Autorità mostra di aver rilevato il rischio di una sorta di circolo vizioso nel rapporto tra valutazione del merito di credito e acquisizione di garanzie, nell’osservare che “Nel valutare il merito creditizio del cliente, gli enti dovrebbero porre enfasi su una stima realistica e sostenibile del reddito e del flusso di cassa futuro del cliente, e non sulla garanzia reale disponibile. La garanzia reale non dovrebbe essere di per sé un criterio dominante per l’approvazione di un finanziamento e non può di per sé giustificare l’approvazione di un contratto di prestito. *La garanzia reale dovrebbe essere considerata la seconda via d’uscita dell’ente in caso di default o di deterioramento significativo del profilo di rischio e non la fonte primaria di rimborso*, ad eccezione di quando il contratto di prestito prevede che il rimborso del prestito si basi sulla vendita dell’immobile dato in garanzia o sulla garanzia reale liquida fornita” (corsivi aggiunti) ⁽⁴³⁾.

6. *Sul principio di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito. Cenni su un’impostazione del dibattito*

Nonostante la rilevanza per il corretto funzionamento del mercato del credito cui si è appena fatto cenno, e il suo carattere diffuso (oltre che multiforme) quale emerge dall’osservazione giurisprudenziale, la prassi dell’eccesso di garanzia bancaria non pare essere stata oggetto di approfondita attenzione da parte della nostra dottrina civilistica. Più precisamente, può dirsi

riflessi negativi sul mercato in cui detti clienti operano.

⁽⁴³⁾ Il passaggio trascritto nel testo si trova alle pagine 30 e 33 del documento, nella sezione dedicata alla valutazione del merito di credito di piccole, medie e grandi imprese. Il documento si può reperire sul sito www.eba.europa.eu.

che solo la condotta avente ad oggetto l'eccesso nell'iscrizione di ipoteca giudiziale (nella particolare forma della iscrizione su quantità eccessiva di beni) è da tempo esaminata in modo approfondito nella prospettiva della sua liceità, con riferimento al tema dell'eventuale responsabilità risarcitoria della banca, e in una prospettiva peraltro prevalentemente attenta all'esame delle norme specifiche che regolano la fattispecie. Non si riscontra invece in letteratura un dibattito sulla legittimità delle altre e varie forme in cui l'eccesso prende forma in ambito bancario, né sulla possibilità di sindacare in generale la liceità dell'eccesso di garanzia con riferimento ai parametri offerti dall'ordinamento positivo, se del caso astraendo dalla singole serie disciplinari per elaborare dei principi generali della materia.

Va tuttavia segnalato che, con riferimento all'ambito generale del diritto privato comune, e quindi senza agganciare le riflessioni allo specifico settore del credito bancario e al comportamento delle relative imprese, si registrano alcune opinioni ed un principio di dibattito sulla generale liceità dell'eccesso di garanzia nella prospettiva di elaborare un principio generale in materia.

Invero, l'autore che risulta aver maggiormente dedicato attenzione al tema ha teorizzato oltre vent'anni fa la vigenza di un principio di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito, principio del cui contenuto precettivo si è già in parte anticipato⁽⁴⁴⁾. Secondo questa dottrina, dalla

⁽⁴⁴⁾ Il principio di proporzionalità è come noto rilevante in numerosi settori dell'ordinamento. Limitandoci in questa sede ai rilievi essenziali, va menzionato anzitutto l'ambito comunitario, in cui il principio in questione costituisce tradizionale parametro di valutazione della legittimità degli atti delle istituzioni dell'Unione Europea negli specifici termini di legittimità nell'esercizio delle competenze dell'Unione (ai sensi dell'art. 5 TUE, infatti, "il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione devono limitarsi a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati"). Dall'ambito sovranazionale, il principio in questione

disciplina delle garanzie, sia reali che personali, potrebbe desumersi una regola generale in forza del quale l'ordinamento pretenderebbe sempre un rapporto di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia - inteso come relazione di adeguatezza dal punto di vista quantitativo tra i due valori in questione - con il che sarebbe sempre "immeritevole una ipoteca di valore sperequato rispetto al credito, e ciò tanto per la garanzia ipotecaria

risulta essere stato transitato nel diritto amministrativo interno, come dimostra la giurisprudenza del Consiglio di Stato: "Come è noto, il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi" (così ad esempio Cons. Stato, 20 febbraio 2017 n. 746 22 maggio 2013 n. 964). In ambito penalistico, si veda poi l'art. 49, comma terzo, della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

Con riferimento specifico al diritto civile, il principio di proporzionalità è evocato non solo nel contesto dei negozi di garanzia, ma anche con riguardo ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. In particolare, un certo orientamento dottrinario ritiene che gli strumenti del sequestro conservativo, dell'azione revocatoria e dell'azione surrogatoria, debbano essere impiegati nell'osservanza di un limite di proporzionalità per non sconfinare in un illegittimo abuso degli stessi (sul tema si veda sul tema la monografia di F. LAZZARELLI e il saggio di M. GALLETTI). Il principio di proporzionalità risulta altresì evocato in ambito civilistico nel tentativo di delineare limiti alle facoltà del creditore di agire in espropriazione forzata (U. NATOLI-E. BIGLIAZZI GERI, 2), nonché, in alcune trattazioni, quale strumento di eteronomia idoneo a sindacare l'equilibrio economico dello scambio di autonomia (G. PERLINGIERI, 37 s.)

quanto per il pegno e per tutte le altre forme tipiche o atipiche di garanzia”⁽⁴⁵⁾.

In particolare, deporrebbero in questo senso una pluralità di norme nel contesto delle diverse figure di garanzia. In tema di ipoteca, l’art. 2873, comma 2, c.c., che, nell’ambito dell’ipoteca volontaria, consente di ottenere la riduzione della somma iscritta nell’ipotesi in cui siano eseguiti pagamenti parziali tali da estinguere almeno il 1/5 del debito originario; inoltre, l’art. 2875 c.c., secondo il quale il valore dei beni eccede la cautela da somministrarsi (legittimando la restrizione dell’ipoteca giudiziale) se supera di 1/3 l’importo dei crediti iscritti accresciuti degli accessori a norma dell’art. 2855 c.c. In tema di garanzie personali, l’autore evoca l’art 1941, comma primo, c.c., secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose, nonché il comma terzo della stessa norma, che prevede che la fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell’obbligazione principale.

Insomma, le norme richiamate, lungi dall’essere disposizioni eccezionali, costituirebbero precipitato del principio di proporzionalità, quale “principio imperativo per tutto il sistema delle garanzie”⁽⁴⁶⁾, che sul profilo disciplinare comporterebbe, secondo l’autore, la nullità per difetto di causa concreta e conseguente difetto di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, c.c. della garanzia sproporzionata rispetto al valore del credito.

Occorre notare in primo luogo che la riflessione dell’autore in questione non considera le diverse configurazioni in cui si è visto manifestarsi l’eccesso di garanzia nella prassi (specie in quella bancaria). In particolare, nello svolgersi del pensiero non si distingue tra eccesso nella fase genetica ed eccesso sopravvenuto nel corso del rapporto di credito. In questa sede si può

⁽⁴⁵⁾ Così P. PERLINGIERI, (2), 562. V. anche P. PERLINGIERI, (1), 335.

⁽⁴⁶⁾ Così P. PERLINGIERI, (2), 346.

osservare che il rimedio proposto dall'autore (nullità della garanzia sproporzionata) pare in sé più idoneo a rispondere all'eccesso nella fase genetica, mentre male si concilia con i problemi che governano la fase esecutiva del rapporto di garanzia nel contesto della quale può manifestarsi l'eccesso sopravvenuto di garanzia. In secondo luogo, va notato che le riflessioni in discorso non distinguono tra garanzie reali e personali, per quanto la definizione del principio di proporzionalità quale relazione di adeguatezza dal punto di vista quantitativo tra i valori in campo fa apparire l'elaborazione teorica in questione di per sé più pertinente al campo delle garanzie reali, ove in effetti si pone un tema di confronto tra valori omogeni (valore monetario del credito e della garanzia).

Fatte queste opportune precisazioni sulla tesi della vigenza nel sistema di un principio di proporzionalità, si deve precisare che a essa hanno aderito alcuni autori. Il più significativo contributo in materia è costituito da una monografia del 2012, ove il principio questione è perno centrale delle riflessioni ed è espressamente riferito alle garanzie reali dell'ipoteca e del pegno ⁽⁴⁷⁾. Alla luce di tale principio, con riferimento all'ipoteca, l'autore si dedica in particolare ad approfondire il giudizio di validità dell'operazione di rilascio di ipoteca convenzionale esorbitante, concludendo nel senso del carattere non meritevole delle due operazioni costituite dal rilascio di ipoteca su una quantità di beni eccessivi rispetto al credito, e di titolo ipotecario che contenga una somma eccessiva rispetto al valore del credito. Sul profilo rimediabile, l'autore precisa le conseguenze di tale giudizio di non rispondenza dell'ipoteca esorbitante ai parametri protetti dall'ordinamento, reputando eccessivamente lesiva per il creditore l'effetto della caducazione della garanzia, e rimedio "più idoneo" quello della "perequazione dell'assetto di interessi a opera del giudice, il quale potrebbe individuare la misura quantitativa della proporzione nei parametri fissati dal codice per la

⁽⁴⁷⁾ Si fa riferimento all'opera di S. GIOVA.

riduzione”⁽⁴⁸⁾. Con riferimento al pegno, l’autore ripropone le medesime considerazioni in punto di immeritevolezza e lo stesso rimedio della perequazione ad opera del giudice, osservando altresì che a tali conclusioni non osterebbe il principio di indivisibilità del pegno di cui all’art. 2799 c.c., considerato che tale norma precluderebbe il solo riequilibrio di uno sbilanciamento verificatosi “nel corso del rapporto”; laddove il “riequilibrio al quale tende la proporzionalità [...] ha ad oggetto l’assetto degli interessi inizialmente voluto dalle parti nel rapporto di garanzia”⁽⁴⁹⁾.

Altri autori mostrano di aderire alla tesi che postula l’esistenza di un principio di proporzionalità nel contesto di contributi dedicati ad altri temi. In un saggio dedicato ai principi generali che operano in ambito di garanzie, un autore menziona la “proporzionalità tra debito e garanzia” come aspetto specifico in cui si declina l’equilibrio economico-normativo del sinallagma che sarebbe imposto dall’eteronomia nell’ambito di tali negozi, non distinguendo a questo riguardo tra garanzie reali e personali⁽⁵⁰⁾.

Analoga convinzione circa la vigenza del principio di proporzionalità è espressa nell’ambito di due saggi dedicati alle garanzie cd. negative (*covenants*), vale a dire quegli strumenti negoziali che “mirando a garantire l’adempimento delle obbligazioni da parte del debitore nei confronti del finanziatore, pongono a carico del primo un complesso di obblighi di comportamento, modellando altresì su di essi la stessa gestione dell’impresa”⁽⁵¹⁾. In tale particolare contesto, di per sé non riducibile né all’ambito delle garanzie reali né di quelle personali, l’autore ricollega il principio in esame alla norma generale dell’art. 1179 c.c., ritenendo che “il codice stesso disegn[i], in via di principio, i requisiti della buona garanzia:

⁽⁴⁸⁾ S. GIOVA, 58.

⁽⁴⁹⁾ S. GIOVA, 122.

⁽⁵⁰⁾ M. ANGELONE, 468 s.

⁽⁵¹⁾ G. PIEPOLI (2), 508; G. PIEPOLI (1), 425.

essa deve essere comunque ‘idonea’, ovvero ‘sufficiente’ (art. 1179 c.c.), dunque proporzionata al rischio che grava sul creditore”⁽⁵²⁾. Nell’ambito specifico dei *covenants*, in particolare, il giudizio di proporzionalità prescinderebbe, come nel caso delle garanzie personali, da un controllo dell’adeguatezza di due valori contrapposti (valore del credito e della garanzia), e prenderebbe la forma nel giudizio di validità di cui all’art. 1379 c.c. Pertanto, secondo questo autore, risulteranno validi i limiti imposti negozialmente all’attività economica del debitore, a condizione che “rispond[ano] a un apprezzabile interesse del creditore” (1379 c.c.), e che non siano eccessivi rispetto al parametro di una garanzia “sufficiente”, cioè sia nella fase di stipula che nel contesto dell’esecuzione del rapporto di finanziamento (nel senso che un vincolo, ad esempio di non distribuzione di utili, gravante sull’attività economica della società debitrice, non eccessivo al momento della stipula potrebbe, per circostanze sopravvenute, ad esempio l’intervenuta estinzione di parte significativa del debito, risultare successivamente sproporzionato rispetto alle esigenze di cautela del finanziatore).

Sulla vigenza del principio in questione, in dottrina si registrano anche opinioni di senso contrario, che ritengono che non esista nell’ordinamento alcuna regola di proporzionalità nell’ambito dei negozi di garanzia. Più in particolare, nel confrontarsi con gli sviluppi giurisprudenziali in tema di eccessiva iscrizione di ipoteca giudiziale, in un contributo di taglio generale dedicato alle garanzie reali, vi è chi rileva che “il problema della proporzione tra credito e garanzia [...] è estraneo al settore delle garanzie volontarie”, e che “il discorso sulla proporzionalità è coerente con i criteri di efficienza economica per la sola ipoteca giudiziale e deve conservare un’applicazione restrittiva”; nell’ambito delle garanzie volontarie, infatti, l’efficienza economica sarebbe assicurata dalla “libera contrattazione delle parti”, e non

⁽⁵²⁾ G. PIEPOLI (2), 508; G. PIEPOLI (1), 425.

sarebbe necessario né auspicabile alcun intervento di eteronomia ⁽⁵³⁾.

Simile posizione è espressa in un saggio dedicato al medesimo tema degli sviluppi giurisprudenziali in tema di ipoteca giudiziale eccessiva. A sostegno della notazione secondo cui va esclusa l'esistenza di una regola che imponga "una generale e necessaria proporzionalità delle garanzie rispetto al credito" e che consenta di mettere in discussione la validità o rideterminare la garanzia convenuta dalle parti, nell'ottica di assicurare "pieno valore al principio di vincolatività dell'autonomia privata", l'autore affronta alcune disposizioni evocate dal contrario orientamento, proponendosi di dimostrare che esse non valgono in realtà a fondare l'esistenza di alcun principio di proporzionalità. In particolare, l'autore segnala che l'art. 2875 c.c., che consente la restrizione dell'ipoteca che superi una certa soglia, è norma inapplicabile all'ipoteca volontaria in base al disposto dell'art. 2873, comma 1, c.c. Analogamente, nessun peso potrebbe attribuirsi alle regole contenute nell'art. 1941 c.c., miranti a far coincidere il valore della garanzia con l'importo del credito garantito, considerato che tali disposizioni avrebbero natura eccezionale e si applicherebbe quindi esclusivamente alla garanzia fideiussoria ⁽⁵⁴⁾.

A chiusura del quadro delle poche opinioni espresse in dottrina va segnalata la singolare posizione di un autore che in più saggi si esprime in termini dubitativi circa la vigenza di una regola di proporzionalità tra debito e garanzia ⁽⁵⁵⁾. Questo autore pare riconoscere che gli sviluppi giurisprudenziali, ad esempio in tema di ipoteca giudiziale eccessiva, indichino una certa e significativa apertura dell'ordinamento all'emergere di una generale regola di proporzionalità nell'ambito dei negozi di garanzia. Peraltro, si ipotizza l'applicabilità della regola in questione anche nell'ambito

⁽⁵³⁾ A. CHIANALE (1), 84-86.

⁽⁵⁴⁾ D. ACHILLE, 476-482.

⁽⁵⁵⁾ S. PAGLIANTINI, (1), 897 ss.; S. PAGLIANTINI (2), 1720 ss.

delle alienazioni in garanzia, ed in particolare in quelle assistite da patto marciano. La fattispecie immaginata è quella “di sproporzione tra il valore del finanziamento ed il *fair value* del *collateral* all’atto della stipula”. In un contesto simile, il meccanismo marciano – che come noto prevede essenzialmente la stima indipendente del valore del bene dato in garanzia al momento dell’inadempimento e la restituzione del “supero” al debitore alienante – non necessariamente porta a soluzioni efficienti; resta infatti possibile il caso di alienazione di un bene di valore di molto superiore rispetto al credito, e potenzialmente funzionale all’attività imprenditoriale del debitore. Insomma, nelle parole dell’autore, “quando più di uno siano i cespiti dell’imprenditore e la banca si trovi a pretendere quello di maggior valore ‘nonostante’ la capienza ‘adeguata’ degli altri”, “perché non sostenere apertamente che si è al cospetto di un ‘illecito’ incidente negativamente sull’oggetto della garanzia patrimoniale?”⁽⁵⁶⁾

Al contempo, si osserva come le norme dell’ordinamento, tra cui quelle richiamate dagli opposti orientamenti che si confrontano sulla vigenza del principio, non possono in effetti ritenersi tali da manifestare univocamente l’esistenza di tale regola di proporzionalità. In particolare, l’art. 2873, comma 1, c.c., escludendo sia la riduzione che restrizione nel caso di ipoteca volontaria (o meglio nel caso in cui “la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o per sentenza”), osterebbe ad una rideterminazione giudiziale del vincolo sproporzionato o alla affermazione dell’invalidità del vincolo sproporzionato. Alla luce di ciò, l’autore conclude che l’affermazione della vigenza di una regola di proporzionalità quale “correttivo” delle garanzie eccessive “passa per il sollevare una questione di costituzionalità dell’art. 2873”, con riferimento ai parametri generali di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ S. PAGLIANTINI, (2), 1721.

⁽⁵⁷⁾ S. PAGLIANTINI (1), 915.

Va segnalato che il dibattito dottrinario sull'esistenza di un generale principio di proporzionalità tra garanzie e credito ha avuto un certo riflesso nella giurisprudenza e in ABF pronunciatasi con riguardo ai casi di eccesso di garanzia in ambito bancario. In particolare, quanto alla giurisprudenza, può dirsi che le sentenze che maggiormente segnano l'evoluzione giurisprudenziale in tema di ipoteca giudiziale iscritta su quantità di beni eccessivi (vale a dire gli esaminati arresti di Cass. 6533/2016 e 39441/2021), pur non evocando espressamente tale principio nei termini intesi dalla dottrina di cui si è detto, si mostrano aperte a considerazioni di proporzione nel confronto tra i valori del credito e della garanzia, e tale apertura vale senz'altro a supportare, insieme ad altri argomenti - quale in particolare le considerazioni relative al limite dell'uso abusivo del diritto di scelta del creditore di cui all'art. 2828 c.c. - la conclusione nel senso dell'illiceità del comportamento della banca che vincoli una quantità di beni esorbitante rispetto al valore del credito. Si veda in particolare il seguente passaggio di Cass. 39441/2021, cit.: "il creditore il quale iscriva ipoteca giudiziale su beni il cui valore sia eccedente (*a fortiori* se sproporzionato) rispetto all'importo del credito vantato, può essere chiamato [...] a rispondere *ex art. 2043 c.c.*, [...] non potendo dirsi al creditore attribuito il potere di iscrivere ipoteca sui beni del debitore senza alcun limite di continenza o proporzionalità della cautela".

Simili considerazioni possono svilupparsi con riguardo alle decisioni ABF. Infatti, le decisioni che si spingono ad effettuare un sindacato sulle varie fattispecie di eccesso di garanzia, sostengono tale conclusione anche attraverso l'affermazione dell'esistenza di un principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, che consentirebbe di sindacare la garanzia eccessiva ottenuta dalla banca (laddove le decisioni che, al contrario, escludono tale sindacato di legittimità della condotta del creditore, si soffermano esclusivamente come visto sulla disciplina specifica della singola figura di garanzia, senza interrogarsi sull'esistenza di una regola generale in

materia). Nel senso della vigenza del principio, si veda in particolare già citata di ABF Roma, 28 ottobre 2011, n. 2359, ove si legge al riguardo che “Sotto altro e più specifico profilo, va invece evidenziata l’esistenza di un principio generale di proporzionalità delle garanzie creditorie rispetto all’entità del debito cui esse accedono. Principio che trova applicazione, ad esempio, nell’art. 2872 cod. civ. Nel quadro così delineato, non può sottrarsi a una valutazione negativa, ad avviso del Collegio, la condotta della banca, la quale, a fronte di un’iscrizione ipotecaria e della cessione di un credito da parte del suo debitore, pretende la costituzione di un vincolo pignoratorio su somme che essa stessa concede in prestito a quest’ultimo, incrementando la quota di capitale mutuato”.

Tracciato il quadro di quello che appare essere l’unico effettivo principio di dibattito in dottrina e giurisprudenza che si confronta con il fenomeno dell’eccesso di garanzia, è opportuno segnalare i limiti dello stesso. Ad avviso di chi scrive, la teorizzazione di un principio di proporzionalità nell’ambito delle garanzie soffre di un eccessivo allontanamento dalla disciplina specifica delle garanzie di volta in volta considerate. Con l’effetto che alla comune impostazione di cui si è già detto e che si riscontra tra gli interpreti, dedicata a risolvere i problemi posti dalle fattispecie di eccesso di garanzia con uno sguardo limitato alle singole serie disciplinari (si veda ad esempio il caso dell’ipoteca giudiziale eccessiva), si contrappone oggi una teorica del principio di proporzionalità sostanzialmente scollegata da tali discipline e che di conseguenza difficilmente propone ricadute disciplinari e strutture rimediali che si attagliano ai casi concreti tra loro diversi che le varie ipotesi di eccesso di garanzia pongono.

Nei prossimi capitoli si condurrà dunque un tentativo di avvicinare queste due contrapposte prospettive, affrontando, senza alcuna pretesa di esaurire il tema, alcune serie disciplinari specifiche che possono reputarsi diretta espressione del principio di proporzionalità nell’ottica di giungere a una più utile perimetrazione e comprensione del principio stesso e del suo

significato nel confronto con le varie ipotesi di eccesso di garanzia. In altre parole, si ritiene che dal confronto con alcune serie disciplinari particolari il principio di proporzionalità tra credito e garanzia possa uscire confermato nella sua vigenza e meglio precisato, anche nelle sue ricadute disciplinari.

Nel realizzare questo tentativo, si è scelto di esaminare in particolare le discipline dell'ipoteca e del pegno. Condividendo il significato di base della proporzionalità quale relazione di adeguatezza quantitativa tra due valori, si ritiene più pertinente riferire tale principio alle sole garanzie reali. Si vedrà inoltre che l'esame delle discipline in questione consentirà di rispondere a importanti interrogativi e di risolvere con soluzioni efficaci specialmente le ipotesi di eccesso di garanzia che si manifestano nel corso del rapporto di credito.

Capitolo II

La disciplina della riduzione dell'ipoteca alla luce della regola di indivisibilità delle garanzie reali

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La riduzione dell'ipoteca. Fattispecie e disciplina. – 3. Effetti della riduzione. Aspetti processuali. – 4. La riduzione dell'ipoteca fondiaria. – 5. Il principio di indivisibilità delle garanzie reali. – 6. Fondamento del principio di indivisibilità. – 7. Valutazione del principio nel contesto dell'attuale concezione delle garanzie reali. – 8. Estensione dell'art. 39, comma 5 TUB all'intero settore bancario.

1. Introduzione

Nel presente capitolo è esaminato l'istituto della riduzione dell'ipoteca, disciplinato negli artt. 2872 c.c. e seguenti e nell'art. 39, comma 5 del t.u.b. con diretto riferimento al credito fondiario. In primo luogo si procederà ad illustrare i caratteri dell'istituto e i principali tratti della sua disciplina positiva, sia nella sua configurazione codicistica (parr. 2-3 *infra*) che in quella di cui alla legge speciale relativa al settore creditizio (par. 4 *infra*).

In secondo luogo, si tratterà del cd. principio di indivisibilità dell'ipoteca, in considerazione del fatto che tale principio viene tradizionalmente posto dalla dottrina in un rapporto di regola ad eccezione con la disciplina della riduzione (parr. 5-6 *infra*). Superata tale visuale alla luce di una rivalutazione critica della portata della regola dell'indivisibilità nel contesto dell'attuale concezione delle garanzie reali (par. 7 *infra*), nonché alla luce dell'inquadramento della disciplina della riduzione quale precipitato pratico del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore di garanzia, si proporrà la disciplina particolare contenuta nel testo unico

bancario quale soluzione di ammodernamento della garanzia reale immobiliare come configurata dal codice civile, con specifico riferimento alle ipotesi di eccesso di garanzia che sopravvengono nel corso del rapporto di finanziamento (par. 8 *infra*).

2. *La riduzione dell'ipoteca. Fattispecie e disciplina*

Secondo la ricostruzione operata dalla nostra dottrina, la riduzione dell'ipoteca integra una vicenda modificativa della garanzia reale ⁽⁵⁸⁾, dipendente dall'esercizio di un diritto potestativo del debitore o di un terzo interessato ⁽⁵⁹⁾, ed operante dunque (anche) contro la volontà del creditore,

⁽⁵⁸⁾ Propendono per la qualificazione della riduzione come vicenda modificativa, A. RAVAZZONI (1), 588; C. MAIORCA, 127 ss.. Ritiene invece che si tratti di estinzione parziale, D. RUBINO (1), 497. Va detto tuttavia che non sembra che tali differenti impostazioni concettuali producano ricadute significative sulla ricostruzione della disciplina della riduzione compiuta dagli autori.

⁽⁵⁹⁾ Nel senso che la legittimazione ad esercitare la riduzione non sia limitata al debitore e al concedente va il testo dell'art. 2874 c.c., che si riferisce generalmente agli "interessati". La legittimazione spetta dunque a chiunque, secondo la regola generale dell'art. 100 c.p.c., possa vantare un interesse ad agire. In questo senso A. RAVAZZONI (1), 599, nota 30, secondo cui il debitore è litisconsorte necessario, salva l'ipotesi di azione proposta dal terzo proprietario datore o dal terzo acquirente. Conf. G. GORLA-P. ZANELLI, 469, A. CHIANALE (1), 435 e L. COVIELLO, 427, il quale esemplificando prospetta le ipotesi attivazione del rimedio da parte dal terzo possessore del bene ipotecato, nonché dai creditori posteriormente iscritti, interessati a vedere ridotte le ragioni del creditore ipotecario di rango poziore. *Contra*, A. RUBINO, 1, 491 s., che ritiene legittimato il solo proprietario, da un lato non ritenendo decisivo l'argomento testuale tratto dall'art. 2874 c.c., e dell'altro affermando, senza in vero motivare, che interesse "meritevole di tutela con questo speciale rimedio

all'esito di una pronuncia giudiziale che va ritenuta di natura costitutiva ⁽⁶⁰⁾. Più precisamente, si ritiene trattarsi di un diritto potestativo a necessaria attuazione giudiziale, non essendo consentito ricondurre alla nuda manifestazione di volontà del debitore (o del proprietario) l'effetto di produrre la modificazione del vincolo di garanzia ⁽⁶¹⁾. Va da sé che – come riconosciuto implicitamente dall'art. 2877 c.c., laddove si riferisce alla riduzione “consentita dal creditore” – la riduzione possa anche trovare l'assenso del creditore, il quale può determinarsi in tal senso per il bonario riconoscimento dei presupposti di legge ovvero per altro motivo; a livello strutturale, in queste ipotesi verrebbe in rilievo un negozio di rinuncia parziale all'ipoteca, che non richiede l'assenso del debitore né del proprietario ⁽⁶²⁾.

appare solo quello diretto del proprietario”.

In giurisprudenza, v. Cass., 27 marzo 2001, n. 428, in *Giur. it.*, 2002, 1381 (con nota di S. MONTICELLI) secondo cui anche il proprietario che ha alienato i beni ipotecati conserva un interesse ad agire in riduzione per vedere diminuita la sua esposizione a responsabilità per evizione *ex art. 1482, comma 3, c.c.*

⁽⁶⁰⁾ Afferma la natura costitutiva della sentenza di riduzione, D. RUBINO (1), 491 (che, coerentemente alla non divisibile impostazione di cui si dirà alla nota 68, ritiene che in ipotesi di riduzione impropria la sentenza abbia invece natura di accertamento).

⁽⁶¹⁾ Sulla categoria dei diritti potestativi e sulla partizione tra quelli a necessaria attuazione giudiziale (ad esempio l'art. 2932 c.c.) e quelli esercitabili “in autonomia” dalla parte del contratto (il diritto convenzionale di recesso di cui all'art. 1373 c.c.) si veda il contributo di D. TURRONI, 38 s. spec. nota 49, e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁽⁶²⁾ La riduzione convenzionale è pacificamente ammessa dalla dottrina. Per la qualificazione come rinuncia parziale, si veda A. CHIANALE (2), 460, A. COVIELLO, 416 e D. RUBINO (1), 489. Non sembra invece corretto parlare di “riduzione convenzionale”, ma è preferibile discorrere di negozio in deroga al principio di indivisibilità (su cui v. *infra* par. 5), nell'ipotesi (prospettata da A. RAVAZZONI (1),

La disciplina codicistica della riduzione è contenuta negli articoli da 2872 a 2877 della sezione IX del capo IV del libro VI del Codice, capo dedicato alla disciplina “Delle Ipoteche”. La prima disposizione che regola l’istituto, vale a dire l’art. 2872 c.c., prevede al primo comma che “La riduzione delle ipoteche si opera riducendo la somma per la quale è stata presa l’iscrizione o restringendo l’iscrizione a una parte soltanto dei beni”. Al secondo comma, dispone che “Questa restrizione può aver luogo anche se l’ipoteca ha per oggetto un solo bene, qualora questo abbia parti distinte o tali che si possano comodamente distinguere”. La norma di apertura della serie disciplinare ha dunque la funzione di chiarire natura ed effetti dell’istituto della riduzione, nel precisare che ne esistono due “modalità”, vale a dire la riduzione “in senso stretto”, che si realizza diminuendo l’originaria somma di iscrizione per cui è stata presa l’ipoteca, e la c.d. restrizione, che comporta invece il diverso effetto della liberazione di alcuni beni dal vincolo di garanzia, nell’ipotesi in cui vi siano più beni ipotecati, oppure la liberazione di alcune parti dell’unico bene, se esso ha “parti distinte o che si possano comodamente distinguere” (63).

605) in cui il titolo dell’ipoteca convenzionale preveda il diritto del debitore alla liberazione di alcuni beni nel caso di adempimento parziale del debito o di vendita a terzi di alcuni cespiti ipotecati

(63) Secondo G. GORLA-P. ZANELLI, 471 s., per stabilire la “comoda distinguibilità” delle porzioni del bene ai fini dell’art. 2872 c.c., occorre avere riguardo unicamente alla materiale e giuridica possibilità di distinguere tali porzioni, anche ai fini di pubblicità ipotecaria, e quindi essenzialmente alla astratta possibilità di identificazione catastale separata ai sensi dell’art. 2826 c.c. L’eventuale pregiudizio al valore dei beni non sarebbe ostativo alla restrizione, poiché quest’ultima viene richiesta dal proprietario, che deve in linea di principio ritenersi libero di prendere una decisione che potrebbe determinare un danno al valore del proprio patrimonio (salva solo l’ipotesi di frazionamento che sia di pregiudizio all’economia nazionale e “tale da urtare contro i principi dell’ordinamento

Individuate le due modalità in cui si può manifestare l'istituto in esame, la nostra dottrina ritiene che il codice contempra essenzialmente tre fattispecie di riduzione dell'ipoteca, che differiscono anzitutto nei loro presupposti di fondo ed è dunque bene tenere distinte.

La prima ipotesi di riduzione è quella che consegue al pagamento parziale di almeno il quinto del debito (2873, comma 2, c.c.: “se sono stati eseguiti pagamenti parziali così da estinguere almeno il quinto del debito originario, si può chiedere una riduzione proporzionale per quanto riguarda la somma”) ⁽⁶⁴⁾, ipotesi che viene considerata applicabile in forza di interpretazione estensiva anche negli altri casi di parziale estinzione del debito garantito (ad esempio, per compensazione) ⁽⁶⁵⁾. In sostanza, quindi, laddove il debitore abbia pagato una porzione del debito originario che superi la quota fissata dalla legge pari al 20% del credito complessivo, all'esito della rateizzazione convenuta *ex ante* con il creditore oppure per effetto

giuridico”). Conf. A. RAVAZZONI (1), 595 e D. RUBINO (1), 486. Sembra dunque che la conclusione possa valere solo nella misura in cui la restrizione è chiesta dal proprietario, e non valga invece ove è richiesta da altri soggetti, pure come visto legittimati alla riduzione, e che tuttavia non possono pregiudicare l'interesse del proprietario del bene a non frazionare lo stesso.

⁽⁶⁴⁾ Si ritiene che sia sufficiente che il quinto sia stato estinto al momento della domanda, essendo irrilevante che tale rapporto venga meno nel corso del giudizio, ad esempio per l'eventuale incidenza degli interessi (arg. *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* ancorato sulla diversa previsione dell'art. 2875 c.c., che invece, ai fini della restrizione, pretende che “il valore dei beni ecceda la cautela da somministrarsi” superando di “un terzo l'importo dei crediti iscritti, accresciuto degli accessori a norma dell'art. 2855”, “tanto alla data dell'iscrizione dell'ipoteca, quanto posteriormente”). In questo senso, in giurisprudenza, Cass. 22 settembre 2000, n. 12535, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 36, nt. PEPE.

⁽⁶⁵⁾ A. RAVAZZONI (1), 592; G. GORLA-P. ZANELLI, 475; D. RUBINO (1), 484, nota 4.

dell'accettazione da parte di quest'ultimo di un adempimento parziale, il debitore maturerà il diritto potestativo di ottenere una riduzione della somma iscritta e quindi del limite massimo della prelazione ipotecaria. Come chiarito dalla dottrina sulla base del tenore letterale della disposizione, tale riduzione deve operarsi proporzionalmente all'avvenuta estinzione del debito: ne deriva che, ad esempio nel caso di estinzione della metà del debito, l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione da parte del debitore (oppure la riduzione consentita dal creditore in presenza dei presupposti di legge) sarà idonea a determinare la riduzione della metà la somma iscritta originariamente dal creditore ⁽⁶⁶⁾

La fattispecie di riduzione per estinzione parziale del debito opera nello stesso modo sopra descritto indipendentemente dalla natura volontaria, giudiziale o legale dell'ipoteca ⁽⁶⁷⁾. Va precisato che è conferita al debitore la sola possibilità di ricorrere alla riduzione in senso stretto, non alla restrizione. A livello sistematico e per i fini che qui specificamente interessano, va sin da ora precisato che la fattispecie di riduzione in questione rappresenta un utile rimedio concesso al debitore per la sopravvenuta eccedenza del vincolo di garanzia rispetto all'entità del credito residuo, come tale astrattamente idonea a far fronte alle ipotesi problematiche in precedenza enunciate in cui l'eccesso di garanzia si manifesta nel corso del rapporto di credito (v. cap. I, par. 3) ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Così A. RAVAZZONI (1), 591 s.

⁽⁶⁷⁾ A. RAVAZZONI (1), 590; G.P. CHIRONI, 508.

⁽⁶⁸⁾ Invero, alcuni autori escludono la riconducibilità della riduzione per estinzione parziale all'istituto della riduzione (discorrendo di "riduzione impropria") (D. RUBINO (1), 484; G. GORLA, 465, nota 2). Essi rilevano che il pagamento parziale del credito produrrebbe, in forza del principio di accessorietà della garanzia, una corrispondente e proporzionale automatica estinzione parziale del diritto di garanzia; sicché l'ipotesi contemplata dall'art. 2873, comma 2, c.c. non costituirebbe riduzione, ma un'ipotesi di cancellazione parziale di una garanzia già estinta *ipso*

Da quest'angolo visuale si coglie come le norme sulla riduzione dell'ipoteca possano essere intese quale precipitato disciplinare del principio di proporzionalità, posto che sono volte a consentire che venga mantenuta una relazione di adeguatezza tra valore del credito e valore della garanzia. A questo riguardo è interessante osservare che il parametro per la valutazione di tale adeguatezza non è generale e astratto, ma è costituito dal rapporto tra i due valori in discorso come configurato in autonomia dalle parti al momento della costituzione delle relazioni contrattuali, rapporto che il debitore ha la facoltà di mantenere in un certo senso costante avendo diritto a ottenere una riduzione del valore della garanzia in presenza di una riduzione del valore del credito, secondo una soglia di rilevanza fissata *ex ante* dalla legge (nella misura di un quinto).

Tornando alla descrizione delle varie ipotesi di riduzione dell'ipoteca, la seconda fattispecie riguarda invece l'ipotesi di eccessiva determinazione originaria del creditore in ordine alla somma da iscrivere (2838 c.c.) o ai beni da assoggettare al vincolo (2828 c.c.) e costituisce un importante correttivo rispetto a tali poteri del creditore. Come è noto, infatti, sensi dell'art. 2838 c.c., "se la somma di danaro non è altrimenti determinata negli atti in base ai

iure (l'argomento è compiutamente sviluppato da A. CHIANALE (1), 433; A. CHIANALE (2), 473). La tesi non può tuttavia essere accolta. In forza del principio di indivisibilità dell'ipoteca, si chiarirà come l'estinzione parziale del credito non ha alcun effetto sul diritto di garanzia, che continua a gravare intatto per la somma originariamente iscritta su tutti i beni vincolati (in questo senso, C.M. BIANCA, 421; C. MAIORCA, 128). Inoltre, non si comprende come possa conciliarsi l'estinzione automatica della garanzia predicata da questi autori con la previsione di un diritto potestativo del debitore alla riduzione: la legge è chiara nel far conseguire la riduzione della somma iscritta solamente all'esercizio di tale diritto, con la conseguenza che in caso di inerzia del debitore la garanzia non si estingue affatto (lo spunto è tratto da C. MAIORCA, 128).

quali è eseguita l'iscrizione o in atto successivo, essa è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione". Ai sensi dell'art. 2828 c.c., invece, "l'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenenti al debitore e su quelli che gli pervengono successivamente alla condanna, a misura che egli li acquista". Dal combinato disposto di tali due norme deriva che la fattispecie di riduzione per eccesso originario opera diversamente a seconda della fonte dell'ipoteca, giudiziale, legale o convenzionale.

Infatti, nell'ipoteca volontaria non è consentito al debitore lamentare l'eccedenza dei beni vincolati per ottenere la restrizione, perché al creditore non è data la facoltà di cui all'art. 2828 c.c. non potendo egli mai unilateralmente scegliere i beni da vincolare. In particolare, la norma contenuta nell'art. 2873, comma primo, c.c., prevede che non sono ammesse né riduzione né restrizione, "se la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o per sentenza"; ebbene, considerato che l'atto di concessione dell'ipoteca deve necessariamente individuare i beni oggetto di garanzia, non è possibile che la "quantità dei beni" non venga convenzionalmente fissata, sicché non è data nell'ipoteca volontaria la facoltà di restrizione (ammessa nel solo contesto del credito fondiario dall'art. 39, comma 5 del testo unico bancario: v. *infra* par. 3) ⁽⁶⁹⁾. È invece consentita, nell'ipoteca volontaria, la riduzione per eccedenza della somma, nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia determinata convenzionalmente dalle parti, ad esempio perché il credito da garantire è illiquido (ipoteca a garanzia di un'apertura di credito oppure di una prestazione non pecuniaria). In questo caso, posto che è il creditore a determinare la somma di iscrizione (2838 c.c.), va appunto riconosciuto al debitore il diritto alla riduzione come correttivo di

⁽⁶⁹⁾ L'opinione è consolidata in dottrina. Fa eccezione A. RAVAZZONI (1), 593, che ritiene possano darsi casi di un titolo di ipoteca convenzionale che non contiene la specificazione dei beni da sottoporre al vincolo.

tale potere ⁽⁷⁰⁾; e coerentemente si ritiene di escludere il ricorso a tale rimedio laddove l'ipoteca sia stata iscritta dal debitore, anche sulla base del testo dell'art. 2874 c.c. ⁽⁷¹⁾.

Nell'ipoteca giudiziale, invece, giusto il disposto dell'art. 2874 c.c., e ferma la possibilità di richiedere la riduzione della per iscrizione eccedente laddove il provvedimento giudiziale non operi la liquidazione del credito (ad esempio, una sentenza di condanna generica), il debitore può altresì chiedere la restrizione, considerato che, in forza della natura "generale" del titolo in questione, è il creditore a determinare i beni del debitore su cui iscrivere ipoteca (2828 c.c.), e potrebbe dunque assoggettare al vincolo beni in misura superiore alla cautela sufficiente.

Nell'ipoteca legale, infine, l'art. 2874 esclude espressamente dallo spettro del rimedio della riduzione per eccedenza le ipoteche dell'alienante e del coerede dividente. Tale esclusione conferma peraltro che la fattispecie di riduzione in questione costituisce correttivo alle facoltà di unilaterale determinazione del creditore di cui agli artt. 2838 e 2828 c.c. ⁽⁷²⁾. In queste ipotesi, infatti, sia la misura della somma da iscrivere (credito per il prezzo e per il conguaglio) che i beni da vincolare (quelli compravenduti e assegnati) sono stati determinati convenzionalmente (o comunque in contraddittorio tra le parti nel caso di divisione giudiziale). Quanto alle altre ipotesi di ipoteca legale contemplate dall'art. 2817 c.c. (ipoteche cc.dd. dotale e penale) è noto

⁽⁷⁰⁾ A. CHIANALE (2), 462.

⁽⁷¹⁾ A. RAVAZZONI (1), 591; D. RUBINO (1), 487.

⁽⁷²⁾ Lo nota L. COVIELLO, 420, che ritiene si tratti non di eccezioni ma di applicazioni della regola generale. Va notato tuttavia che alcuni autori ritengono possibile la riduzione delle ipoteche legali dell'alienante e del dividente, nelle ipotesi in cui il credito per il prezzo della vendita o per il conguaglio della divisione non consistano nel pagamento di una somma di denaro liquida (G. GORLA-P. ZANELLI, 478; D. RUBINO (1), 488, nota 29).

che esse sono da ritenersi espunte dall'ordinamento ⁽⁷³⁾, pertanto non pare necessario soffermarsi su di esse.

Nel contesto delle presenti riflessioni, anche le fattispecie di riduzione per originaria determinazione eccessiva della somma iscritta o per aver vincolato una quantità esorbitante di beni rappresentano un rimedio importante per affrontare le fattispecie problematiche di eccesso di garanzia, in particolare per quelle che si vengono a determinare sia nella fase genetica del rapporto di credito (cap. I, par. 2: si pensi al caso di ipoteca iscritta per un'apertura di credito, che costituisce un credito illiquido con la conseguenza che la somma di iscrizione è determinata dal creditore), sia nella fase dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (cap. I, par. 4). Da quest'angolo visuale si apprezza la riduzione come rimedio concesso al debitore per bilanciare il potere unilaterale di conformazione della garanzia ad opera della controparte ⁽⁷⁴⁾, nonché come precipitato pratico del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia. In questo scenario, posto che, anche laddove la fonte del diritto di ipoteca è convenzionale, il valore della garanzia viene determinato unilateralmente dal creditore, i parametri per individuare la relazione di adeguatezza rilevante sono fissati non dalle parti stesse ma direttamente dalla legge che, come si preciserà meglio in seguito, individua sia i criteri per determinare l'eccessività della garanzia (artt. 2874 e 2875 c.c.), sia quelli per la rideterminazione della garanzia in concreto adeguata (art. 2876 c.c.).

La *terza* e ultima ipotesi codicistica di riduzione è contenuta nell'art. 2873, comma 3, c.c. In base a tale disposizione, “nel caso d'ipoteca iscritta su un edificio, il costituente che dopo l'iscrizione ha eseguito sopraelevazioni può chiedere che l'ipoteca sia ridotta, per modo che le sopraelevazioni ne restino esenti in tutto o in parte, osservato il limite stabilito dall'art. 2876 per

⁽⁷³⁾ A. RAVAZZONI (1), 590.

⁽⁷⁴⁾ G P. CHIRONI, 508.

il valore della cautela”. La disposizione codifica dunque una fattispecie di restrizione che opera in presenza di ipoteca iscritta su edificio, ed indipendentemente dalla fonte del vincolo. In particolare, se dopo l’iscrizione dell’ipoteca sono state eseguite sopraelevazioni – automaticamente assoggettate al vincolo ipotecario ai sensi dell’art. 2811 c.c. secondo cui l’ipoteca si estende “ai miglioramenti, nonché alle costruzioni e alle altre accessioni dell’immobile ipotecato” – si può chiedere la liberazione totale o parziale delle stesse dall’ipoteca, se i beni che restano vincolati rappresentano una cautela sufficiente per il creditore ⁽⁷⁵⁾.

È interessante osservare che, almeno secondo certa parte della dottrina, la norma in questione andrebbe fatta oggetto di interpretazione analogica, in modo da essere applicabile anche nella diversa eventualità di nuova costruzione su terreno ipotecato, considerato che in tale ultima ipotesi si può rinvenire la medesima *ratio* che regge la riduzione ipotecaria riferita alle sopraelevazioni, cioè quella di non disincentivare il proprietario intraprendente rispetto a nuove iniziative idonee ad accrescere il valore degli immobili ⁽⁷⁶⁾.

Descritte le tre ipotesi di riduzione previste dal codice, va ora precisato che, come anticipato, la legge determina precisi presupposti e limiti che il

⁽⁷⁵⁾ Nonostante la norma parli di “costituente”, la dottrina ritiene che questa ipotesi di riduzione, come le altre, possa essere fatta valere anche da altri interessati, ad esempio il terzo acquirente (così G. GORLA-P. ZANELLI, 477; C.M. BIANCA, 425, che più specificamente ritiene che siano legittimati anche coloro che sono succeduti nella proprietà dell’immobile).

⁽⁷⁶⁾ A. RAVAZZONI (1), 596; G. GORLA-P. ZANELLI, 475 s., il quale afferma che la norma si applichi anche nel caso di demolizione e nuova costruzione più elevata; C.M. BIANCA, 425. *Contra*, D. RUBINO (1), 486, sulla base del rilievo per cui il terreno, in caso di edificazione, perderebbe valore, e quindi l’ipoteca confinata a tale bene principale non garantirebbe in alcun modo il creditore.

giudice deve rispettare, sia nella decisione relativa all'accoglimento della domanda di riduzione, sia, per l'ipotesi di accoglimento, nel determinare la quantità per cui l'ipoteca deve ridursi. In particolare, per disporre la riduzione in caso di eccedente iscrizione (quindi per i casi di originaria determinazione eccessiva della somma), è necessario che la somma iscritta superi di un quinto il valore del credito accresciuto degli accessori (2874 c.c.). E tale riduzione si opera "rispettando l'eccedenza del quinto" (2876 c.c.). Un esempio è opportuno per chiarire questi elementi di disciplina. Si dia il caso in un'ipoteca giudiziale iscritta per Euro 100.000,00, a fronte di un credito illiquido per una sentenza di condanna generica; qualora nel contesto del giudizio di riduzione il giudice accerti – di regola incidentalmente e senza efficacia di giudicato, non trattandosi dell'oggetto del contendere – che il credito vale Euro 50.000,00 (comprensivo degli accessori) la domanda di riduzione della somma iscritta sarà accolta, e l'iscrizione rideterminata alla cifra di Euro 60.000.

Per disporre la restrizione, invece, sia nel caso di vincolo eccedente (cioè di ipoteca giudiziale iscritta su beni di valore esorbitante) che nell'ipotesi di sopraelevazione, è necessario che il valore dei beni "ecceda la cautela da somministrarsi" (2874 c.c.). E si deve ritenere sussistente tale ipotesi quando, "tanto alla data dell'iscrizione dell'ipoteca, quanto posteriormente" ⁽⁷⁷⁾, il valore dei beni è superiore di oltre un terzo l'importo

⁽⁷⁷⁾ Cioè, secondo A. RAVAZZONI (1), 594, al momento dell'iscrizione e "per tutto il periodo sino all'azione di riduzione". L'a. reputa la disposizione "piuttosto incogrua", considerato che "nel mondo economico attuale" "si possono verificare improvvise, notevolissime rivalutazioni per i motivi più diversi, delle quali non sarebbe giusto non tenere conto"; *contra*, G. GORLA-P. ZANELLI, 480, secondo cui è opportuno non tenere conto delle rivalutazioni, considerato che diversamente "in caso di ritorno del mercato ai vecchi prezzi", il creditore sarebbe costretto a prendere una nuova iscrizione e penalizzato dall'efficacia *ex nunc* di tale nuova iscrizione.

dei crediti iscritti, accresciuti degli accessori (2875 c.c.). Anche in questo caso, la restrizione si opera rispettando l'eccedenza del terzo. Sia dia dunque il caso dell'ipoteca giudiziale iscritta per Euro 90.000,00. A fronte dell'assoggettamento al vincolo di garanzia di beni stimabili in Euro 200.000,00, la domanda di restrizione sarà accolta, ma solo beni per il valore complessivo di Euro 80.000,00 saranno liberati (residuando il vincolo su beni per un valore di Euro 120.000,00).

Si può quindi osservare che, quantomeno nell'ambito della garanzia reale immobiliare tipica e limitatamente agli effetti della riduzione, è il legislatore a individuare direttamente i parametri della cautela da reputarsi sufficiente (art. 1179 c.c.) ad assicurare le ragioni del creditore e a evitare situazioni patologiche di eccesso della cautela stessa. In questo ambito risulta dunque confermata la vigenza del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia. Tale principio risulta più chiaramente delineato nei suoi contorni disciplinari all'esito del confronto con le fattispecie di riduzione dell'ipoteca. Infatti, la tendenza al mantenimento di una relazione di adeguatezza tra valore del credito e valore della garanzia, in cui il principio si sostanzia, viene in determinati casi ancorata all'originaria determinazione volitiva delle parti (come nel caso della riduzione per pagamenti parziali), e in altri casi fondata su criteri legali predeterminati (come nel caso della riduzione per eccessiva determinazione originaria della somma o dei beni da sottoporre al vincolo).

Interessante infine notare che, nell'ambito del sistema tavolare, è al contrario attribuito al giudice il compito di valutare discrezionalmente l'eventuale carattere eccessivo dell'iscrizione e la conseguente misura della riduzione (cioè sia l'*an*, che il *quantum* della riduzione) al fine di prevenire situazioni di eccesso. Si veda al riguardo l'art. 14, ult. comma, legge tavolare (T.U. 28 marzo 1929 n. 499), che prevede, nell'ipotesi in cui l'iscrizione avviene per la somma determinata dal creditore, quanto segue: "colui contro il quale si consegue l'iscrizione, se si ritiene gravato per essersi indicato un

importo eccessivo, può chiederne la riduzione, con ricorso da presentarsi al giudice tavolare entro il termine di reclamo contro il provvedimento che ordina l'iscrizione. Sul ricorso decide il giudice tavolare, fissando con equo apprezzamento l'importo, sentite le parti e assunte le informazioni sommarie che riterrà opportune. Le spese sono a carico del soccombente, secondo le circostanze". Si tratta dunque di un sistema profondamente diverso da quello disegnato dalle norme codicistiche sulla riduzione, e in cui la costituzione di una relazione di adeguatezza tra valore del credito e valore della garanzia risulta rimessa interamente alla discrezionalità del giudicante.

3. Effetti della riduzione. Aspetti processuali

Le tre descritte fattispecie di riduzione differiscono non solo nei loro presupposti di fondo, come appena visto, ma anche nei loro effetti. Secondo la dottrina, la riduzione per eccedente determinazione originaria del creditore, così come quella attinente le sopraelevazioni, non inciderebbero sul titolo in forza del quale è stata iscritta ipoteca. Invece, nell'ipotesi di riduzione per estinzione di oltre il quinto del debito, la riduzione si rifletterebbe sul titolo ipotecario.

In quest'ultimo caso, non si potrebbe dunque aumentare nuovamente la somma iscritta dopo che essa è stata ridotta. Nel primo caso, al contrario, sarebbe lecito ritenere che, se per effetto di vicende sopravvenute alla riduzione, ad esempio deterioramento o perimento dei beni, il valore dei beni dati in garanzia viene collocarsi al di sotto dei limiti di legge in forza del quale il giudice ha operato la restrizione (vale a dire il limite del supero di un terzo di cui all'art. 2875 c.c.), si possa iscrivere nuovamente l'ipoteca sui beni in precedenza liberati. Al contempo, si potrebbe, sempre alla luce del medesimo titolo, aumentare nuovamente la somma iscritta se il credito venisse definitivamente liquidato in misura superiore a quella posta alla base della

riduzione giudiziale ⁽⁷⁸⁾. In questi casi, si ritiene in ogni caso che il creditore debba ricorrere ad una nuova iscrizione, con efficacia *ex nunc*, e quindi non conservando grado poziore rispetto alle eventuali ulteriori ipoteche nelle more iscritte sul bene ⁽⁷⁹⁾.

Sul piano della tecnica fondiaria, è pacifico che la riduzione si attui con annotazione in calce all'iscrizione ⁽⁸⁰⁾. Quanto invece ai profili più strettamente processuali, l'azione per ottenere la riduzione segue in linea di principio le regole generali, e va dunque proposta in autonomo giudizio in cui l'attore domanderà altresì la condanna alla parziale cancellazione dell'ipoteca *ex art. 2884 c.c.* ⁽⁸¹⁾. Della legittimazione attiva si è già accennato: possono proporre la domanda di riduzione dell'ipoteca tutti coloro che sono in tal senso interessati, giusto il disposto dell'art. 2874 c.c. e in applicazione della regola generale di cui all'art. 100 c.p.c. Legittimati passivi sono il creditore iscritto e gli eventuali soggetti subentrati nel diritto e annotati *ex art. 2843 c.c.* ⁽⁸²⁾. Sulla competenza a decidere la causa di riduzione si dibatte in dottrina. Secondo alcuni si tratterebbe di azione personale, assoggettata alle regole di cui agli artt. 18-20 c.p.c. secondo altri integrerebbe un'azione reale, da proporsi nel foro individuato dall'art. 21 c.p.c. ⁽⁸³⁾. Quando vi sono i presupposti per accogliere la domanda di restrizione, si ritiene che l'attore

⁽⁷⁸⁾ D. RUBINO (1), 494.

⁽⁷⁹⁾ D. RUBINO (1), 494, nota 57; G.P. CHIRONI, 481, nota 2; L. COVIELLO, 422.

⁽⁸⁰⁾ A. CHIANALE (1), 435.

⁽⁸¹⁾ Non può, secondo molti autori, essere proposta nel grado di appello la domanda di riduzione dell'ipoteca giudiziale iscritta dal creditore vittorioso in primo grado sulla base della condanna di primo grado (così G. GORLA-P. ZANELLI, 469; D. RUBINO (1), 490 nota 3).

⁽⁸²⁾ A. RAVAZZONI (1), 599; D. RUBINO (1), 490; A CHIANALE (2), 466.

⁽⁸³⁾ Nel primo senso, D. RUBINO (1), 490; G. GORLA-P. ZANELLI, 469. Nel secondo, A. RAVAZZONI (1), 598; L. COVIELLO, 427 s.

possa individuare i beni o la parte di beni che intende liberare da ipoteca, oppure lasciare che la determinazione sia effettuata dal giudice⁽⁸⁴⁾. Nel primo caso, l'attore può condizionare la pretesa di restrizione all'accoglimento delle modalità dal lui specificamente indicate, diversamente manifestando di non avere interesse ad una liberazione di beni diversi.

Sul piano istruttorio, poi, il giudice procederà necessariamente a valutare i beni assoggettati al vincolo, presumibilmente avvalendosi di una consulenza tecnica d'ufficio, ed opererà una liquidazione del credito con rilevanza limitata al giudizio di riduzione⁽⁸⁵⁾. Giusto il disposto dell'art. 2884 c.c. e la già indicata natura costitutiva della pronuncia di riduzione, è pacifico che gli effetti della sentenza di accoglimento si produrranno solo con il passaggio in giudicato della stessa⁽⁸⁶⁾.

L'art. 2877 c.c. regola la disciplina delle spese necessarie per eseguire la riduzione⁽⁸⁷⁾. La norma prevede che le spese per le formalità necessarie siano sempre a carico del debitore, sia nell'ipotesi di riduzione consentita dal creditore, che all'esito del giudizio di riduzione ove pure quest'ultimo è risultato soccombente⁽⁸⁸⁾. La norma fa salva solo l'ipotesi in cui si operi una riduzione della somma iscritta per l'eccedente determinazione originaria della somma da parte del creditore che ha iscritto l'ipoteca, nel qual caso le spese sono a carico di quest'ultimo. Ne consegue, che il debitore, che pure sia risultato vittorioso nel giudizio di riduzione, deve comunque sopportare gli

⁽⁸⁴⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, 472; A. RAVAZZONI (1), 595.

⁽⁸⁵⁾ A. RAVAZZONI (1), 589;

⁽⁸⁶⁾ A. RAVAZZONI (1), 600

⁽⁸⁷⁾ Intendendo sia quelle del giudizio di riduzione, che quelle per eseguire le formalità pubblicitarie.

⁽⁸⁸⁾ Sul fatto che la norma operi anche nel caso di riduzione giudiziale, e quindi in caso di creditore soccombente, v. in giurisprudenza Cass. 5 aprile 1990, n. 2866, in Giust. Civ., 1990, I, 2599 e Cass. 29 settembre 1999, n. 10771.

oneri pubblicitari per la restrizione dell'oggetto dell'ipoteca.

Tradizionalmente la dottrina giustifica tale peculiare soluzione rilevando che, considerata la normale soggettività delle valutazioni immobiliari, non sarebbe corretto addossare sul creditore gli oneri connessi alla necessità di correggere una stima erronea del valore del bene, mentre è corretto in linea di principio addossargli le conseguenze di una sopravvalutazione del proprio credito, e, quindi, di una somma iscritta in misura che sia eccessiva ⁽⁸⁹⁾. Vi è tuttavia chi ritiene tale giustificazione “non appagante”, considerato da un lato che l'eccesso rilevante è quello che supera il terzo del valore dei beni, e quindi si tratta comunque di un errore quantitativamente, dall'altro, che il creditore, alla luce del dovere generale di correttezza (1175 c.c.), è tenuto ad osservare particolare diligenza nel porre vincoli sui beni del debitore ⁽⁹⁰⁾. Si è del resto già osservato che la norma dell'art. 2877 c.c., nell'adottare una soluzione di marcato (e forse eccessivo) favore per il creditore garantito nel contesto del rapporto, costituiva un tradizionale argomento a sostegno della pretesa insindacabilità dell'eccesso di garanzia nell'iscrizione di ipoteca giudiziale (v. cap. I, par. 4).

Quanto infine ai profili di un'eventuale tutela cautelare, si discute in dottrina e giurisprudenza circa l'ammissibilità della tutela cautelare del diritto alla riduzione, in particolare mediante provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Chi propende per la soluzione positiva rileva che tale soluzione “costituisce un'efficiente evoluzione della materia ipotecaria”, considerato che il proprietario dell'immobile vede il bene liberato in tutto o in parte dal vincolo senza dover attendere il giudicato (*ex art.* 2884 c.c.), con accrescimento della sua commerciabilità e con possibilità che esso sia impiegato per contrarre e garantire ulteriori finanziamenti. Coerentemente a tale soluzione e ai caratteri propri della tutela cautelare, l'autore prosegue

⁽⁸⁹⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, 492.

⁽⁹⁰⁾ Così A. RAVAZZONI (1), 598.

osservando che al fine di evitare che la riduzione disposta *ex art.* 700 c.p.c. (con conseguente cancellazione parziale) determini un pregiudizio irreversibile al creditore, poi vittorioso nell'eventuale successivo giudizio di riduzione a cognizione piena, il giudice della cautela potrebbe disporre idonee garanzie in un certo senso "sostitutive" in suo favore (cauzioni o garanzie personali) ⁽⁹¹⁾.

4. *La riduzione dell'ipoteca fondiaria*

La disciplina del credito fondiario contiene una norma in tema di riduzione dell'ipoteca. In particolare, l'art. 39, comma 5, del tub (D.lgs. 385/1993, n. 385) prevede che "I debitori, ogni volta che abbiano estinto la quinta parte del debito originario, hanno diritto a una riduzione proporzionale della somma iscritta. Essi hanno inoltre il diritto di ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'articolo 38".

La prima parte della disposizione riproduce sostanzialmente il contenuto precettivo dell'art. 2873, comma 2, c.c., prevedendo la possibilità di riduzione della somma iscritta nel caso di pagamento parziale che supera il quinto del debito originario. La norma non è dunque innovativa rispetto alla disciplina comune ⁽⁹²⁾; si differenzia da quest'ultima, almeno apparentemente, sul solo profilo della legittimazione attiva, che sembra nell'ambito speciale essere limitata alla persona del "debitore". Si deve tuttavia a questo riguardo concordare con la dottrina che propone di superare

⁽⁹¹⁾ In tal senso e per i passaggi citati nel testo si veda A. CHIANALE (2), 468, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza relativi al dibattito sulla possibilità di ricorrere in questa materia alla tutela offerta dall'art. 700 c.p.c.

⁽⁹²⁾ R. COSTI-F. VELLA, 199; A. CHIANALE (2), 464.

tale elemento letterale, ritenendo dunque che ogni soggetto che vanti un interesse (sia esso rilevante *ex art. 100 c.p.c.*) possa chiedere la riduzione della somma iscritta in misura proporzionale all'avvenuta estinzione del debito, se il pagamento supera la misura del quinto del debito ⁽⁹³⁾. Non sembrano infatti esservi ragioni per accogliere, in punto di legittimazione attiva, due soluzioni differenti nel contesto delle due discipline.

La seconda parte della disposizione, invece, innova in modo assai significativo la disciplina di diritto privato comune. In particolare si prevede, nel contesto di un'ipoteca (quella fondiaria) che è necessariamente di fonte convenzionale, il diritto del debitore di ottenere la *restrizione* dei beni oggetto di garanzia. Ciò in deroga all'art. 2873, comma 2, c.c., norma sulla base della quale si è visto doversi escludere tale facoltà di restrizione, considerato che i beni vincolati vengono sempre determinata "per convenzione" delle parti nel contesto dell'ipoteca volontaria ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ P. PETRAGLIA, 88.

⁽⁹⁴⁾ R. COSTI-F. VELLA, 199; M. SEPE, 437. Il rapporto tra le norme di diritto privato comune e la normativa speciale bancaria è evidentemente quello di norma generale a norma speciale, e, in questo quadro, l'art. 2873, comma 2, c.c. risulta superato non solo in quanto non riprodotto nella disciplina di settore ma anche in quanto contrario allo spirito di quest'ultima. Così Trib. Busto Arsizio 3 maggio 2021, n. 699, reperibile in *DeJure*, ove si legge che "l'art. 39, comma 5 non richiama la disposizione di cui all'art. 2873 c.c., comma 1, che pertanto non può ritenersi applicabile al credito fondiario. Tale conclusione è imposta, anzitutto, dalla natura speciale ed al contempo esaustiva della disposizione del TUB, che rispetto alla materia da essa regolata fissa tutti i presupposti per la modifica del rapporto di garanzia; nella lettera della disposizione infatti nulla induce a concludere per un'automatica applicabilità di tutte le disposizioni di cui agli artt. 2872 ss. c.c., anche ove non richiamate. In secondo luogo, ritenere applicabile la previsione di cui all'art. 2873 c.c., comma 1 al credito fondiario implicherebbe - con una radicale *interpretatio abrogans* - precludere l'applicazione della seconda parte del comma 5

La norma del testo unico bancario prevede che la restrizione possa essere chiesta sul presupposto che i beni che all'esito della liberazione parziale rimangono vincolati costituiscano per il creditore "garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38 tub". La disposizione evidentemente richiama il limite fissato dalla normativa secondaria, cui rimanda espressamente l'art. 38, comma 2, TUB. Secondo tale normativa, rappresentata dalla delibera CICR 22 aprile 1995, il limite in questione è integrato da un c.d. LTV (*loan to value*) massimo dell'80% (nel senso che l'ammontare del finanziamento residuo non deve superare l'80% del valore dei beni ipotecati).

Il combinato disposto della disposizione in esame e della normativa secondaria sembrerebbero dunque indicare che laddove il rapporto tra finanziamento residuo/valore dei beni che rimangono ipotecati sia pari o inferiore all'80%, si possa sempre chiedere la restrizione. Ne conseguirebbe logicamente che, in ipotesi di finanziamento che *sorge* con un LTV inferiore all'80%, il debitore avrebbe sin dal principio del rapporto il diritto di chiedere la restrizione fino a raggiungere il limite di legge.

Questa conclusione, di per sé in linea con il dato letterale, sembra accolta da certa giurisprudenza ⁽⁹⁵⁾, ed è invece criticata dalla

in esame, atteso che nel credito fondiario il bene ipotecato e la somma da garantire sono (tendenzialmente sempre) oggetto di convenzione fra le parti".

⁽⁹⁵⁾ Si veda la pronuncia di Trib. Ancona, sez. distaccata di Jesi, 16 luglio 2011, reperibile in www.ilcaso.it, secondo cui il diritto alla restrizione sussiste sia nell'ipotesi in cui "rimane immutato o risulta più favorevole per la banca il rapporto 'somma finanziata residua da restituire/valore dei beni che rimangono ipotecati' in forza del quale è stato concesso il finanziamento", sia nella diversa eventualità in cui "tale rapporto è comunque conforme a quello individuato dalla delibera CICR". Tuttavia, va segnalato che il Tribunale accoglie la domanda di riduzione appurato che si rientrava nella prima delle due ipotesi indicate, considerato che, per effetto di

dottrina ⁽⁹⁶⁾, che fornisce una diversa lettura del presupposto in esame: la restrizione sarebbe ammessa quando nel corso del rapporto il LTV, oltre a rispettare il limite di legge dell'80%, venga ad essere inferiore rispetto a quello esistente al principio del finanziamento (sicché, nel caso di un finanziamento che nasce con un LTV del 60%, solo la diminuzione al di sotto di questa soglia, ad esempio per l'avvenuto pagamento parziale con abbattimento del capitale da restituire, legittimerebbe la restrizione dell'ipoteca).

La soluzione appena descritta e suggerita dalla dottrina sembra dover esser accolta. Considerato che il *loan to value* costituisce un elemento essenziale per la costruzione del prodotto di finanziamento, e che la sua misura incide sulla valutazione di rischio di credito e correlativamente sul trattamento economico del debitore anzitutto in punto di tasso di interesse, conferire al debitore il diritto di variare unilateralmente il LTV in corso di rapporto, spingendolo fino al limite massimo fissato dalla normativa secondaria, significherebbe consentire al debitore di modificare il livello di rischio che l'ente creditizio ha deciso di sopportare in ordine allo specifico prodotto acquistato. Si tratta di soluzione evidentemente inaccettabile e che certo non risponde allo spirito della normativa sulla riduzione, dovendo dunque essere corretta sul piano esegetico.

La soluzione di ancorare la facoltà di riduzione di cui all'art. 39, comma 5, TUB, ad una avvenuta diminuzione del LTV al di sotto della

pagamenti parziali del ricorrente, il LTV risultava inferiore a quello esistente al momento dell'inizio del finanziamento. Si veda altresì la decisione di ABF Roma, 14 aprile 2016, n. 3419 che rilevato che per effetto dei pagamenti parziali il LTV era inferiore alla soglia dell'80%, accoglie la domanda di restrizione, senza interrogarsi sul rapporto esistente tra LTV sopravvenuto e quello originario.

⁽⁹⁶⁾ L'interpretazione indicata nel testo è sostenuta da P. PETRAGLIA, 90.

soglia fissata all'origine del rapporto di finanziamento risulta peraltro accolta anche da giurisprudenza di merito, la quale precisa peraltro che il LTV originario segna altresì il limite della riduzione che in tal senso si deve operare: nel senso che, se per effetto di pagamenti parziali il LTV scende sotto la soglia iniziale (nel caso deciso, quella del 50%), la riduzione dovrà operarsi conservando il limite del 50% in origine stabilito ⁽⁹⁷⁾. Tale soluzione conferma l'operatività nel campo della riduzione dell'ipoteca fondiaria del principio di proporzionalità, che, come nel contesto della disciplina di diritto comune, a fronte dell'estinzione parziale del credito consente al debitore il mantenimento della relazione di adeguatezza tra valore del credito e valore della garanzia secondo il parametro costituito dall'originaria determinazione volitiva delle parti.

Va poi aggiunto che la dottrina è univoca nel ritenere che la facoltà di restrizione dell'ipoteca fondiaria sia concessa indipendentemente dalla causa che ha determinato il verificarsi del descritto presupposto della "sufficienza" della garanzia "ai sensi dell'art. 38 tub". La restrizione potrebbe quindi dipendere da pagamenti parziali che abbiano diminuito il LTV iniziale (il che accade sempre, salva evidentemente la svalutazione dei beni ipotecati) ma anche, ad esempio, per effetto dall'avvenuta rivalutazione dei beni oggetto del vincolo, che parimenti abbia diminuito il LTV iniziale, e dunque reso la garanzia "sufficiente" nei termini descritti ⁽⁹⁸⁾.

La stessa soluzione è oggi accolta in ABF, all'esito dell'intervento del Collegio di Coordinamento che nel 2014 ha al riguardo risolto un contrasto insorto tra i Collegi territoriali. In particolare, il Coordinamento ha ritenuto che sia il dato testuale, laddove la disposizione impiega l'avverbio "inoltre" nell'introdurre la facoltà di restrizione, sia il dato "sistematico", consistente

⁽⁹⁷⁾ Trib. Busto Arsizio 3 maggio 2021, n. 699, cit.

⁽⁹⁸⁾ A. CHIANALE (2), 464; R. COSTI-F. VELLA, 199; M. SEPE, 437.

nell'opportunità di dare rilievo alla rivalutazione dei beni oggetto di ipoteca e alla conseguente potenziale eccedenza della garanzia, indipendentemente dal parziale pagamento e del debito, portano a concludere nel senso che quella contemplate dall'art. 39, comma 5 siano due ipotesi "alternative", e che la seconda – vale a dire la facoltà di restrizione – prescindano dal presupposto dell'estinzione del quinto del debito ⁽⁹⁹⁾.

In senso contrario rispetto all'orientamento consolidatosi in ABF e in letteratura si è tuttavia pronunciata la Suprema Corte di Cassazione ⁽¹⁰⁰⁾. Invero, senza confrontarsi con il filone ABF e con gli argomenti spesi da quest'ultimo e dalla dottrina, la Corte reputa che anche per la restrizione di cui al secondo periodo dell'art. 39, comma 5, TUB il pagamento del quinto del debito originario costituisca presupposto necessario: nelle parole della Corte, "è vero, in breve, che la norma contempra due distinte fattispecie (riduzione della somma iscritta a garanzia e restrizione dei beni vincolati), ma si tratta di fattispecie che hanno titolo nel medesimo presupposto che il debito originario sia stato estinto almeno per un quinto". Tale soluzione viene sorretta dal seguente ragionamento: "anzitutto, l'avverbio 'ancora' che figura nella seconda disposizione [non può] che essere letto in connessione con la prima presupponendo che, per potere essere ancora dovute, le somme inizialmente poste a debito siano state appunto ridotte"; inoltre, la soluzione propugnata dalla Corte "trova sviluppo nell'assetto grafico della norma che non è contenuta in un comma isolato, ma segue al primo inciso contenente la condizione della riduzione della quinta parte del debito; e riscuote decisiva conferma sul piano logico non avendo senso che alla restrizione dell'ipoteca si possa procedere in difetto di una riduzione dell'ammontare delle somme iscritte a garanzia, ovvero della riduzione del debito originario appunto nella misura di un quinto". Ciò sarebbe vero a maggior ragione "considerando che

⁽⁹⁹⁾ ABF Collegio Coordinamento, decisione n. 6137 del 19 settembre 2014.

⁽¹⁰⁰⁾ Cass., 2 maggio 2022, n. 13812

la prestazione della garanzia, rispetto alla quale la restrizione dovrebbe rendersi efficace, è di regola commisurata all'entità del debito che deve garantire, sicché non sarebbe concepibile una riduzione di essa svincolata dalla riduzione del debito iniziale”.

Sviluppando il significato della pronuncia della Corte, dunque, va detto che vi sarebbero comunque due ipotesi di riduzione contemplate dall'art. 39, comma 5, TUB. La prima presupporrebbe unicamente il pagamento del quinto del debito originario, e consentirebbe la riduzione della somma iscritta. La seconda invece, sempre richiedendo la parziale estinzione di almeno il 20% del debito, esigerebbe inoltre la presenza del requisito della “sufficienza” della garanzia nei termini sopra descritti, ai fini di consentire al richiedente di accedere al più favorevole rimedio della restrizione.

Per completezza del quadro va detto, sul piano processuale, che anche nel contesto della restrizione di cui alla seconda parte dell'art. 39 del tub, non paiono esservi ragioni per limitare la facoltà di iniziativa al solo debitore, così introducendo una distinzione rispetto alla disciplina comune. Va quindi superato il dato letterale ed affermata la legittimazione attiva a ricorrere alla restrizione in capo a tutti i soggetti interessati. In dottrina, è stato inoltre ritenuto che il diritto alla restrizione non sarebbe preventivamente rinunciabile dal debitore, e si è precisato che tale diritto può essere fatto valere anche contro il cessionario del credito ⁽¹⁰¹⁾. Anche la restrizione in questione potrà peraltro essere richiesta in via giudiziale nel contesto di un giudizio di cognizione ordinaria, seguendo le regole individuate sopra al par. 4, laddove non sia consentita dal creditore.

5. Il principio di indivisibilità delle garanzie reali

Il diritto di ottenere da parte del debitore o del proprietario la riduzione

⁽¹⁰¹⁾ M. SEPE, 478.

dell'ipoteca, nelle tre descritte fattispecie contemplate dal codice civile, nonché nelle ulteriore ipotesi appena esaminata e prevista dall'art. 39, comma 5, viene tradizionalmente inquadrato dalla nostra dottrina civilistica, dal punto di vista dogmatico, come “limite” al principio di indivisibilità dell'ipoteca ⁽¹⁰²⁾. Considerato infatti che, quantomeno in via di prima approssimazione, può dirsi che il significato di base di tale principio – ritenuto come si dirà operante sia per l'ipoteca che per il pegno – risiede nella tendenziale *indifferenza* della garanzia reale rispetto a vicende che investono il bene che ne è oggetto ed il credito garantito, si argomenta che, prendendo ad esempio le ipotesi di riduzione di cui agli art. 2873, comma 2, c.c. e 39, comma 5, TUB, il relativo diritto di ottenere una riduzione della somma iscritta (nonché la liberazione di alcuni tra i beni vincolati ⁽¹⁰³⁾) nell'ipotesi

⁽¹⁰²⁾ La concezione della fattispecie della riduzione dell'ipoteca come “limite” al principio di indivisibilità si rinviene in A. RAVAZZONI (2), 65 s; A. RAVAZZONI (2), 588, nota 6 (secondo il quale l'intera disciplina della riduzione - e non solo l'ipotesi dell'art. 2873, comma 2, c.c. - costituisce un limite dell'indivisibilità dell'ipoteca). In senso analogo, si. v. L COVIELLO, 416. In D. RUBINO (1), 484, invece, si esclude l'esistenza di un rapporto tra indivisibilità e riduzione. Ma nel pensiero di quest'ultimo autore tale affermazione pare condizionata dalla premessa, da ritenersi non condivisibile, secondo cui l'ipotesi contemplata dall'art. 2873, comma 2 non costituisce una vera e propria “riduzione”.

⁽¹⁰³⁾ Va notato che, con la descritta ipotesi di restrizione prevista dal testo unico bancario, sembrano ampliarsi, seppur nell'ambito del credito fondiario, i limiti fissati al principio di indivisibilità. Infatti, la regola dell'*indifferenza* della garanzia rispetto a vicende che investono il bene che ne è oggetto ed il credito garantito soffre una limitazione non solo nel caso di parziale pagamento del debito (art. 2873, comma 2, c.c.), ma anche nell'ulteriore ipotesi della rivalutazione del bene oggetto della garanzia stessa (art. 39, comma 5, seconda parte, tub). In quest'ultima ipotesi, peraltro, si legittima la restrizione del vincolo, e non la riduzione della somma iscritta.

di estinzione di almeno un quinto del debito (oppure anche, secondo l'orientamento in precedenza descritto, di significativa rivalutazione degli stessi) si propone come sostanziale eccezione rispetto all'operatività del principio in esame.

Alla luce di tale inquadramento, appare quindi opportuno soffermarsi sul principio in questione, precisandone la base normativa, il significato precettivo e la portata nonché il fondamento razionale ed i rilevanti limiti posti all'autonomia privata in materia, tentando quindi di chiarire il senso della descritta "indifferenza" della garanzia reale. Tale passaggio risulta necessario per procedere nel tentativo di vagliare le potenzialità della disciplina della riduzione, anche nell'ottica dell'estensione della stessa ed in prospettiva funzionale alla possibile soluzione dei diversi casi di eccesso di garanzia che si sono riscontrati nella prassi bancaria, coerentemente all'accoglimento del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia.

Come anticipato, il principio di indivisibilità risulta previsto sia in tema di pegno che in tema di ipoteca. Con riferimento alla garanzia mobiliare, l'articolo 2799 del codice civile, rubricato "Indivisibilità del pegno", recita "Il pegno è indivisibile e garantisce il credito finché questo non è integralmente soddisfatto, anche se il debito o la cosa data in pegno è divisibile". A tale previsione corrisponde, in ambito immobiliare, il successivo articolo 2809 del codice – "Specialità e indivisibilità dell'ipoteca" – il cui secondo comma recita: "Essa [ipoteca, *ndr.*] è indivisibile e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte". Le due norme recepiscono la sostanza normativa di una tradizione che risale, secondo autorevoli scrittori, al diritto romano ⁽¹⁰⁴⁾, e che è distillata

⁽¹⁰⁴⁾ Si vedano i brani dei giureconsulti romani citati da E. BIANCHI, 46-47, spec. note 1-3, secondo cui: "Già il diritto romano, senza dichiarare espressamente indivisibile il diritto d'ipoteca, gli aveva attribuito in vari casi il carattere

nella celebre formula di epoca intermedia “*hypoteca est tota in toto et qualibet parte*”⁽¹⁰⁵⁾.

La dottrina civilistica in tema di garanzie reali del credito sviluppatasi in Italia, già sotto il vigore del codice civile del 1865⁽¹⁰⁶⁾, ritiene concordemente che l’indivisibilità costituisca una caratteristica fondamentale delle garanzie reali tipiche⁽¹⁰⁷⁾. Più specificamente, con la locuzione “indivisibilità”, ci si riferisce ad una serie eterogenea di regole, che tendenzialmente vengono dagli autori distinte in ciò che riguarda il bene

dell’indivisibilità, affinché meglio rispondesse al suo scopo”. V. anche C.M. BIANCA, 150, spec. nota 20.

⁽¹⁰⁵⁾ La formula è di Charles DUMOULIN (il Molineo), e si riviene a p. 84 della versione dell’opera dell’a. liberamente consultabile su Google Books, all’indirizzo: https://books.google.it/books?id=cWtFAAAAcAAJ&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false., venendo poi esplicita alla successiva p. 130.

⁽¹⁰⁶⁾ In tema di pegno, l’art. 1889 c.c. del codice del 1865 recitava: “1. Il pegno è indivisibile, non ostante la divisibilità di ciò che è dovuto tra gli eredi del debitore, o fra quelli del creditore. 2. L’erede del debitore che ha pagato la sua parte del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito. 3. Vicendevolmente l’erede del creditore che ha esatto la sua parte del credito non può restituire il pegno in pregiudizio de’ suoi coeredi non ancora soddisfatti”. In tema di ipoteca, l’art. 1964, comma secondo, del codice del 1865 è testualmente riprodotto nell’attuale art. 2809, comma secondo, c.c., trascritto sopra nel testo.

⁽¹⁰⁷⁾ Nel vigore del codice del 1865, si v. E. BIANCHI, 45; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 5; L. COVIELLO, 28. Nel vigore dell’attuale codice, si v., nelle trattazioni generali in materia di garanzie del credito, A. MONTEL, 1, 747; A. CHIANALE (1), 173; C.M. BIANCA, 150; in tema di ipoteca, C. MAIORCA, 60-61; A. RAVAZZONI (1), 65 ss.; A. RAVAZZONI (2), 14; D. RUBINO (1), 91. In tema di pegno; A. MONTEL, 2, 791; L. LORDI, 654; D. RUBINO (2), 201; E. GABRIELLI (1), 90.

“oggetto” di garanzia e in ciò che riguarda il “credito” garantito ⁽¹⁰⁸⁾. È opportuno quindi soffermarsi sulla portata precettiva di tali regole.

Sul primo profilo, vale a dire quello che riguarda l’oggetto della garanzia, il principio di indivisibilità comporta in primo luogo che il creditore garantito sia libero, se i beni oggetto della garanzia sono numerosi, di esercitare l’azione esecutiva su tutti, ovvero solo su alcuni di essi; in questo secondo caso, la garanzia viene a “*concentrarsi*” ed “*estendersi*” sui beni oggetto di espropriazione ⁽¹⁰⁹⁾. L’operatività della regola in questione è implicitamente riconosciuta dall’art. 2856 c.c., che prevede la facoltà di surrogazione del creditore perdente, e che quindi riconosce al creditore di grado poziore la facoltà di subastare un solo bene a fronte dei plurimi ipotecati in suo favore ⁽¹¹⁰⁾. Se dunque il creditore ritiene che subastare uno solo dei

⁽¹⁰⁸⁾ La distinzione, utile a fini descrittivi, si rinviene in A. CHIANALE (1), 173, A. RAVAZZONI (1), 67 ss., E. BIANCHI, 51; D. RUBINO (1), 191 e 94 ss.; D. RUBINO (2), 201.

⁽¹⁰⁹⁾ Le espressioni virgolettate nel testo, riprese dalla dottrina successiva, si traggono dall’opera di C. MAIORCA, pp. 60-61. Evidenziano questo significato dell’indivisibilità, oltre a C. MAIORCA, 61, A. CHIANALE (1), 173-174 e A. RAVAZZONI (1), 66; A. RAVAZZONI (2), 14; E. BIANCHI, 1, 51 e 59; D. RUBINO (1), 91; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 897-898.; D. RUBINO (2), 201; L. COVIELLO, 30.

A. RAVAZZONI (1), 67 s. spec. nota 1, nell’ipotesi di espropriazione successive di più beni ipotecati e laddove il valore del primo dei beni oggetto di esecuzione fosse, “di tutta evidenza e di tutta sicurezza”, “più che sufficiente all’integrale soddisfacimento del creditore”, solleva dubbi in ordine alla rimborsabilità in favore del creditore procedente delle spese per l’esecuzione inutilmente cominciata e poi abbandonata in considerazione della capienza del primo bene subastato, invocando il “limite del comportamento secondo buona fede” che vincolerebbe il creditore.

⁽¹¹⁰⁾ Coerentemente alla facoltà di libera scelta in capo al creditore ipotecario di

beni possa essere sufficiente alla luce della misura del suo credito, potrà agire esclusivamente su tale bene, e soddisfarsi con prelazione interamente e nei limiti della somma iscritta su tale bene. In ogni caso, se l'iniziativa non risultasse tuttavia soddisfacente, il medesimo creditore potrà in seguito esercitare una seconda azione esecutiva su un diverso bene ipotecato, soddisfacendosi con prelazione su di esso, sempre nei limiti della medesima somma iscritta ⁽¹¹¹⁾. Allo stesso modo, in ambito mobiliare, il creditore pignoratorio potrà concentrare la sua azione su uno solo dei beni impegnati, con prelazione sino all'ammontare integrale del credito ⁽¹¹²⁾.

grado poziore la giurisprudenza (Cass. 16 luglio 1965, n. 1570, in *Foro it.*, 1966, 106 ss.), precisa che "in nessun caso il creditore ipotecario di grado poziore può vedersi costretto dal creditore perdente ad un incasso soltanto proporzionale per effetto della sussistenza di ipoteca su altri beni", salva la facoltà di surrogazione del creditore ipotecario perdente.

⁽¹¹¹⁾ Cass. 5526/1983 precisa che l'ipoteca permane inalterata sui beni residui anche se all'esito della prima vendita forzata residuano solo interessi calcolati in base all'art. 2855 c.c. e secondo il limite temporale previsto in detta norma.

⁽¹¹²⁾ Numerosi autori precisano che il creditore garantito non può tuttavia subastare una parte dell'unico bene indiviso oggetto di ipoteca (G. GORLA, 404-405; D. RUBINO (1), 94). Tale condotta rischia infatti di deprimere il valore di realizzo del bene oggetto di esecuzione parziale da parte del creditore (il rilievo è condiviso da D. RUBINO (1), 94, spec. nota n. 6 e L. COVIELLO, 30-31, nota 1). Si ritiene che analoghe considerazioni debbano valere in tema di pegno.

Sia Gorla che Rubino fanno salva la possibilità di accordo fra il creditore procedente e il proprietario del bene, che potrebbe consentire al primo l'esecuzione su parte del bene ipotecato. *Contra*, E. BIANCHI, 61, il quale rileva che tale accordo sarebbe reso "inefficace" dall'opposizione manifestata in qualsiasi modo dagli altri creditori del debitore, che potrebbero ritenersi pregiudicati dal frazionamento del bene, avendo anch'essi interesse al maggior valore di realizzo dello stesso (cioè evidentemente nell'ipotesi in cui il debitore fosse proprietario del bene oggetto di

In secondo luogo, dall'indivisibilità del bene oggetto della garanzia discende che, laddove esso venga giuridicamente o materialmente diviso, per effetto di un negozio di divisione tra più soggetti (ad esempio, gli eredi dell'unico concedente), oppure per alienazione separata di una porzione di esso, oppure ancora all'esito di frazionamento in più beni autonomi da parte dell'originario concedente, l'intera garanzia si concentrerà ed estenderà su ciascuna porzione dell'originario bene; se dunque il creditore garantito intende subastare una sola porzione del bene oggetto di divisione o alienazione separata o frazionamento (oppure una sola quota del bene oggetto di comunione) la garanzia si potrà far valere interamente su tale porzione ⁽¹¹³⁾.

garanzia).

In espressa opposizione a tali opinioni, ritiene invece che il creditore possa legittimamente subastare solo parte del bene ipotecato A. RAVAZZONI (1), 66. A ben vedere, però, l'autore ritiene che tale esecuzione "parziale" sia possibile nei limiti in cui la porzione di bene espropriato sia autonomamente identificabile ai sensi dell'art. 2826 c.c. Considerato che tale norma richiede l'identificazione catastale del bene, sembra di poter dire che, anche secondo il pensiero di questo autore, almeno in ambito immobiliare, non possa essere dal creditore unilateralmente frazionato in sede esecutiva un bene che risulta materialmente indiviso.

⁽¹¹³⁾ A. CHIANALE (1), 173; A. CHIANALE (2), 69; A. RAVAZZONI (1), 71; A. RAVAZZONI (2), 14; D. RUBINO (1), 94-95; C. MAIORCA, 61; E. BIANCHI, 62; G. GORLA, 403-404; L. COVIELLO, 29. Resta salva la facoltà, per il terzo acquirente del bene ipotecato che non sia debitore, di liberare i beni secondo il procedimento di c.d. purgazione dell'ipoteca di cui agli artt. 2889 ss. c.c. (norme che peraltro implicitamente confermano che l'ipoteca naturalmente si concentra ed estende anche sulla porzione alienata in favore del terzo non debitore).

Cass. 10 novembre 1993, n. 11088, riconosciuto l'operare di tale regola ("se l'unico bene oggetto di ipoteca è alienato per parti distinte, il creditore come può assoggettare ad espropriazione l'intero bene prescindendo, dal punto di vista oggettivo, dall'intervenuta separazione, così può assoggettare all'espropriazione

Resta comunque salva la facoltà del creditore di espropriare tutte le porzioni divise del bene che originariamente costituivano la sua unitaria garanzia, fermo che, da un punto di vista processuale, l'esecuzione – che secondo alcuni autori potrebbe comunque avere ad oggetto la vendita in lotto unico di tutte le porzioni del bene oggetto della garanzia – andrà promossa nei confronti di tutti i diversi e nuovi soggetti proprietari delle porzioni che si intendono subastare ⁽¹¹⁴⁾.

Chiariti i plurimi significati dell'indivisibilità riferita all'“oggetto” della garanzia, sul secondo profilo, vale a dire quello concerne il “credito” garantito, l'indivisibilità opera sia sul lato attivo che sul lato passivo del rapporto obbligatorio principale (riduttivo appare quindi riferirla al solo credito, come fanno alcuni autori). Quanto al lato passivo, va menzionato anzitutto l'art. 754 c.c., che, in tema di successione *mortis causa* prevede che gli eredi siano tenuti “ipotecariamente per l'intero”; dalla norma in questione deriva che il creditore ipotecario può dunque soddisfarsi sull'intero valore del bene oggetto dell'ipoteca agendo contro i coeredi cui tale bene è stato assegnato in sede di divisione, oltre la quota di debito che spetterebbe loro proporzionalmente al valore della loro partecipazione all'asse, salvo il regresso degli espropriati contro i coeredi ⁽¹¹⁵⁾. Si è sostenuto che questa

solo una delle parti, sempre per la realizzazione dell'intero credito”) e la sua rispondenza all'interesse del creditore, precisa che “il frazionamento dalla garanzia, con espropriazione di un bene a preferenza di un altro, non è conseguibile per effetto di accordo intervenuto tra proprietario del bene ipotecato ed acquirenti di parti distinte dell'immobile”.

⁽¹¹⁴⁾ Nel senso indicato nel testo si vedano G. GORLA, 1, 403; A. RAVAZZONI (1), 70 s.; E. BIANCHI, 59. *Contra* A. CHIANALE (2), 69, secondo cui il creditore garantito sarebbe costretto ad espropriazioni separate, senza possibilità di una vendita in lotto unico.

⁽¹¹⁵⁾ Riconnettono la previsione codicistica al principio di indivisibilità, A.

norma vada applicata anche in ambito di pegno, sicché anche il coerede assegnatario del bene oppugnato risponderebbe integralmente del debito nei limiti del valore del bene, salvo regresso verso i coeredi (¹¹⁶). Fermo ciò, nella diversa ipotesi in cui il bene oggetto della garanzia non sia stato assegnato in considerazione del perdurare di uno stato di comunione tra i coeredi, il coerede del debitore che ha pagato la sua quota non può pretendere la parziale

CHIANALE (1) 174-175, A. RAVAZZONI (1), 72 ss.; A. RAVAZZONI (2), 15; E. BIANCHI, 52; G. GORLA, 404; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 6-7; L. COVIELLO, 30. Occorre precisare che la responsabilità “ipotecaria” dell’erede assegnatario nei confronti del creditore è limitata al valore massimo della garanzia ipotecaria, sicché per l’eccedenza del debito (nel caso di escussione non soddisfattiva del bene ipotecato) l’assegnatario risponderà solo *pro quota* (A. RAVAZZONI (1), 73; D. RUBINO (1), 96, nota 14). A questo riguardo, Rubino precisa che l’assegnatario non potrà avvalersi di alcuna “riduzione” della sua responsabilità parziaria per l’eccedenza alla luce della parte già soddisfatta. Per chiarezza è utile riportare l’esempio fatto dall’a.: “se contro l’assegnatario A (coerede in parti uguali) si è ricavato ipotecariamente 60 per un debito di 90, le residue 30 possono essere chieste per intero a quest’ultimo, anziché ai coeredi B e C, e nessuno può pretendere una riduzione a 10”.

(¹¹⁶) A. CHIANALE (1), 175, che ritiene inoltre di estendere l’applicazione della norma anche “a ogni altra garanzia reale diversa da quelle tipiche”. In ogni caso, va osservato che, qualora non si ritenesse applicabile la norma in ambito di garanzia mobiliare, si dovrebbe ritenere che il coerede assegnatario del bene oppugnato non potrebbe vedere liberato quest’ultimo dal vincolo fino all’integrale pagamento di ogni quota del debito da parte dei coeredi (nonostante l’avvenuto pagamento della sua quota).

liberazione dalla garanzia, fino all'integrale pagamento del debito ⁽¹¹⁷⁾ ⁽¹¹⁸⁾.

Quanto al lato attivo del rapporto obbligatorio principale, laddove il credito sia oggetto di divisione, ad esempio per divisione del patrimonio dell'originario creditore defunto, oppure per alienazione separata di una parte del credito, ciascun creditore viene garantito per la propria quota dall'intero valore della garanzia, e per soddisfarsi può dunque espropriare il bene nei limiti della somma iscritta originariamente dal suo avente causa ⁽¹¹⁹⁾. In tema

⁽¹¹⁷⁾ Come già riportato la regola era espressamente contenuta nel codice civile del 1865, al secondo comma. Nella Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Libro delle Obbligazioni del Codice Civile – Ministero di Grazia e Giustizia, 1940, Roma, a p. 287, si legge che essa costituiva una “esemplificazione” del precetto di indivisibilità (n. 588: “La norma dell’articolo 696 su indivisibilità del pegno riproduce in forma assai più sintetica, ma non meno chiara, quella corrispondente dell’articolo 1889 del codice e dell’articolo 676 del progetto preliminare. Vi ho previsto che la divisibilità della cosa non esclude la indivisibilità del pegno, mentre ho soppresso due capoversi dei citati articoli del codice e del progetto del 1936, che rappresentavano mere esemplificazioni”). Evidenziano questo significato dell’indivisibilità, D. RUBINO (2), 201; E. BIANCHI, 52; D. RUBINO (1), 96; L. LORDI, 654.

⁽¹¹⁸⁾ Alcuni autori affermano che l’indivisibilità operi in ogni ipotesi di “divisione” del debito garantito (A. CHIANALE (1), 174; D. RUBINO (1), 96; A. RAVAZZONI (1), 76). Di là dalla divisione ereditaria, il riferimento a tali fattispecie non è però di immediata chiarezza. Rubino afferma di riferirsi ai “rari casi di pluralità sopravvenuta di debitori senza solidarietà (es., acollo privativo di una sola parte del debito)”. Va notato però che nel contesto dei mutui fondiari, alla pratica molto diffusa di acollo parziale di quote del mutuo in capo agli acquirenti delle porzioni divise si accompagna il frazionamento dell’ipoteca a garanzia, e non si manifesta dunque in queste ipotesi l’indivisibilità: il terzo acquirente che ha pagato la sua quota può liberare il bene acquistato (sui rapporti tra acollo parziale e frazionamento, si v. P. POMPEI, 52 ss.).

⁽¹¹⁹⁾ A. CHIANALE (1), 175; A. RAVAZZONI (1), 76; A. RAVAZZONI (2), 14-15.

di pegno, si osserva a questo riguardo che il creditore che è nel possesso del bene oggetto della garanzia risulta sia possessore *nomine proprio* per garantire la propria quota di credito, sia terzo depositario del bene a favore degli altri creditori; ne consegue che se riceve l'adempimento della sua quota, non può restituire il bene fino all'integrale soddisfazione delle altre quote del credito ⁽¹²⁰⁾. In tema di ipoteca, si osserva invece che – nella medesima ipotesi di divisione del credito garantito tra più soggetti – l'originaria ipoteca si “divida” a sua volta in tante distinte ipoteche, pari a quante sono le quote del credito, aventi tutte il medesimo grado e la medesima somma di iscrizione ⁽¹²¹⁾; va da sé che il singolo creditore non potrà acconsentire alla cancellazione dell'ipoteca nell'ipotesi di pagamento della sua quota senza incorrere in responsabilità nei confronti degli altri creditori non ancora soddisfatti.

Inoltre, sempre con riferimento al lato attivo del rapporto obbligatorio principale, alcuni autori ritengono che dal carattere dell'indivisibilità discenda l'ulteriore importante corollario per cui, in ipotesi di estinzione parziale del debito garantito, la garanzia rimane intatta per l'intero a presidio del residuo dovuto; ne consegue che il debitore che abbia pagato parte del debito garantito non può pretendere la parziale liberazione dell'oggetto della garanzia, anche se quest'ultimo è divisibile ⁽¹²²⁾. Altri preferiscono riferire tale regola ad un diverso principio (: di *irriducibilità* della garanzia), ma

⁽¹²⁰⁾ Si è già detto che la regola era espressamente contenuta nel codice civile del 1865, al terzo comma. Sottolineano questo aspetto, A. CHIANALE (1), 175. D. RUBINO (2), 201; L. LORDI, 654.

⁽¹²¹⁾ A. CHIANALE (1), 175, D. RUBINO (1), 96-97.

⁽¹²²⁾ C.M. BIANCA, 150; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 5; L. LORDI, 654; D. RUBINO (1), 96; D. RUBINO (2), 201; E. BIANCHI, 52-53; A. MONTEL (1), 747; A. MONTEL (2), 791; A. RAVAZZONI (1), 76; A. RAVAZZONI (2), 14; L. COVIELLO, 30.

convengono sul suo meccanismo operativo (¹²³). In tema di pegno, essa trova peraltro ulteriore riscontro nel primo comma dell'art. 2794 c.c., rubricato "Restituzione della cosa", in base al quale "Colui che ha costituito il pegno non può esigerne la restituzione, se non sono stati interamente pagati il capitale e gli interessi e non sono state rimborsate le spese relative al debito e al pegno" (¹²⁴).

Come si è già avuto occasione di precisare, la regola in questione viene, nel tessuto codicistico ad essere direttamente limitata dall'art. 2873, comma 2, c.c., secondo cui "se sono stati eseguiti pagamenti parziali così da estinguere almeno il quinto del debito originario, si può chiedere una riduzione proporzionale per quanto riguarda la somma", nonché, nella normativa speciale, dal medesimo diritto riconosciuto dall'art. 39, comma 5 TUB.

Chiariti i vari significati precettivi del principio di indivisibilità, è opportuno precisare che tale principio attinente la garanzia reale non ha alcun effetto sulla natura dell'obbligazione principale, nel senso che non vale a rendere indivisibile un'obbligazione principale che sia di per sé divisibile ai sensi dell'art. 1314 c.c. (¹²⁵). Si è infatti visto, ad esempio, che il debito pecuniario si divide tra gli eredi nonostante l'esistenza della garanzia ipotecaria. Salva evidentemente la facoltà di agire per l'intero nei confronti dell'assegnatario del bene di cui all'art. 754 c.c., il creditore non può dunque – avvalendosi della disciplina delle obbligazioni indivisibili – rifiutare

(¹²³) Si tratta di G. GORLA, 404 e C. MAIORCA, 62.

(¹²⁴) La norma riproduce senza sostanziali variazioni il contenuto del primo comma dell'art. 1888 del codice civile del 1865 ("Il debitore non può pretendere la restituzione del pegno, se non dopo di aver interamente pagato il capitale, gli interessi e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno").

(¹²⁵) A. MONTEL (1), 747; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 7; L. COVIELLO, 29.

l'adempimento di uno dei coeredi che offra di pagare la propria quota di debito.

6. *Fondamento del principio di indivisibilità*

Sul piano dogmatico, l'indivisibilità viene da alcuni autori ricondotta al carattere reale di ipoteca e pegno; si afferma al riguardo che dalla realtà conseguirebbe in linea di principio l'indifferenza del diritto reale alle modificazioni del bene oggetto del diritto stesso (ad esempio la sua divisione), declinandosi poi tale aspetto differentemente nel contesto dei diversi diritti reali. Ad esempio, in tema di servitù, si richiama l'art. 1071 c.c., il cui primo comma dispone che "se il fondo dominante viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione" (¹²⁶).

Quanto al fondamento razionale e logico dell'indivisibilità, vi è sostanziale concordia nell'individuare in un'opzione legislativa funzionale alla costruzione di uno strumento di garanzia duttile ed efficace per maggiore sicurezza ed agio del creditore (¹²⁷). Migliore protezione del creditore che si apprezza sia sul piano della cautela, che sul successivo piano dell'espropriazione.

Sul primo profilo, si nota infatti che il creditore, ottenuta in fase di costituzione una garanzia sufficiente in relazione al credito vantato, non potrebbe in linea di principio essere pregiudicato dalle vicende che investono

(¹²⁶) C. MAIORCA, 60; L. COVIELLO, 29.

(¹²⁷) A. CHIANALE (1), 173; L. COVIELLO, 29; A. CHIANALE (2), 69 s.; E. GABRIELLI (2), 276 s.; A. RAVAZZONI (2), 15; E. GABRIELLI (1), 90; C.M. BIANCA, 150; A. RAVAZZONI (1), 66; A. RAVAZZONI (1), 66, ritiene che la regola risponda anche ad esigenze di tutela "dell'affidamento di terzi", "riducendosi il numero delle formalità rilevanti – o, comunque, riducendosi la possibilità o l'entità della loro possibile incidenza nei confronti del creditore ipotecario".

i beni oggetto di garanzia, considerato che, come sopra vista, la garanzia resta immune, tra le altre cose, non solo ai mutamenti e all'intervenuta estinzione parziale della misura del credito, ma anche ai trasferimenti di proprietà e alle eventuali divisioni del bene che ne è oggetto. La tutela del creditore sarebbe poi completata dall'operare della regola di cui all'art. 2743 c.c., che protegge il creditore dal rischio più significativo che la regola di indivisibilità lascerebbe scoperto, cioè quello di perimento o deterioramento del bene oggetto di garanzia ⁽¹²⁸⁾. Sul piano dell'esecuzione forzata, d'altro canto, l'indivisibilità consente al creditore, come già chiarito, di scegliere liberamente quale bene espropriare in presenza di più beni oggetto di garanzia

⁽¹²⁸⁾ Come è noto, l'art. 2743 prevede che: "Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito". In questa sede si può solo menzionare l'importante dibattito circa il campo di applicazione della norma. Secondo la tradizionale e risalente opinione, la norma non regola il caso di perdita di valore del bene che non dipenda da un suo deterioramento materiale (così per tutti D. RUBINO (2), 20). Più di recente va affermandosi la convinzione che la norma vada applicata anche nell'ipotesi di perdita di valore del bene, indipendentemente dal suo fisico perimento o deterioramento (così L. BARBIERA, 277-279). Questa seconda tesi appare più coerente alla moderna concezione della garanzia come riserva di valore, e comunque rispettosa dei confini letterali della disposizione. Se infatti lo strumento di garanzia interessa al creditore nella misura in cui rappresenta un valore su cui soddisfarsi, non vi è ragione per escludere che la svalutazione del bene possa assumere rilevanza legittimando il creditore a ricorrere alla tutela offerta da questa disposizione. Si potrebbe anzi ritenere che la norma consideri il deterioramento, così come il perimento, in quanto vicende materiali facilmente riscontrabili cui *normalmente* consegue la perdita di valore del bene dato in garanzia e dunque la sua "insufficienza" per la "sicurezza del creditore".

(facendo se del caso valere l'intera garanzia su uno solo dei più beni ipotecati), nonché, secondo alcuni, di agire in via esecutiva come se il bene non fosse mai stato diviso.

In dottrina è stato rilevato che tali elementi di disciplina, determinanti come detto una significativa tutela del creditore titolare della garanzia reale, legittimano quest'ultimo, in corso di rapporto, a disinteressarsi della sorta dei beni ricevuti in garanzia: secondo l'opinione di un autore, sarebbe invero proprio quella di consentire al creditore di trascurare in linea di massima le vicende dei beni ricevuti in garanzia - diversi dagli eventi contemplati dall'art. 2743, c.c., vale forse la pena di precisare - la reale giustificazione della regola positiva dell'indivisibilità ⁽¹²⁹⁾.

Apprezzati tali evidenti vantaggi per il creditore e il correlato aggravamento della posizione debitoria, da più parti viene sottolineato che il principio in questione, in quanto precipitato di una scelta di politica legislativa, non discende necessariamente dalla struttura delle garanzie reali, costituendone un attributo naturale (ma non essenziale), come tale derogabile ad opera dell'autonomia privata. Si legge al riguardo nelle pagine di un autore che: "l'indivisibilità dell'ipoteca non è il portato di principi logici superiori o la conseguenza logica di un dato concetto dell'ipoteca; essa è invece un rafforzamento della garanzia, ispirato a ragioni pratiche di tutela del creditore" ⁽¹³⁰⁾. A questo riguardo, va precisato che l'autonomia privata può operare in deroga al principio seguendo molteplici direzioni.

In primo luogo, sul piano della struttura dei possibili interventi conformatrici delle parti, si ritiene che il concedente possa nell'atto di

⁽¹²⁹⁾ M. PORZIO (1), 120. L'opinione dell'a. sarà approfondita *infra* cap. III.

⁽¹³⁰⁾ Così G. GORLA, 403. Nello stesso senso A. CHIANALE (2), 69 e 71; E. GABRIELLI (2), 277; A. RAVAZZONI (1), 65; E. BIANCHI, 47-50; L. LORDI, 655; D. RUBINO (1), 92; D. Rubino (2), 201; A. CHIANALE (1), 176; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 7; C.M. BIANCA, 150 s.

concessione costituire una garanzia che venga a sorgere priva del connotato dell'indivisibilità ⁽¹³¹⁾. Secondo alcuni ciò richiederebbe il concorso della volontà del creditore, e dunque escluderebbe il carattere unilaterale dell'atto di concessione, risultando necessaria la conclusione di un contratto ⁽¹³²⁾. Tale conclusione non parrebbe tuttavia corretta. A livello teorico, la garanzia, per quanto priva dell'attributo dell'indivisibilità, non viene a incidere negativamente nella sfera giuridica del creditore, e non pare dunque richiedere l'espressione di una volontà negoziale da parte di quest'ultimo ⁽¹³³⁾. Tuttavia, è evidente che il potenziale creditore, a fronte di una garanzia così unilateralmente conformata dal concedente, potrebbe rifiutarsi di erogare il credito. Diversa è poi l'ipotesi in cui l'atto di concessione intervenga a valle di un contratto che prevede l'obbligatoria costituzione di una garanzia che sia accettata dalle parti come priva dei connotati dell'indivisibilità: ma anche in questo caso l'atto di concessione rimane negozio unilaterale ⁽¹³⁴⁾.

Sempre sul piano strutturale, si ritiene che il creditore possa unilateralmente rinunciare all'indivisibilità ⁽¹³⁵⁾. Contrariamente a quanto rilevato da certa dottrina ⁽¹³⁶⁾, non costituiscono tuttavia rinuncia

⁽¹³¹⁾ A. CHIANALE (2), 71; A. Chianale, 1, 176; C.M. BIANCA, 150 s.

⁽¹³²⁾ D. RUBINO (1), 92

⁽¹³³⁾ Nella stessa direzione si veda anche l'argomento di A. CHIANALE (2), 71, nota 54.

⁽¹³⁴⁾ Vi è poi l'ipotesi di una garanzia che sia costituita a cautela di una sola quota del credito (D. RUBINO (1), 94 in tema di ipoteca e D. RUBINO (2), 201 in tema di pegno). In questo caso non si opera sulla disciplina della garanzia (che rimane immutata) ma si fraziona il rapporto principale, di cui una sola parte viene garantita.

⁽¹³⁵⁾ A. CHIANALE (2), 71 s.; E. BIANCHI, 50. Precisano che la rinuncia può avvenire sia al momento dell'iscrizione che in un momento successivo, A. RAVAZZONI (2), 15; A. RAVAZZONI (1), 77; D. RUBINO (1), 92; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 7.

⁽¹³⁶⁾ A. RAVAZZONI (1), 77.

all'indivisibilità semplici condotte tenute dal creditore nella fase espropriativa. Ad esempio, non costituisce rinuncia la condotta del creditore che espropria solo alcuni dei beni oggetto di garanzia, peraltro rientrando tale possibilità nel fascio delle condotte creditorie che sono consentite dalla ricadute precettive del principio in esame (considerato che la garanzia si viene a concentrare ed estendere per l'intero sul bene subastato). Nemmeno costituisce rinuncia all'indivisibilità l'ipotesi del creditore che agisca su uno solo dei beni oggetto di garanzia per parte del proprio credito (oppure su tutti i beni ripartendo però proporzionalmente il credito su ciascuno). In quest'ipotesi, con successiva azione esecutiva, il creditore ben potrebbe avvalersi degli effetti dell'indivisibilità, di cui in precedenza aveva deciso di non avvantaggiarsi ⁽¹³⁷⁾. Va infatti escluso che possa discorrersi di comportamento concludente del creditore nel senso di una “rinuncia implicita” all'indivisibilità ⁽¹³⁸⁾, anche considerato che, quantomeno in ambito immobiliare, in applicazione dell'art. 2879 c.c., tale atto deve reputarsi soggetto a forma scritta *ad substantiam* ⁽¹³⁹⁾. Ne deriva che, nel campo immobiliare, può legittimamente discorrersi di rinuncia all'indivisibilità solo laddove il creditore esprima in forma scritta la volontà di abdicare agli effetti dell'indivisibilità per eventuali future azioni esecutive (ad esempio contestualmente a vicende di “divisione” del bene oggetto di garanzia).

Un'ipotesi a parte, che pare integrare un negozio di rinuncia parziale all'ipoteca (piuttosto che una rinuncia all'indivisibilità in senso proprio ⁽¹⁴⁰⁾)

⁽¹³⁷⁾ Lo nota D. RUBINO (1), 92.

⁽¹³⁸⁾ L'espressione è di D. RUBINO (1), 92.

⁽¹³⁹⁾ A. CHIANALE (2), 71 s.; D. RUBINO (1), 92, secondo cui la rinuncia all'indivisibilità costituisce una “particolare sottospecie di rinuncia parziale all'ipoteca”, cui dunque si applica direttamente l'art. 2879 c.c.

⁽¹⁴⁰⁾ Come ritiene E. BIANCHI, 19.

è quella in cui il creditore, senza esservi obbligato dalla legge (nel credito fondiario, l'art. 39, comma 5 del Testo Unico Bancario in tema di diritto alla restrizione dell'ipoteca, v. *supra* par. 4) oppure da un previo accordo con il concedente, consenta la liberazione di una parte dei beni oggetto di garanzia in presenza di un'estinzione solo parziale del credito.

Muovendo in secondo luogo dalla struttura agli effetti che discendono dall'operare dell'autonomia privata in materia, si ritiene che la deroga o la rinuncia possano investire solo alcuni oppure contestualmente tutti i precetti che discendono dalla regola di indivisibilità descritti sopra, secondo la libera scelta delle parti ⁽¹⁴¹⁾. Anzitutto, come poc'anzi anticipato, si può prevedere unicamente che, in ipotesi di parziale estinzione del debito, il creditore debba obbligatoriamente consentire la parziale liberazione dei beni oggetto di garanzia (cd. restrizione convenzionale) ⁽¹⁴²⁾. Inoltre, in tema di ipoteca, può essere stabilito (nell'atto di concessione oppure in quello di rinuncia del creditore) che, nel caso di divisione dell'oggetto della garanzia, la somma iscritta si divida tra le varie porzioni del bene ipotecato. Alternativamente, si può prevedere che, nel caso di divisione del credito garantito, la somma iscritta si divida tra le varie quote di credito.

Le ultime due modifiche menzionate del regime dell'ipoteca possono anche essere fatte operare congiuntamente, disponendo che, in caso di divisione del bene o dei beni ipotecati, ciascuna frazione sia vincolata nei limiti di una parte proporzionale della somma originariamente iscritta, e venga a garantire una sola parte proporzionale dell'originario credito, nel contesto di un rapporto obbligatorio evidentemente destinato sul lato passivo ad essere diviso tra più soggetti (sicché, all'esito di questa operazione, l'inadempimento di uno dei debitori autorizza il creditore ad espropriare solo

⁽¹⁴¹⁾ A. CHIANALE (2), 71 s.; D. RUBINO (1), 93.

⁽¹⁴²⁾ L. LORDI, 655 s.; D. RUBINO (2), 201; E. BIANCHI, 49; G. BAUDRY LACANTINERIE-P. DE LOYNES, 7.

la quota di bene legata alla quella quota). Quest'ultima pratica viene correntemente definita "frazionamento" dell'ipoteca. Essa trova diffuso riscontro nella prassi immobiliare e costituisce oggi oggetto di una precisa disciplina legislativa. In particolare, l'art. 39, comma 6, TUB codifica, a determinate condizioni, il diritto di ottenere dal finanziatore il frazionamento dell'ipoteca. Il frazionamento non va quindi più inteso come rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, e conseguentemente come un atto unilaterale del creditore, ma va ricondotto ad una struttura contrattuale. Ciò precisato, quanto ai presupposti di applicazione, la norma dispone che "In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia" ⁽¹⁴³⁾.

Quanto infine alla natura degli interventi dell'autonomia privata in materia, deve ritenersi che tutte le deroghe ipotizzate, incidendo sulla disciplina di un diritto reale, tendono esse stesse ad assumere natura reale, e quindi a conformare il diritto di ipoteca che in concreto è sorto anche a prescindere dalle sue parti originarie ⁽¹⁴⁴⁾. Va da sé che, in ambito

⁽¹⁴³⁾ In generale sul frazionamento dell'ipoteca e sul suo inquadramento dogmatico come diritto da esercitarsi nei confronti del debitore si veda il saggio di P. SIRENA (2). Sui molteplici problemi disciplinari attinenti al frazionamento dell'ipoteca si veda il contributo di C. SPREAFICO.

⁽¹⁴⁴⁾ Non sembra che tale attività conformativa si scontri con il limite della tipicità dei diritti reali. Ciò considerato che secondo la tesi oggi più accreditata tale limite non preclude interventi di autonomia su aspetti di disciplina che devono reputarsi non essenziali per i diritti reali (si vedano in tal senso le opinioni riportate da M.

immobiliare, le modifiche così operate alla disciplina del diritto di garanzia devono in linea di principio essere oggetto di pubblicità per essere opponibili ai terzi. Più specificamente, si ritiene che la deroga all'indivisibilità, per essere opponibile a coloro che sono subentrati nel diritto di ipoteca (ad esempio i cessionari del credito garantito), debba essere oggetto di annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria (arg. *ex* art. 2879, comma 2, c.c.)⁽¹⁴⁵⁾. Sembra di poter aggiungere che anche per poter valere in favore del terzo acquirente del bene ipotecato le modifiche al regime dell'opponibilità debbano essere oggetto di pubblicità. Nei confronti del creditore rinunziante e degli altri terzi, si afferma invece che la rinunzia sia efficace a prescindere dalla pubblicità della stessa⁽¹⁴⁶⁾.

Fermo ciò, nulla esclude che le parti attribuiscono alla deroga in concreto realizzata efficacia esclusivamente obbligatoria (ad esempio, si potrebbe prevedere l'impegno del creditore di liberare alcuni beni in presenza di una parziale soddisfazione del credito). Il tema non risulta approfondito in dottrina, ma la natura reale o solo obbligatoria della deroga all'indivisibilità realizzata dalle parti sembra riflettersi sul piano rimediale. Nel senso che solo in presenza di una deroga con portata reale il soggetto espropriato in violazione della disciplina convenzionale del diritto di garanzia derogatoria dei precetti di indivisibilità potrebbe opporsi all'esecuzione (ai sensi dell'art. 615 c.p.c.). Nel caso di deroga con effetto solo obbligatorio, l'espropriato, il debitore, ovvero entrambi, potrebbe al più far valere una responsabilità risarcitoria del creditore.

Comporti, 123 ss.).

⁽¹⁴⁵⁾ A. RAVAZZONI (1), 77 s.; D. RUBINO (1), 92; A. CHIANALE (1), 176.

⁽¹⁴⁶⁾ D. RUBINO (1), 93.

7. Valutazione del principio di indivisibilità nel contesto dell'attuale concezione delle garanzie reali

Chiariti contenuto, fondamento e limiti del principio di indivisibilità delle garanzie reali, è importante notare, ai fini che interessano in questa sede, che tale principio può ritenersi contrapposto al principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, in particolare nel confronto con le fattispecie di eccesso di garanzia cui si assiste nella prassi. Il primo principio, come si è visto, nell'ottica della massima tutela del creditore garantito, depone nel senso della tendenziale *indifferenza* della garanzia rispetto a vicende sopravvenute nel rapporto, tra cui l'eventuale eccesso di garanzia. Il secondo principio, al contrario, tende ad adeguare il valore della garanzia all'eventuale eccesso di cautela sopravvenuto, nell'ottica di un più equilibrato temperamento dei contrapposti interessi di creditore e debitore, e in particolare nella prospettiva di evitare un'immobilizzazione dei beni di quest'ultimo che oltrepassa il segno della cautela da reputarsi sufficiente ai fini della realizzazione della *causa cavendi*.

Proprio in considerazione della rilevata scarsa efficienza della regola di indivisibilità, e secondo riflessioni coerenti a una maggiore sensibilità verso il concetto alla base del principio di proporzionalità, alcuni autori hanno messo in discussione l'opportunità della regola di indivisibilità nel contesto di una moderna concezione delle garanzie reali. In particolare, apprezzata la regola nel suo significato di fondo, cioè, come già precisato, quello di determinare una situazione di tendenziale indifferenza della garanzia reale rispetto a vicende che investono il bene che ne è oggetto e il credito garantito, se ne è contestata l'idoneità a far adeguatamente fronte alle esigenze dei traffici, nel quadro della costruzione di strumenti negoziali di garanzia che siano non solo sicuri per il creditore, ma anche efficienti sul piano economico. L'assunto di base che anima tali considerazioni è dunque che la regola dell'indivisibilità, nel determinare un livello molto elevato di protezione del

creditore, oltrepassa il segno di quello che potrebbe costituire un equo contemperamento con gli interessi del debitore nella prospettiva della definizione legislativa di strumenti di garanzia efficienti.

Un primo autore ⁽¹⁴⁷⁾, in una monografia del 1964 in tema di anticipazione bancaria, conduce la sua critica al principio di indivisibilità a partire dalla considerazione secondo cui tale principio costituirebbe un portato della tradizione romanistica, che intende la garanzia reale (: il pegno) come strumento di “pressione psicologica per il pagamento della *obligatio*” ⁽¹⁴⁸⁾. In particolare, l’autore si riferisce alla speciale regola, che come si è visto può ricondursi al principio in questione, in forza del quale la garanzia rimane immune alle modificazioni che riguardano il credito garantito, sicché il creditore ha il diritto di trattenere i beni dati in garanzia fino all’integrale pagamento del credito (cfr. gli artt. 2794 e 2799 c.c. in tema di pegno), potendo legittimamente rifiutare la richieste di restituzione parziale dei beni ricevuti in garanzia, anche se questi sono divisibili, nonostante l’intervenuta estinzione di parte del credito. Secondo l’autore, tale regola, in uno con lo spossessamento tipico della garanzia mobiliare, si giustifica per l’appunto nella misura in cui la garanzia - come in effetti accadeva nel sistema romanistico - è essenzialmente intesa a *spingere* il debitore ad adempiere, il quale è in altre parole incentivato ad estinguere integralmente il credito al precipuo fine di riottenere il possesso della cosa data in garanzia, in ipotesi avente un valore anche di molto superiore al debito residuo, eppure immobilizzata a cautela del diritto del creditore.

Alla luce di tale considerazione, l’autore ritiene che tale regola non sia dotata di “sufficiente giustificazione” – è qui il passaggio che maggiormente interessa – laddove la garanzia sia concepita secondo la (diversa) accezione oggi dominante nella moderna scienza civilistica, cioè come riserva di valore

⁽¹⁴⁷⁾ M. PORZIO, 117-124.

⁽¹⁴⁸⁾ Così testualmente M. PORZIO (1), 121.

(o di utilità) per il creditore, con tale locuzione volendosi indicare che gli strumenti in questione hanno la precipua funzione di assicurare al creditore la possibilità di soddisfare l'intero ammontare del suo credito su beni di un certo valore, tendenzialmente sufficiente a coprire la misura del dovuto, anche per l'ipotesi di inadempimento del debitore ⁽¹⁴⁹⁾. In questo moderno scenario, ciò che importa è principalmente che la garanzia dia "sufficiente sicurezza" al creditore con riguardo al valore dei beni che ne sono oggetto (nelle parole dell'art. 2743 c.c.); l'ulteriore funzione di spingere il debitore all'adempimento, attraverso la leva psicologica costituita dal trattenimento del bene oggetto di garanzia, appare avere assunto una dimensione di secondaria importanza, come del resto indicato dal fatto che lo spossessamento (ulteriore regola di derivazione romanistica) tende a perdere di centralità anche nella disciplina della garanzia mobiliare ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Sulla garanzia come riserva di utilità, v. E. GABRIELLI (4), nota 34, secondo cui: "Con l'espressione 'riserva di utilità' si vuole indicare, in termini dogmatici, che la funzione della garanzia reale è quella di creare nel patrimonio del garante la destinazione di una parte ben individuata di quel patrimonio [...] in funzione esclusiva del realizzo del diritto di credito e quindi dell'interesse del creditore a vedere conseguita l' 'utilità' che deriva dalla soddisfazione del suo diritto di credito". Si veda già G.P. CHIRONI, 506, secondo cui "l'ipoteca secondo il suo fine economico e giuridico esigerebbe il corrispondere della quantità rispettiva della obbligazione garantita e della sicurezza reale".

⁽¹⁵⁰⁾ L'elaborazione da parte della dottrina della figura del pegno non possessorio (per tutti si veda E. GABRIELLI (3)), figura come noto recepita dal legislatore con la legge n. 119 del 2016, conferma il rilievo per cui lo spossessamento, da elemento essenziale nella costruzione della garanzia mobiliare, è venuto a costituire un intralcio per un'efficiente configurazione dello strumento di cautela del creditore, specie nei rapporti di impresa. Sul punto si veda E. GABRIELLI (4), 29-30 che rileva "l'inidoneità delle garanzie mobiliari del credito a soddisfare le attuali esigenze del finanziamento esterno dell'impresa", determinata dalla "rigida interpretazione che la

Da quest'angolo visuale, il trattenimento dei beni da parte del creditore fino all'integrale estinzione del debito, nonostante le intervenute estinzioni parziali, e dunque l'eccedenza che si viene a determinare tra il valore della garanzia "sufficiente" e la misura del credito, da elemento funzionale al raggiungimento della funzione tipica dell'istituto viene a costituire un momento di *inefficienza* a livello economico dello strumento di garanzia, che sconfina rispetto al segno di un equilibrato temperamento dei contrapposti interessi di debitore e creditore. Ciò, si noti, non solo nel contesto del pegno ordinario, in cui la porzione di beni che rimangono oggetto della garanzia risultano sottratti ad un utilizzo produttivo alla luce del perdurare dello spossessamento, ma anche in materia di ipoteca, ove la commerciabilità del bene, nonché la possibilità che lo stesso sia concesso in garanzia per contrarre altri rapporti obbligatori, risentono negativamente sia nell'ipotesi di non liberazione dell'immobile, sia nell'ulteriore caso di perdurare iscrizione di una somma che ecceda il valore della cautela sufficiente al creditore, e che pure non viene ridotta per non essere integrati direttamente i presupposti di cui alla disciplina della riduzione.

Ci si soffermerà oltre sulle conseguenze che questo autore trae dalle superiori considerazioni ⁽¹⁵¹⁾. Ciò che interessa in questa sede è evidenziare la notazione di fondo per cui l'indivisibilità, quantomeno in alcune sue

giurisprudenza ancora oggi sostiene del requisito dello spossessamento", considerato che lo spossessamento "rende impossibile, per un verso, sottoporre alla garanzia i beni aziendali di cui l'imprenditore normalmente si serve; per un altro, utilizzare le merci destinate alla lavorazione e, infine, impiegare in funzione di garanzia i prodotti e i crediti derivanti dalla loro lavorazione e distribuzione". Si segnala al riguardo che da giugno 2023 risulta disponibile il registro informatico a cura dell'Agenzia delle Entrate che dovrebbe finalmente consentire la piena operatività del nuovo istituto del pegno mobiliare non possessorio.

⁽¹⁵¹⁾ Si veda *infra* cap. III. Il tema è già accennato al precedente cap. I, par. 3.

declinazioni, rappresenta un elemento di potenziale inefficienza degli strumenti di garanzia previsti dal nostro ordinamento.

Una seconda e più recente voce si leva dalla trattatistica in tema di ipoteca e denuncia l'“obsolescenza” della figura dell'indivisibilità⁽¹⁵²⁾. L'autore imposta le sue considerazioni a partire dall'istituto del frazionamento dell'ipoteca, che si è visto costituire una (doppia) deroga ai precetti dell'indivisibilità, prevista dall'art. 39, comma 6 TUB in favore degli acquirenti di porzioni di complessi immobiliari e che consente, in caso di vendita frazionata del complesso, di trasformare l'unica originaria ipoteca concessa dal costruttore in tante ipoteche che gravano solo sulle singole frazioni e che garantiscono il solo debito del relativo acquirente.

Secondo l'autore, in una prospettiva *de iure condendo*, in favore dell'acquirente di un bene ipotecato andrebbe *in generale*, cioè anche al di fuori del credito fondiario, previsto un diritto al frazionamento, considerato che si tratta di un istituto che agevola i traffici immobiliari senza pregiudicare eccessivamente le ragioni del creditore (nelle parole dell'autore, “l'impossibilità ... di ottenere anche unilateralmente il frazionamento dell'ipoteca appare piuttosto discutibile ed espressione di un sorpassato modo di intendere i rapporti economico-sociali”)⁽¹⁵³⁾.

De iure condito, l'autore afferma che sarebbe “illecito” un patto che preveda un corrispettivo in favore del creditore per il consenso al frazionamento che vada oltre la misura di un indennizzo per il pregiudizio alla “facilità di realizzazione del credito”⁽¹⁵⁴⁾. Infatti, considerato che la somma delle iscrizioni delle ipoteche frazionate deve necessariamente essere pari alla somma di iscrizione dell'ipoteca originaria, che il grado ipotecario

⁽¹⁵²⁾ A. RAVAZZONI (1), 66-67, 71, 82-83. L'espressione virgolettata nel testo si trova a p. 67.

⁽¹⁵³⁾ A. RAVAZZONI (1), il virgolettato è a p. 71.

⁽¹⁵⁴⁾ A. RAVAZZONI (1), 83.

viene conservato ed inoltre che il complesso di beni in garanzia risulta il medesimo, il sostanziale pregiudizio subito dal creditore per effetto del frazionamento consiste nella necessità di promuovere separate iniziative contro i vari debitori per soddisfare il suo credito. Va da sé che la notazione dell'autore dovrebbe valere al fuori dal campo di applicazione delle ipotesi legali di diritto al frazionamento, posto che in tale contesto la posizione di obbligo che grava sul creditore esclude la possibilità che egli si veda remunerato per l'adempimento dello stesso.

In secondo luogo, l'autore rileva che il comportamento del creditore che neghi senza giustificato motivo il frazionamento richiesto dalle controparti - che pure non vantano un diritto in questo senso, collocandosi la fattispecie al di fuori del perimetro segnato dall'art. 39, comma 6 del TUB - pone in essere una condotta contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (1375 c.c.), dunque suscettibile di dare luogo a una responsabilità risarcitoria (nonché, ma la notazione è solo accennata e non è chiarita nei suoi contorni, di determinare l'applicazione della normativa anti-usura). In ultima analisi, anche l'autore in questione reputa il principio di indivisibilità un elemento di potenziale inefficienza degli strumenti di garanzia previsti dal nostro ordinamento.

Alla luce delle opinioni degli autori citati, il fondamento razionale e la forza precettiva del principio di indivisibilità sembrano perdere di intensità. Al contempo, le regole variamente ricondotte dalla dottrina al principio in questione, nel mantenere la loro dimensione positiva, paiono perdere la loro connotazione di precetti espressivi di una impostazione generale della materia delle garanzie del credito. Ne consegue che la disciplina della riduzione dell'ipoteca, tradizionalmente considerata eccezionale rispetto al principio in questione in considerazione delle deroghe che essa apporta al suo apparato di regole, può essere valorizzata in una nuova dimensione, anche per mezzo di una sua interpretazione estensiva e analogica, nell'ottica di un'esegesi della materia delle garanzie che permetta, senza pregiudizio alle ragioni del

creditore, di assicurare una maggiore tutela degli interessi del debitore, e in ultima analisi una costruzione più equilibrata ed efficiente del rapporto di garanzia, anche per far fronte alle ipotesi di eccesso di cautela che si riscontrano nella prassi dei traffici.

Tale valorizzazione della disciplina della riduzione dell'ipoteca risulta del resto coerente con l'accoglimento in materia del principio – di cui la disciplina in questione risulta espressione – di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, che pure tende a un più equilibrato contemperamento degli interessi di debitore e creditore nel perseguimento dell'obbiettivo di assicurare una cautela adeguata al creditore senza un eccessivo sacrificio degli interessi patrimoniali del debitore.

8. Estensione dell'art. 39, comma 5 TUB all'intero settore bancario

Nella segnata prospettiva dell'accoglimento del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, e della conseguente valorizzazione della disciplina della riduzione dell'ipoteca nel confrontarsi con ipotesi di eccesso di garanzia sopravvenute nel corso del rapporto di credito, uno dei primi quesiti che si pone all'interprete concerne la possibilità di applicare la disciplina speciale dell'art. 39, comma 5 del testo unico bancario al di fuori dell'ambito in cui è confinata dal legislatore di settore, vale a dire quello del credito fondiario.

Si è visto infatti che la disciplina speciale in questione consente di ottenere la restrizione dell'ipoteca, e quindi la liberazione di alcuni dei beni oggetto di garanzia (oppure di alcune parti dell'unico e divisibile bene ipotecato), “quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38”. Fermo il contrasto interpretativo già denunciato in merito alla necessità di cumulare al requisito in questione l'ulteriore presupposto dell'avvenuta estinzione di parte del finanziamento (v.

supra par. 4), ciò che interessa in questa sede è indagare la possibilità di estendere tale disciplina – che appare più coerente a un pieno accoglimento del principio di proporzionalità in materia rispetto alla corrispondente normativa di diritto comune – all’intero settore dei finanziamenti bancari assistiti da ipoteca, indipendentemente dalla natura fondiaria del rapporto.

Come accennato, sullo specifico punto si registrano alcune pronunce ABF che si orientano in senso negativo. Ad esempio, in un caso in cui la domanda di liberazione di alcuni beni dal vincolo ipotecario seguiva all’estinzione di oltre la metà del debito originario, l’ABF esclude la possibilità di applicare la norma in questione esclusivamente sulla base della considerazione per cui “non vertendosi in materia di mutui fondiari, non trova applicazione l’art. 39 t.u.b. che, al suo quinto comma, consente, limitatamente ad essi, la cd. restrizione ipotecaria”, e prosegue osservando che “viceversa, per i mutui ordinari, vige la regola dell’art. 2873 c.c. per il quale ‘non è ammessa domanda di riduzione riguardo alla quantità dei beni né riguardo alla somma, se la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o sentenza’”⁽¹⁵⁵⁾.

Appare manifesto che la soluzione accolta dall’ABF viene a determinare una differenza molto rilevante tra le due discipline, quella comune e quella fondiaria, nel segno di un trattamento più favorevole per il debitore finanziato nell’ambito della legislazione di settore. Fermo questo rilievo di base, va rilevato che vi sarebbero argomenti per contestare la

⁽¹⁵⁵⁾ ABF Bari 23 dicembre 2019, n. 26813. Nello stesso senso si veda anche ABF Milano, 23 dicembre 2020, n. 23536, che, in un caso in cui il cliente domandava in via alternativa lo svincolo di alcuni beni o la riduzione della somma iscritta, escludeva la possibilità di operare la liberazione alla luce della considerazione secondo cui “il carattere speciale della disposizione dell’art. 39, co. 5, TUB non consente tuttavia di farne applicazione alla fattispecie in esame”. Conf. anche ABF Milano, 19 febbraio 2019, n. 5182

correttezza della soluzione predicata dai Collegi ABF.

In linea generale, va infatti osservato che in dottrina si sono da tempo levate voci nel senso di una decisa perdita di identità del “tipo” fondiario, che giungono a concludere nel senso che “il credito fondiario è, allo stato attuale, un residuo articolato disciplinare esiguo, fondato sul mero dato positivo dell’esistenza di alcune norme particolari scarsamente significative”⁽¹⁵⁶⁾. La conclusione è supportata dalla considerazione per cui, venuta meno la tradizionale ed esclusiva funzione di mobilitazione della proprietà immobiliare secondo il sistema delle cartelle fondiarie e la caratterizzazione dell’operazione in questione come mutuo di scopo⁽¹⁵⁷⁾, risulta attualmente difficile individuare - a livello di fattispecie - tratti di oggettiva differenza tra un finanziamento ordinario assistito da ipoteca di primo grado e un mutuo fondiario.

In questo contesto, non sembrerebbe corretto far discendere dalla mera categorizzazione del rapporto come “fondiario” ad opera del finanziatore una differenza disciplinare così rilevante in punto di potere di riduzione dell’ipoteca del debitore. In altre parole, “scolorita” la differenza tra credito ipotecario ordinario e credito fondiario, non parrebbero esservi i

⁽¹⁵⁶⁾ Così P. FAUSTI, 418-420, all’esito di un’analitica ricognizione dell’intera disciplina speciale. L’autore segnala altresì (416) che “nei fogli informativi pubblicitari delle banche capita di trovare formulazioni del tutto generiche (“mutuo fondiario/ipotecario”, aperto a qualsiasi soggetto, per ogni tipo di utilizzo, con indicazioni del tutto omogenee di condizioni economiche, spese e servizi accessori). Si vedano anche i più risalenti rilievi di C.M. TARDIVO, 38 ss., e le considerazioni di AA. DOLMETTA (4), 3, il quale indica l’abrogazione della disciplina fondiaria tra gli auspicabili interventi normativi nell’ottica di una maggior efficienza delle imprese bancarie.

⁽¹⁵⁷⁾ Sull’evoluzione storica del credito fondiario si veda G. BOZZA, 7. Sul sistema delle cartelle fondiarie si veda P.L. FABRIZI, 20.

presupposti per due discipline differenti alla luce del parametro di ragionevolezza dell'art. 3, della Costituzione, che come noto consente differenze di trattamento di situazioni analoghe solo in presenza di serie ragioni legittimanti. Ciò a maggior ragione laddove, come nel caso della disciplina della riduzione e alla luce di una rivalutazione critica del principio di indivisibilità delle garanzie (v. *supra* par. 7), il dato sistematico non pare precludere un'operazione di interpretazione estensiva della disciplina speciale, o comunque una lettura evolutiva dell'intero sistema delle garanzie.

Anche a voler concentrarsi sulla presunta "specialità" del fondiario, l'irragionevolezza della descritta disparità disciplinare risulterebbe peraltro manifesta dal fatto che storicamente le regole fondiarie appaiono, quantomeno nella costruzione del rapporto di garanzia, più favorevoli al creditore (e correlativamente meno favorevoli al finanziato) nell'ottica di una maggiore sicurezza del primo relativamente alla solidità della garanzia e al suo pronto realizzo (si consideri ad esempio la sostanziale irrevocabilità dell'ipoteca fondiaria sancita dall'art. 39, comma 4 del testo unico bancario e la regola di cui all'art. 41 comma 2 dello stesso testo unico, che consente al creditore fondiario l'azione esecutiva individuale sui beni ipotecati anche in pendenza di procedura fallimentare, in deroga al regime ordinario). Limitando al solo credito fondiario l'applicabilità dell'art. 39, comma 5 tub, il rapporto tra disciplina comune e disciplina speciale risulterebbe in un certo senso invertito, considerato che quest'ultima conferisce al finanziato il potere di liberare parte della garanzia e pone al riguardo il creditore in una posizione di soggezione, ignota alla disciplina ordinaria.

Argomenti a sostegno dell'estensione della normativa speciale fondiaria all'intero ambito bancario si traggono anche dalle direttrici generali della normativa di trasparenza, che come noto regola l'intero ambito bancario. Considerata la tradizionale scomposizione delle varie serie normative che compongono l'articolato del diritto bancario (e in generale del diritto finanziario, come composto dai tre comparti bancario, servizi finanziari e

assicurativi – ramo vita), dalla regola generale di trasparenza si trae l’indicazione di “mettere a sistema” le differenze disciplinari che si riscontrano tra i diversi settori, con le soluzioni più evolute nel segno della tutela del cliente (in questo contesto: il debitore che conferisce la garanzia), che, per quanto eventualmente sorte in un contesto di spiccata specialità e di ristretto campo di applicazione (qui: il fondiario), si “comunicano” progressivamente da un settore all’altro tendendo ad assumere portata generale ⁽¹⁵⁸⁾.

Le superiori considerazioni potrebbero dunque sostenere la conclusione secondo cui, nella prospettiva di una lettura sistematica e unitaria della materia la disciplina del credito fondiario sul punto specifico della restrizione della garanzia ipotecaria appare invero rappresentare non tanto una deroga alla disciplina comune giustificata dalle peculiarità del “tipo” fondiario, quanto una sostanziale evoluzione della materia ipotecaria come regolata dal codice civile. Ciò in linea con la tradizione per cui il settore bancario costituisce in materia di garanzie uno strumento di “propulsione del sistema”, nel definire soluzioni negoziali che disegnano un rapporto tra debitore e creditore maggiormente efficiente (in questo caso superando il “dogma” dell’indivisibilità) ⁽¹⁵⁹⁾.

In questo quadro, la disciplina della riduzione viene a proporsi come soluzione di ammodernamento dell’ipoteca codicistica, rappresentando potenzialmente una risposta normativa adeguata per le ipotesi in cui, nell’ambito delle relazioni di credito intessute dalle banche, si viene a determinare in corso di rapporto una situazione di eccesso di garanzia (si fa riferimento alla casistica indicata *supra* al cap. I, par. 3). Infatti, sia nel caso di ipoteca presa dalla banca su più beni debitore, sia nel caso in cui oggetto della garanzia sia un unico bene divisibile, consentire al debitore di liberare

⁽¹⁵⁸⁾ V. in questo senso le considerazioni di A. A. DOLMETTA (5), 67.

⁽¹⁵⁹⁾ V. cap. I, par. 5. L’espressione tra virgolette è di A.A. DOLMETTA (2), 520.

parte dei beni oggetto della garanzia reale, conservando al contempo un margine di sufficiente cautela per il creditore garantito, alla luce dei pagamenti rateali nel frattempo intervenuti nonché – se si accoglie una certa interpretazione del requisito della “sufficienza” della garanzia, v. sopra par. 4 – in forza di una rivalutazione dei beni oggetto della garanzia, pare infatti rappresentare un deciso miglioramento nella costruzione di una garanzia coerente rispetto alle moderne esigenze dei traffici.

Capitolo III

Il pegno divisibile nell'anticipazione bancaria

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Natura giuridica dell'anticipazione bancaria. – 3. Disciplina e vari tipi di anticipazione bancaria. – 4. (Segue) Le regole contenute negli artt. 1849 e 1850 c.c. Estinzione del rapporto. – 5. Tentativo di generalizzazione del “congegno tecnico” dell'anticipazione bancaria. – 6. Attualità dell'anticipazione bancaria. *Lombard e margin loans*.

1. Introduzione

Nel presente capitolo è esaminato il “contratto” di anticipazione bancaria, regolato dalla Sezione IV del Capo XVII del Libro quarto del codice, capo come noto dedicato alla disciplina dei “contratti bancari”. In primo luogo, ci si soffermerà sul dibattito relativo alla natura dell'anticipazione bancaria, che da sempre divide gli studiosi della materia (par. 2 *infra*), soffermandosi in seguito sui principali tratti della disciplina che in tema si riscontra nel codice (par. 3 *infra*)

In secondo luogo, ci si concentrerà sulla peculiare disciplina della garanzia che accede a tale operazione, risultante dal combinato disposto degli artt. 1846, 1849 c.c. e 1850, vale a dire una speciale forma di pegno avente ad oggetto determinati tipi di beni e dotata dell'attributo della divisibilità, in deroga alla regola – trattata ampiamente nel precedente cap. II – dell'indivisibilità delle garanzie reali (par. 4 *infra*).

Approfonditi i tratti di tale peculiare pegno “divisibile”, si proverà ad illustrare come la disciplina dell'anticipazione bancaria e della garanzia che a essa accede, per quanto storicamente riferita ad una tipologia di operazione bancaria che può forse reputarsi desueta, può – similmente a quanto rilevato

in chiusura del precedente cap. II con riferimento alla disciplina della riduzione dell'ipoteca di cui all'art. 39, comma 5, TUB – costituire la base per un ammodernamento della garanzia reale mobiliare come configurata dal codice civile, nella parte in cui contiene una disciplina del pegno coerente rispetto al principio di proporzionalità (da cui ben può reputarsi ispirata) e, dunque, alternativa rispetto alla regola dell'indivisibilità, così rispondendo all'esigenza di uno strumento di cautela più duttile per far fronte ad ipotesi di eccesso di garanzia sopravvenute nel corso del rapporto di credito (cap. 5 *infra*).

Percorso un primo tratto di questo percorso ricostruttivo, un cenno sarà dedicato in chiusura di capitolo alle operazioni bancarie che nell'attualità appaiono potersi quantomeno avvicinare a ciò che storicamente è stato ricondotto all'anticipazione bancaria, vale a dire i cc.dd. *lombard loans* e *margin loans* (cap. 6 *infra*).

2. Natura giuridica dell'anticipazione bancaria

Né il codice civile né il codice del commercio del 1865 contenevano una disciplina dedicata all'anticipazione bancaria ⁽¹⁶⁰⁾. Tuttavia, l'operazione era molto diffusa nella prassi delle banche italiane, tale da essere reputata da uno dei più illustri studiosi della materia “per lungo tempo la più importante operazione attiva della banca” ⁽¹⁶¹⁾. Nel vigore del vecchio codice, dunque, gli studiosi si erano principalmente dedicati ad analizzare la concreta disciplina che le banche prevedevano per ciò che esse stesse denominavano nella prassi “anticipazione”, per poi tentare, nell'ottica di individuarne la disciplina legale, o la sussunzione sotto un tipo contrattuale noto, oppure

⁽¹⁶⁰⁾ M. PORZIO (1), 5

⁽¹⁶¹⁾ G. MOLLE, 294.

l'elaborazione di una regolamentazione *ad hoc* ⁽¹⁶²⁾.

Il codice del 1942 ha invece introdotto un apposita sezione, contenuta nel capo dedicato ai “Contratti bancari”, rubricata “Dell’anticipazione bancaria”. A fronte di questa novità legislativa, la dottrina ha anzitutto registrato la consacrazione legislativa dell’essenza, per così dire tecnica, dell’operazione bancaria, tradotta in particolare nel contenuto degli artt. 1849 e 1850 c.c.. Segnatamente, si è rilevato che nell’anticipazione bancaria “l’operazione di credito è congegnata in modo che l’ammontare del credito (anticipazione) si determina attraverso una riduzione percentuale del valore dei beni costituiti in pegno (cosiddetto scarto); l’operazione, cioè, si basa su un rapporto tra somma anticipata e valore del pegno che assume rilevanza determinante nella volontà delle parti, e che deve rimanere costante per tutta la durata del contratto” ⁽¹⁶³⁾. In altri termini, il “fenomeno sociale al quale va appunto riferita la normativa contenuta negli artt. 1846-1851 c.c.” opera ogni qualvolta l’operazione di credito è architettata in modo che l’ammontare del credito dipende dal valore dei beni dati in garanzia, che superano il montante del capitale secondo una precisa percentuale cui ci si riferisce con il termine di scarto. Lo scarto deve rimanere il medesimo durante la vita del rapporto di credito, sicché se diminuisce il valore del complesso dei beni costituiti in garanzia, o lo scarto viene ripristinato con un supplemento di garanzia oppure il capitale diviene immediatamente esigibile (art. 1850 c.c.); se invece diminuisce il montante del capitale, ad esempio per effetto di pagamenti parziali, il debitore può liberare parte dei beni costituiti in garanzia fino al limite dello scarto (art. 1849 c.c.).

Sostanzialmente condivisa l’esegesi delle nuove e centrali norme sopra menzionate, gli autori si sono invece divisi in merito al loro significato dogmatico. In particolare e in estrema sintesi, secondo alcuni autori le regole

⁽¹⁶²⁾ In questo senso si veda la prima edizione dell’opera di F. MESSINEO, 37 ss.

⁽¹⁶³⁾ G. FERRI (2), 524.

sull'anticipazione bancaria hanno determinato la costituzione di un nuovo tipo contrattuale, essenzialmente diverso e distinguibile dagli altri contratti bancari contemplati dal codice; secondo altri, invece, l'apparato disciplinare degli artt. 1846 ss. sarebbe unicamente adattabile a specifici tipi contrattuali già esistenti, difettando l'anticipazione di una propria autonomia tipologica; secondo altri ancora, che condividono l'assunto del difetto di autonomia tipologica dell'operazione, le regole in questione sarebbero essenzialmente "trasversali" e si applicherebbero ogni qualvolta operi il congegno sopra definito, potendo accedere a diversi tipi di contratto di credito. Nel primo senso, si è sostenuto che l'anticipazione bancaria costituisca "la concessione di credito allo scopo di sovvenzionare un'operazione su titoli o merci" ⁽¹⁶⁴⁾. Nella seconda accezione, si è ricondotta la disciplina dell'anticipazione ad una sussunzione necessaria nel tipo dell'apertura di credito ⁽¹⁶⁵⁾, ovvero in quello del mutuo ⁽¹⁶⁶⁾. L'ultimo tra i citati orientamenti, definito "eclettico", contesta invece l'assunto del necessario riferimento ad una diversa tipologia contrattuale, e conclude nel senso che "l'anticipazione bancaria è un'operazione complessa, risultante dalla combinazione di due negozi, uno di credito (il quale, come rilevato, può avere una natura giuridica diversa: essere

⁽¹⁶⁴⁾ A. PAVONE LA ROSA, 600. Si veda anche quanto afferma l'autore con riferimento ai rapporti tra anticipazione bancaria e apertura di credito "L'anticipazione costituisce [...] un contratto bancario distinto dall'apertura di credito, anche se garantita da pegno, assolvendo questa alla diversa funzione di finanziamento dell'attività economica dell'accreditato (che di regola è un operatore economico). Possiamo quindi sintetizzare le differenze di ordine funzionale che distinguono e dividono i due istituti: l'anticipazione bancaria è strumento di finanziamento di un'operazione commerciale su titoli o merci; l'apertura di credito è strumento di finanziamento di un'attività economica (almeno normalmente)" (572).

⁽¹⁶⁵⁾ F. MESSINEO, 371 ss. nella seconda edizione dell'opera.

⁽¹⁶⁶⁾ M. SPINELLI, 212 ss..

un mutuo o un'apertura di credito) e l'altro di garanzia" (¹⁶⁷). Tale operazione potrebbe dunque realizzarsi indifferentemente mediante erogazione di una precisa somma contestualmente alla stipula (schema del mutuo) ovvero mediante concessione di una disponibilità di denaro (schema dell'apertura).

Secondo una particolare opinione, riconducibile all'orientamento "eclettico" e che tuttavia presenta una propria peculiarità, la disciplina dell'anticipazione bancaria delinea la disciplina (speciale) del pegno bancario su titoli e merci a garanzia dei crediti della banca; si tratterebbe insomma di un "sottotipo del pegno" (¹⁶⁸), cioè di "un insieme di norme derogatorie rispetto alle norme generali sul pegno", il cui connotato principale consiste nella divisibilità dell'oggetto della garanzia, e destinato ad applicarsi a fronte di ogni operazioni bancaria di credito garantita da pegno su merci o titoli e la cui peculiarità con i (¹⁶⁹).

A tale ricco dibattito dottrinario non corrisponde per vero una particolare attenzione da parte della giurisprudenza. Nei pochi casi in cui risulta essersi occupata della questione la Corte di Cassazione ha adottato una posizione non del tutto chiara. Si legge infatti in un arresto esso che l'anticipazione bancaria costituirebbe una "sottocategoria" dell'apertura di credito, ma al contempo lo stesso arresto valorizza le peculiarità disciplinari che la differenzerebbero dall'apertura stessa (¹⁷⁰).

3. *Disciplina e vari tipi di anticipazione bancaria*

Sulla prima disposizione dettata dal codice in materia di anticipazione, vale a dire l'art. 1846 c.c., si impernia la discussione relativa alla natura e

(¹⁶⁷) G. FERRI (2), 525.

(¹⁶⁸) M. PORZIO (1), 95 ss.

(¹⁶⁹) M. PORZIO (2), 2. L'opinione dell'autore sarà approfondita *infra* al par. 5.

(¹⁷⁰) Così Cass., 14 giugno 2000, in *Fallim.*, 2001, 636.

all'oggetto della garanzia. In particolare, viene valorizzata la locuzione "anticipazione bancaria su pegno di titoli o di merci" per affermare anzitutto che la garanzia che regge l'operazione deve necessariamente essere costituita da un pegno; e inoltre che tale pegno deve riguardare "titoli o merci".

Sul primo profilo, si ritiene inoltre di poter distinguere tra anticipazione "propria" e "impropria". La prima sarebbe assistita da pegno regolare, avendo dunque ad oggetto beni specificamente individuati e di cui la banca non può disporre (come del resto precisato dall'art. 1846 c.c., secondo cui "la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno, se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesse sono individuate"); la seconda, invece, sarebbe caratterizzata da un pegno irregolare sui beni consegnati alla banca, e disciplinata precisamente dall'art. 1851 c.c., secondo cui "se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. La eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti". Peraltro, la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che tale ultima disposizione, pur inserita nella disciplina dell'anticipazione bancaria, ha la particolare funzione di riconoscere, "quasi incidentalmente" come si è avuto modo di notare ⁽¹⁷¹⁾, l'ammissibilità della figura del pegno irregolare (o cauzione in senso stretto) nel nostro ordinamento, sicché la figura in questione sarebbe di generale utilizzabilità ed applicazione, anche al di fuori dell'ambito del credito bancario ⁽¹⁷²⁾. Da questa visuale è chiaro che all'anticipazione "propria" che deve guardarsi nell'ottica dell'esegesi della disciplina ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷¹⁾ F. REALMONTE, 817.

⁽¹⁷²⁾ V. FARINA, 602.

⁽¹⁷³⁾ Un'ulteriore distinzione che si trae dalla struttura di base dell'operazione

Sul secondo profilo, quello dell'oggetto della garanzia, gli studiosi sono sostanzialmente concordi nel ritenere che il riferimento del codice a "titoli o merci" va inteso come funzionale a restringere la facoltà di ricorrere alla figura dell'anticipazione solo ove si tratti di beni per i quali sono disponibili quotazioni di mercato ampiamente condivise e tali da determinarne la sostanziale "fungibilità" del bene, la sua facile commercializzazione e liquidazione in caso di inadempimento⁽¹⁷⁴⁾. Possono dunque costituire oggetto di pegno non tutti i "titoli" né tutte le merci, ma solo, ad esempio, "i titoli di massa" e "le merci per le quali esiste un mercato sufficientemente liquido (es. materie prime, *commodities*)"⁽¹⁷⁵⁾. È stato anche rilevato che oggetto di garanzia possono essere anche "i documenti rappresentativi di merci, come la fede di deposito e la nota di pegno emessi dai magazzini generali"; mentre si discute circa l'ammissibilità di porre a garanzia di un'anticipazione titoli di credito individuali⁽¹⁷⁶⁾. La *ratio* di tale limitazione relativa al possibile oggetto della garanzia è costituita, secondo alcuni autori, dalla necessità di rispettare il "congegno tecnico dell'operazione"; considerato che l'ammontare del credito deve essere determinato (anche in corso di rapporto) sulla base dello scarto riferito al valore del pegno, è necessario che quest'ultimo sia facilmente e oggettivamente determinabile⁽¹⁷⁷⁾; altri autori pongono invece l'accento

attiene alla modalità di erogazione della disponibilità. Da questa visuale potrebbero dunque distinguersi l'anticipazione "semplice" e quella "in conto corrente" (per tutti V. FARINA, 593).

⁽¹⁷⁴⁾ C. FRIGENI, 825-826. In senso analogo si v. A. CALTABIANO, 552.

⁽¹⁷⁵⁾ M. PERASSI, 616.

⁽¹⁷⁶⁾ Sul punto si rimanda a V. FARINA, 595 ss., ove si tratta dell'ammissibilità di altri beni a garanzia di anticipazione (ad esempio, libretti di deposito; polizze di assicurazione).

⁽¹⁷⁷⁾ G. FERRI (2), 527.

sull'esigenza di pronto realizzo del bene oggetto di garanzie⁽¹⁷⁸⁾. Giustamente si è rilevato che “i due fattori sono fra loro collegati, poiché la negoziazione dei beni in un mercato liquido e con una apprezzabile quantità di scambi assicura un prezzo significativo del bene, garantendo che la sua eventuale liquidazione possa avvenire rapidamente ed a un prezzo adeguato”⁽¹⁷⁹⁾.

Proseguendo nell'esegesi della disciplina, deve dirsi che le seguenti disposizioni del codice non paiono sollevare particolari problemi esegetici. In particolare, ai sensi dell'art. 1847 c.c., “la banca deve provvedere per conto del contraente all'assicurazione delle merci date in pegno, se, per la natura, il valore o l'ubicazione di esse, l'assicurazione risponde alle cautele d'uso”; secondo il disposto dell'art. 1848 c.c., invece: “La banca, oltre al corrispettivo dovutole, ha diritto al rimborso delle spese occorse per la custodia delle merci e dei titoli, salvo che ne abbia acquistato la disponibilità”. La dottrina rileva che tali obbligazioni sono coerenti rispetto al principio generale dettato dall'art. 2790 c.c. in materia di pegno, ove è previsto da un lato che il creditore ha l'obbligo del creditore di custodire la cosa e risponde della perdita e del deterioramento di essa, e dall'altro lato che chi ha costituito il pegno è tenuto a rimborsare le spese occorse per la custodia⁽¹⁸⁰⁾.

Per quanto infine riguarda l'obbligo di assicurazione, si osserva che l'insorgenza dello stesso è condizionata ad una valutazione della banca parametrata agli elementi fissati dalla norma stessa, e che a tale valutazione la banca dovrà procedere secondo i canoni di diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c. per quanto concerne l'obbligo di custodia, si sottolinea che, quando il pegno ha ad oggetto titoli, la banca dovrà porre in essere tutti gli atti conservativi del credito rappresentato dal titolo (tra cui la riscossione

⁽¹⁷⁸⁾ G. MOLLE, 321.

⁽¹⁷⁹⁾ M. PERASSI, 616.

⁽¹⁸⁰⁾ V. FARINA, 597.

di dividendi) nonché i diritti amministrativi inerenti al titolo (ad esempio l'esercizio del diritto di voto, che come noto spetta al creditore pignoratizio salva diversa pattuizione) ⁽¹⁸¹⁾.

4. (Segue) *Le regole contenute negli artt. 1849 e 1850 c.c. Estinzione del rapporto*

Le norme più significative e maggiormente approfondite della disciplina dell'anticipazione bancaria ad opera della nostra dottrina civilistica sono indubbiamente gli artt. 1849 e 1850 c.c., che dispongono come segue: “il contraente, anche prima della scadenza del contratto, può ritirare in parte i titoli o le merci dati in pegno, previo rimborso proporzionale delle somme anticipate e delle altre somme spettanti alla banca secondo la disposizione dell'articolo precedente, salvo che il credito residuo risulti insufficientemente garantito”; e “se il valore della garanzia diminuisce almeno di un decimo rispetto a quello che era al tempo del contratto, la banca può chiedere al debitore un supplemento di garanzia nei termini d'uso, con la diffida che, in mancanza, si procederà alla vendita dei titoli o delle merci dati in pegno. Se il debitore non ottempera alla richiesta, la banca può procedere alla vendita a norma del secondo e quarto comma dell'art. 2797”.

Anzitutto deve dirsi che da tali norme la dottrina desume che il rapporto tra negozio di credito e negozio di garanzia, nel contesto dell'anticipazione bancaria, assumerebbe tratti peculiari; in particolare, non si tratterebbe dell'ordinario legame di accessorietà, ma di un più inteso legame ⁽¹⁸²⁾. Con ciò si vuole intendere che la garanzia dell'anticipazione bancaria non rappresenta, come avviene normalmente nel contesto dei rapporti di finanziamento, un elemento eventuale della complessiva

⁽¹⁸¹⁾ V. FARINA, 597.

⁽¹⁸²⁾ Legame che G. MOLLE, 315 definisce “rapporto di proporzionalità”.

operazione costruita dalle parti (per quanto rilevante nella sfera dei motivi che hanno indotto le parti a contrarre); piuttosto, essa costituisce l'aspetto centrale su cui si ferma la volontà dei contraenti, considerato che, come già precisato, la misura del rapporto di credito viene determinata in percentuale rispetto al valore del credito, e "scarto" deve permanere per tutta la durata del rapporto ⁽¹⁸³⁾. In altre parole, la garanzia non rappresenta unicamente un elemento di fatto che concorre a giustificare, dal punto di vista dell'istituto di credito, l'erogazione del credito (afferendo dunque in sostanza alla sfera dei motivi del negozio) e dall'altro lato uno tra i costi dell'operazione sopportati dal cliente; ma un "è un elemento *causale* e quindi necessario del contratto", in quanto ne determina il contenuto.

Ed è da tale differenza strutturale che deriva la disciplina speciale riferita alla garanzia contenuta nelle due norme in esame, che in più aspetti derogano alla disciplina ordinaria della garanzia mobiliare ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸³⁾ Anche in questo contesto è bene riportare le parole di G. FERRI (2), 525, secondo cui: "Il collegamento tra negozio di credito e negozio di garanzia non si attua, come normalmente avviene, sulla base di un rapporto di accessorietà, ma si attua sulla base di un rapporto di proporzionalità. Con la conseguenza che la garanzia non è soltanto un rafforzamento dell'obbligazione, e quindi un presupposto del credito, ma un elemento determinante del contenuto dell'operazione. La volontà delle parti non è diretta a fissare, attraverso il collegamento negoziale, la garanzia che deve essere prestata rispetto ad una operazione di credito il cui contenuto è predeterminato; essa è diretta a fissare l'entità del credito che può essere fatto valere su quella determinata garanzia; è cioè diretta a fissare la parte che la banca è disposta ad anticipare sul valore delle merci o dei titoli che il contraente costituisce in garanzia. Nella volontà delle parti, dunque, il valore della garanzia è l'elemento primo, sulla base del quale si commisura, attraverso la determinazione dello scarto, la stessa operazione di credito e in relazione al quale si determinano le successive vicende del rapporto".

⁽¹⁸⁴⁾ G. FERRI (2), 526

Quanto all'art. 1849 c.c., in letteratura è condivisa l'opinione secondo cui si tratterebbe di una norma che deroga al principio di indivisibilità del pegno. L'affermazione si rinviene sia nei contributi dedicati al pegno in generale ⁽¹⁸⁵⁾ che in quelli dedicati specificamente all'anticipazione bancaria ⁽¹⁸⁶⁾. In effetti, nella parte in cui consente di liberare i beni oggetto di garanzia in presenza di un rimborso parziale del finanziamento, la norma deroga ad uno dei precipitati precettivi del principio di indivisibilità, che come illustrato (v. cap. II, par. 5) determina che, anche in ipotesi di estinzione parziale del debito garantito, la garanzia rimanga intatta per l'intero a presidio del residuo dovuto, sicché il debitore che abbia pagato parte del debito garantito non può pretendere la parziale liberazione dell'oggetto della garanzia, anche se quest'ultimo è divisibile. Naturalmente la deroga in questione è resa tecnicamente possibile dai particolari beni che devono costituire oggetto della garanzia nel contesto di un negozio di anticipazione; beni che, oltre a dover essere, come già visto, sostanzialmente fungibili ed agevolmente valutabili, devono necessariamente essere divisibili "in natura" ⁽¹⁸⁷⁾.

Il fondamento razionale di tale speciale previsione è individuato nell'opportunità di concedere al cliente la facoltà di smobilizzare le garanzie concesse, in presenza di un rapporto ("scarto") tra debito residuo e garanzia che viene mantenuto costante e che dunque, sulla base dell'originaria

⁽¹⁸⁵⁾ Per tutti, F. REALMONTE, 804, nota 37, secondo cui: "un'eccezione al principio di indivisibilità è contenuta nell'art. 1849 c.c., in tema di anticipazione bancaria su pegno". Conf. anche E. GABRIELLI (5), 331, nota 20.

⁽¹⁸⁶⁾ A. CALTABIANO, 554-555; M. PORZIO (2), 3; V. FARINA, 598.

⁽¹⁸⁷⁾ M. PORZIO (2), 3, che sottolinea che anche il debito deve essere divisibile, nel senso che deve trattarsi di un "rapporto di credito in cui si possa avere una restituzione parziale della somma (o riduzione del credito) senza alterare l'equilibrio contrattuale".

configurazione del rapporto, è idoneo a giustificare il perdurante sviluppo fisiologico del rapporto di credito. Coerentemente, secondo certe opinioni dottrinarie, la facoltà di smobilizzo andrebbe concessa non solo all'esito del rimborso parziale (come indicato espressamente dalla norma), ma anche laddove il valore dei beni sottoposti a pegno sia incrementato nel corso del tempo ⁽¹⁸⁸⁾. La *ratio* della norma viene altresì ricondotta a quella che è reputata la funzione principale dell'anticipazione, vale a dire quella di finanziare operazioni su merci o titoli, che devono necessariamente permettere l'agevole smobilizzo degli stessi beni ⁽¹⁸⁹⁾.

Appaiono dunque evidenti i riflessi di efficienza di questo peculiare sistema, alternativo alla regola dell'indivisibilità, che permette, come espressamente enunciato nella Relazione al codice civile, "la circolazione delle merci nonostante l'esistenza del pegno" e consente di "tutelare l'interesse del proprietario delle merci ad evitarne l'immobilizzazione" ⁽¹⁹⁰⁾, considerato che il finanziato può riottenere parte dei beni rimborsando in parte la somma, e al contempo la banca creditrice non è tenuta agli oneri che pure gravano sul garante con riferimento a beni di valore eccessivo rispetto alla necessità di cautela. Ciò in un contesto in cui la precisa misura della cautela da reputarsi necessaria viene fissata nello scarto convenzionalmente pattuito. Naturalmente è bene precisare che l'esercizio della facoltà di svincolo presuppone una nuova valutazione dei beni oggetto della garanzia, così da consentire che la proporzione originariamente fissata rimanga inalterata ⁽¹⁹¹⁾.

Quanto all'inquadramento dogmatico di tale facoltà di smobilizzo dei beni, si rinvengono in dottrina due contrapposte ricostruzioni. Secondo una

⁽¹⁸⁸⁾ M. CALLEGARI, 187.

⁽¹⁸⁹⁾ C. FRIGENI, 829.

⁽¹⁹⁰⁾ Relazione al Codice Civile, n. 742.

⁽¹⁹¹⁾ C. FRIGENI, 829.

prima tesi, l'art. 1849 c.c. è norma attributiva al sovvenuto del diritto potestativo di modificare unilateralmente il contenuto del rapporto di garanzia, sottraendovi alcuni beni originariamente oggetto dello stesso ⁽¹⁹²⁾. Secondo una diversa ricostruzione, dalla disposizione in esame si desumerebbe che l'operazione di anticipazione costituisce un contratto di credito particolare sotto l'essenziale profilo del differimento. Infatti, come è noto, i contratti di credito a tempo determinato sono caratterizzati dalla presenza di un termine pattuito in favore di entrambe le parti (1184 c.c.); tuttavia, nel riconoscere la facoltà di rimborso parziale e il correlato obbligo di restituzione di parte dei beni, l'articolo 1849 connoterebbe l'anticipazione come negozio con termine stipulato a favore del debitore, che avrebbe quindi la facoltà di restituire prima del termine fissato ⁽¹⁹³⁾. A prescindere dall'inquadramento della fattispecie, correttamente in dottrina si precisa che, ai sensi dell'art. 1849 c.c., il finanziato può in ogni caso spingersi fino a ritirare non solo parte ma tutti i beni oggetto della garanzia, rimborsando integralmente la somma prestata, così nella sostanza esercitando un diritto di recesso dal contratto di credito ⁽¹⁹⁴⁾

Muovendo all'esame dell'art. 1850 c.c., va detto che esso disciplina l'eventualità della diminuzione della garanzia, contestualmente fissando la misura della diminuzione rilevante nel 10%, sicché una perdita di valore della garanzia che non superi tale soglia non presenta rilievo. La percentuale fissata dalla legge ha naturalmente carattere dispositivo, potendo le parti fissare lo scarto da rispettarsi in una percentuale superiore o inferiore ⁽¹⁹⁵⁾. La norma in questione viene anzitutto reputata una deroga alla regola generale dell'art. 2743 c.c. Come noto e come già illustrato (v. cap. II, par. 6),

⁽¹⁹²⁾ G. FERRI, 523.

⁽¹⁹³⁾ A. SERRA, 132.

⁽¹⁹⁴⁾ V. FARINA, 599.

⁽¹⁹⁵⁾ G. FERRI, 528.

nell'interpretazione tradizionale, tale norma attribuisce rilevanza per la vita del rapporto di credito unicamente alle vicende (attinenti la garanzia) rappresentate dalla "perdita o deterioramento" del bene, e non laddove si tratti di una diminuzione di valore del bene stesso; ai sensi dell'art. 1850, al contrario, tale diminuzione si riflette sul rapporto di credito, innescando dei rimedi in favore del creditore ⁽¹⁹⁶⁾.

Inoltre, la norma in questione viene dalla dottrina messa a confronto con l'art. 1844 c.c. che, in materia di apertura di credito garantita, similmente mira ad assicurare la permanenza di un equilibrio tra credito e garanzia attribuendo rilievo alla diminuzione di valore della stessa, prevedendo nel primo periodo del secondo comma che "se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante". Si osserva in particolare che i sistemi si differenziano su due profili. Anzitutto, il sistema dell'anticipazione bancaria sarebbe in un certo senso più sofisticato, nella misura in cui sono le parti oppure la legge a fissare *ex ante* la soglia quantitativa di rilevanza della diminuzione che fa scattare i rimedi a disposizione della banca, mentre nell'apertura di credito la legge si affida ad una clausola generale, quella dell'"insufficienza" della garanzia, i cui presupposti andrebbero accertati caso per caso e quindi sarebbero rimessi in ultima istanza alla decisione del giudice ⁽¹⁹⁷⁾.

In secondo luogo, viene sottolineata la diversità nei rimedi a disposizione della banca. Nel contesto dell'apertura di credito, la banca può alternativamente chiedere un supplemento di garanzia, la sostituzione del garante, oppure modificare unilateralmente i termini del rapporto contrattuale

⁽¹⁹⁶⁾ A. CALTABIANO, 553 s.

⁽¹⁹⁷⁾ A. CALTABIANO, 552 ss.; M. PERASSI, 612. È evidente che la differenza tra i due sistemi è tanto più marcata quanto più esiste, per il bene oggetto di garanzia nell'anticipazione, un parametro di valutazione oggettivo e condiviso, sicché il superamento della soglia del 10% può in effetti essere un elemento incontestato.

(“ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia”), ovvero ancora “recedere dal contratto” (1844, comma secondo, secondo periodo). Nel contesto dell’anticipazione bancaria, invece, la banca può solamente chiedere un supplemento di garanzia e, in mancanza, vendere i beni costituiti in garanzia; ma non può provocare lo scioglimento del rapporto, atteso che, con il ricavato della vendita dei beni, si soddisferà proporzionalmente e il rapporto proseguirà essendo stato ripristinato il congegno tecnico che sta alla base dell’operazione e l’originario valore dello scarto convenuto dalle parti (laddove nell’apertura la vendita può avvenire solo in sede di escussione e una volta chiuso il rapporto con il cliente, se del caso mediante recesso)⁽¹⁹⁸⁾. Si sottolinea inoltre che la ricostituzione dell’originario valore dello scarto può avvenire, anche nell’ipotesi di diminuzione del valore di beni, anche mediante rimborso proporzionale del credito, nell’esercizio della facoltà concessa dall’art. 1849 c.c. ⁽¹⁹⁹⁾.

Avuto specifico riguardo all’ipotesi del supplemento di garanzia, ci si interroga circa la possibilità di reputare la concessione della garanzia pignoratizia supplementare “contestuale” all’erogazione del credito per i fini di cui all’art. 67 della l. fall.; la risposta positiva è fondata sull’essenza strutturale del contratto, vale a dire quel “rapporto di interdipendenza” di negozio di credito e negozio di garanzia che determina che la reintegrazione rappresenti un obbligo legale e che gli effetti del pegno supplementare retroagiscano alla data di costituzione del rapporto ⁽²⁰⁰⁾

Quanto alla vendita della garanzia naturalmente, se si tratta di pegno regolare, la banca potrà soddisfarsi sul ricavato della stessa. Per quanto riguarda le modalità di vendita, esse non coincidono pienamente con quelle

⁽¹⁹⁸⁾ A. CALTABIANO, 553. *Contra* G. FERRI (2), 528, il quale reputa che con il ricavato della vendita la banca ha diritto di considerare cessato il rapporto.

⁽¹⁹⁹⁾ G. FERRI (2), 528.

⁽²⁰⁰⁾ G. MOLLE, 340.

generali in materia di pegno. Infatti, considerato il rinvio “selettivo” operato dall’art. 1850 c.c. ad alcuni commi dell’art. 2797 c.c., si ritiene che la banca non sia obbligata a procedere a intimazione mediante ufficiale giudiziario, non essendo richiamato il primo comma dell’art. 2797 c.c., potendo procedere a semplice comunicazione scritta dell’intenzione di vendere ⁽²⁰¹⁾. Se invece si tratta di pegno irregolare (e di anticipazione “impropria”), la banca procederà alla liquidazione dell’operazione sulla base del valore che le merci e i titoli presentano in quel momento, all’esito di una nuova valutazione del valore degli stessi ⁽²⁰²⁾.

Dalle peculiari norme appena esaminate derivano conseguenze significative sul piano della struttura dei costi delle parti contraenti. Infatti, il finanziato valuterà l’operazione non solo in forza del corrispettivo richiesto, vale a dire normalmente il saggio degli interessi richiesti dalla banca, ma anche in ragione della misura dello scarto, che, come icasticamente osservato in dottrina “costituisce un costo implicito per il sovvenuto, nella misura in cui priva il medesimo della facoltà di utilizzo del bene offerto in garanzia per tutta la durata dell’anticipazione, a fronte di una disponibilità di somme inferiore al valore della garanzia” ⁽²⁰³⁾. Dall’altro lato, l’istituto di credito, oltre a stimare il merito di credito del sovvenuto, valuterà con particolare attenzione natura, qualità e realizzabilità dei beni oggetto di garanzia. Anche l’ammontare dei tassi può reputarsi influenzato dalla struttura dell’operazione. Infatti, il livello dello scarto può ritenersi collegato al saggio

⁽²⁰¹⁾ C. FRIGENI, 829, il quale osserva che la questione si pone solo laddove le parti non abbiano convenuto modalità di liquidazione diverse da quelle di legge, come frequente nella prassi.

⁽²⁰²⁾ Per alcune precisazioni sulle modalità in cui debba operare tale meccanismo in caso di fallimento del debitore, si v. M. PERASSI, 627.

⁽²⁰³⁾ M. PERASSI, 615. M. PERASSI, 626.

richiesto secondo un rapporto di proporzionalità “inversa” ⁽²⁰⁴⁾.

5. Tentativo di generalizzazione del “congegno tecnico” dell’anticipazione bancaria

L’articolato disciplinare composto dagli artt. 1849-1850 c.c. può senza dubbio reputarsi espressione del principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia, considerato che tali norme tendono a mantenere stabile la relazione tra i due valori in discorso secondo il parametro definito dall’originaria volontà delle parti (in questo ambito definito “scarto”), che viene dunque assunto quale parametro adeguato su cui misurare, per tutta la sua durata, il rapporto tra le parti. Attraverso il meccanismo previsto dagli artt. 1849-1850 c.c. si proteggono le esigenze di cautela del creditore e si evita un’eccessiva immobilizzazione delle risorse del debitore.

La descritta efficienza del meccanismo operativo sotteso all’anticipazione bancaria, costituito in particolare dal carattere divisibile della garanzia pignoratizia che emerge dagli artt. 1849 e 1850 c.c., ha portato un autore a teorizzare l’estensione di tale meccanismo all’intera operatività bancaria del credito assistito da pegno ⁽²⁰⁵⁾. L’originale tesi, che si è già illustrata in precedenza (v. in particolare capp. I, par. 4 e capp. II par. 7), principia proprio da una articolata critica al “dogma” dell’indivisibilità delle garanzie reali. Secondo l’autore tale “dogma”, nella parte in cui determina che la garanzia – anche se divisibile in natura – rimanga immune al fenomeno della parziale estinzione del credito garantito, costituirebbe retaggio di una concezione della garanzia reale (quale, è bene ripetere, strumento di

⁽²⁰⁴⁾ M. PERASSI, 615.

⁽²⁰⁵⁾ M. PORZIO (1), in particolare 117-124.

“pressione psicologica per il pagamento della *obligatio*”⁽²⁰⁶⁾) che deve ritenersi superata. Più in particolare, l’autore ritiene che l’indivisibilità non sia coerente ad un sistema che contempra la garanzia quale riserva di valore (o di utilità) per il creditore, che costituisca cioè uno strumento la cui funzione è quella di permettere il soddisfacimento del creditore in caso di inadempimento, e nulla di più. In questo contesto, è importante unicamente che la garanzia dia “sufficiente sicurezza” al creditore con riguardo al valore dei beni che ne sono oggetto (nelle parole dell’art. 2743 c.c.), e ogni eccedenza rispetto a tale parametro può reputarsi un elemento di inefficienza dello strumento di garanzia da correggere in via interpretativa.

La via per correggere tale inefficienza, secondo l’autore, è costituita dall’estensione del meccanismo operativo sotteso all’anticipazione bancaria all’intera operatività del credito bancario assistito da pegno su cose divisibili (ad esempio, titoli di massa). In altre parole, l’autore propone l’applicazione generalizzata ad ogni fattispecie di pegno bancario su cose divisibili delle norme speciali contenute negli artt. 1849 e 1850 c.c., quale che sia la natura del rapporto di credito coinvolto nell’operazione⁽²⁰⁷⁾. Ne deriverebbe, nel contesto delle relazioni di finanziamento in ambito bancario, la fondatezza della pretesa del cliente di parziale liberazione dal pegno ogni qual volta esso abbia ad oggetto cose divisibili (e la pretesa del creditore risulti adeguatamente cautelata dalla garanzia rimanente secondo lo scarto originariamente convenuto), nonché la possibilità del creditore bancario di attivare i rimedi a presidio dello scarto previsti dall’art. 1850 c.c.

Corollari della tesi sono costituiti dall’applicazione dell’art. 1850 c.c. indipendentemente dall’individuazione negoziale di uno scarto rilevante ad opera delle parti (con l’applicazione dunque della regola del 10% quale

⁽²⁰⁶⁾ Così testualmente M. PORZIO (1), 121.

⁽²⁰⁷⁾ M. PORZIO (1), 117 ss..

percentuale di natura dispositiva) ⁽²⁰⁸⁾, e la legittimità dell'adempimento parziale e anticipato anche nel contesto dei rapporti di credito (tipo il mutuo e lo sconto) che nella loro configurazione ordinaria non contemplano tale facoltà ⁽²⁰⁹⁾. La tesi si fonda sull'accoglimento della prospettiva della natura "eclettica" dell'anticipazione bancaria, che non costituirebbe un autonomo tipo contrattuale ma unicamente un "sotto-tipo" di pegno, come sarebbe dimostrato dall'impossibilità di individuare un'autonomia dell'anticipazione rispetto alla contigua figura dell'apertura di credito garantita da pegno ⁽²¹⁰⁾.

La tesi in questione è stata oggetto di critiche da parte di quella dottrina che al contrario evidenzia l'autonomia tipologica dell'anticipazione bancaria rispetto all'apertura di credito, in considerazione del fatto che quest'ultima è destinata a generiche funzioni di finanziamento dell'attività economica del debitore, e non a specifico supporto di operazioni su merci o titoli ⁽²¹¹⁾. La critica è fondata principalmente su due argomenti. Si rileva in particolare che, nel contesto di un'apertura di credito in cui il pegno abbia un "rilievo del tutto secondario nell'economia dell'operazione", come pure può avvenire ad esempio se il pegno si accompagna (come spesso avviene, v. cap. I, parr. 2-3) ad altre garanzie rilasciate in favore della banca, in primo luogo l'automatica applicazione dell'art. 1849 c.c. appare ingiustamente penalizzante per il creditore, in considerazione del fatto che in tali casi non vi sarebbe un rapporto di "proporzionalità" tra valore della garanzia mobiliare e valore del credito su cui l'operazione è consensualmente costruita e che legittima l'operare di tale meccanismo ⁽²¹²⁾; in secondo luogo, lo stesso

⁽²⁰⁸⁾ M. PORZIO (1), 110 ss..

⁽²⁰⁹⁾ M. PORZIO (1), 130 ss..

⁽²¹⁰⁾ M. PORZIO (1), 95 ss.

⁽²¹¹⁾ A. PAVONE LA ROSA, 600.

⁽²¹²⁾ Da questa visuale, l'art. 1849 c.c. cede il passo all'art. 1844 c.c., che non consente la liberazione parziale della garanzia fino al cessare del rapporto di

operare del meccanismo della necessaria integrazione della garanzia nel caso di perdita del 10% del valore contemplato dall'art. 1850 c.c. potrebbe essere eccessivamente gravoso per il debitore, atteso che il complesso delle garanzie date potrebbe essere comunque idoneo ad assicurare idonea cautela al creditore ⁽²¹³⁾.

Alla luce di tale articolata critica, la tesi in discorso è stata dal suo autore riformulata. In particolare, in un successivo scritto, quest'ultimo afferma che “si può concedere che non ogni ipotesi di pegno di titoli o merci a garanzia di un credito bancario richiama la disciplina dell'anticipazione e si deve ammettere che sarà anche necessario che il credito sia stato concesso in vista del pegno e rapportando la concessione del credito al valore del pegno (e questo è il senso della proporzionalità tra credito e pegno); si dovrà, in altri termini, escludere l'applicazione della disciplina dell'anticipazione quando il pegno di titoli o di merci si accompagna in maniera indifferenziata ad altre garanzie che assistono crediti già concessi o da concedere al cliente; ma non si può, a nostro avviso, andare oltre, se non si vogliono introdurre elementi di interpretazione extratestuali non giustificati” ⁽²¹⁴⁾. In altre parole, la disciplina contenuta negli artt. 1849 e 1850 c.c. sarà destinata ad operare non in ogni caso di operatività bancaria assistita da pegno, ma solo laddove si accerti che le parti in sede di perfezionamento dell'operazione hanno determinato l'importo del credito in misura proporzionale al valore della garanzia ricevuta. La *quaestio voluntatis* sarà da risolvere principalmente avuto riguardo all'apparato di garanzie ricevute della banca, nel senso che, qualora ad esempio la garanzia pignorizia sia l'unica rilasciata e appaia di importo tale da coprire l'intero debito per l'ipotesi di inadempimento, è possibile reputare l'operazione di credito costruita alla luce del pegno ricevuto, e

apertura. In secondo luogo, sempre in una fattispecie di apertura di credito no.

⁽²¹³⁾ A. PAVONE LA ROSA, 586-588.

⁽²¹⁴⁾ M. PORZIO (2), 3.

dunque possono operare gli artt. 1849 e 1850 c.c. quali “effetti legali” dell’operazione voluta dalle parti.

Da questa visuale e nei limiti sopra delineati, si può ad avviso di chi scrive ritenere che la disciplina contenuta negli artt. 1849 e 1850 c.c. (similmente alla regola sulla riduzione dell’ipoteca di cui all’art. 39, comma 5, TUB in ambito immobiliare) si proponga quale diretta espressione del principio di proporzionalità e come soluzione di ammodernamento della disciplina del pegno bancario nei casi in cui, nell’ambito delle relazioni di credito, si viene a determinare in corso di rapporto una situazione di eccesso di garanzia con riferimento a una garanzia reale mobiliare che grava su beni tra di loro divisibili. Attraverso tale disciplina si consente infatti, da un lato, di salvaguardare l’esigenza di cautela del creditore secondo i parametri dallo stesso accettati in sede di perfezionamento del contratto e, dall’altro lato, si evita un’eccessiva immobilizzazione di ricchezza foriera di inefficienze sia per il debitore, che subisce una perdita in termini di impossibilità di liquidazione e impedimento all’utilizzo dello stesso, che per il creditore stesso, il quale sostiene dei costi per la gestione del bene dato in garanzia (costi e oneri da non sottovalutare nel caso in cui il bene sia, come è normale, rappresentato da un titolo oggetto di negoziazione su un mercato regolamentato, anche alla luce degli obblighi gravanti sul creditore pignoratizio di cui agli artt. 2802 e 2803 c.c.).

Del resto, la prospettiva un ammodernamento della disciplina della garanzia mobiliare non è estranea alle riflessioni della nostra moderna dottrina civilistica. L’elaborazione della figura del pegno non possessorio (figura come noto recepita dal legislatore con la legge n. 119 del 2016) e, prima ancora, le riflessioni della dottrina sul possibile carattere “rotativo” dell’oggetto del pegno, confermano che anche elementi di disciplina reputati tradizionalmente centrali nell’architettura della garanzia mobiliare contemplata dal codice civile, quali lo spossessamento, possono e devono essere oggetto di una rinnovata riflessione ricostruttiva nella misura in cui

costituiscono in intralcio per un'efficiente configurazione dello strumento di cautela ⁽²¹⁵⁾.

Anche dal confronto con la disciplina dell'anticipazione bancaria, così come dall'esame delle norme sulla riduzione dell'ipoteca, il principio di proporzionalità tra valore del credito e valore della garanzia risulta dunque confermato nella sua vigenza e meglio precisato in alcuni dei suoi contorni. Esso si concreta nel fissare una relazione di adeguatezza tra i due valori in discorso, relazione che deve essere mantenuta costante a fronte dell'evolversi nel tempo del rapporto tra le parti, e che quindi ben si presta a costituire la base per rispondere ai problemi derivanti dall'eccesso "sopravvenuto" della garanzia che si sono riscontrati nella prassi bancaria. Più in particolare, il parametro di adeguatezza assunto come riferimento è costituito, a seconda dei casi, o dalla volontà delle parti al momento della genesi del rapporto il cui consenso si è incontrato su entrambi i valori in questione (come avviene ad esempio a fronte di un'ipoteca convenzionale su un debito liquido, ovvero in ambito di pegno), oppure da parametri legali laddove il valore della garanzia sia stato individuato unilateralmente dal creditore (come avviene ad esempio in ambito di ipoteca giudiziale, v. artt. 2874 e 2875 c.c.). Dal punto di vista pratico, e per quanto è risultato dalla ricerca condotta, i cui esiti come indicato nell'apertura del lavoro non possono senz'altro reputarsi esaustivi, l'affermata vigenza del principio di proporzionalità nell'ambito delle garanzie reali consente di estendere al di fuori del loro stretto ambito di applicazione soluzioni disciplinari tradizionalmente considerate speciali e che consentono di rispondere con efficacia al problema dell'eccesso di garanzia, attraverso strutture rimediali duttili ed equilibrate nella tutela dei contrapposti interessi delle parti, quale ad esempio quelle poste dagli artt. 39, comma 5 TUB e 1849-1850 c.c., nei termini chiariti nelle pagine che precedono.

⁽²¹⁵⁾ V. *amplius* cap. II par. 7.

6. Attualità del dell'anticipazione bancaria? Lombard e margin loans

È notazione diffusa in dottrina che l'operazione di anticipazione bancaria sarebbe attualmente poco diffusa nella prassi bancaria ⁽²¹⁶⁾. Si è già detto che l'operazione era molto comune prima dell'entrata in vigore del codice civile e nei decenni immediatamente successivi, come testimoniato da molti autori ⁽²¹⁷⁾. La sua diffusione e importanza per gli affari può quindi considerarsi la prima ragione dell'originario interesse della nostra letteratura per la figura in questione. Nel corso degli anni, tuttavia, i contributi in materia riferiscono di una certa desuetudine della figura, quantomeno nella sua configurazione tradizionale di operazioni su merci (prima ancora che su titoli) ⁽²¹⁸⁾. Alla luce di ciò, nei contributi più recenti, all'interesse sempre vivo per i temi della natura giuridica dell'operazione, nonché per i suoi aspetti disciplinari ed in particolare per il significato e l'inquadramento degli artt. 1849 e 1850 c.c., si rintracciano alcuni tentativi di far emergere quello che nella prassi degli affari può di volta in volta e a seconda del momento storico ricondursi alla concezione di anticipazione dal singolo autore accolta.

Ad esempio, in uno scritto del 1978 viene ricondotta alla figura dell'operazione di anticipazione la prassi della cd. anticipazione su certificati UTIF, cioè con pegno sui certificati rilasciati dall'Ufficio Tecnico delle Imposte di Fabbricazione e relativi all'imposta sulla produzione di alcoolici ⁽²¹⁹⁾. Considerato che l'obbligazione fiscale poteva essere assolta anche al

⁽²¹⁶⁾ C. FRIGENI, 827; V. FARINA, 590 e 591,

⁽²¹⁷⁾ G. MOLLE, 294, che come indicato riferisce che essa è stata "per lungo tempo la più importante operazione attiva della banca"; M. PORZIO (1), 5 ss. Per cenni storici sull'origine della figura, v. G. MOLLE, 292 ss.

⁽²¹⁸⁾ C. FRIGENI, 827; V. FARINA, 590 e 591.

⁽²¹⁹⁾ Come è noto, le imposte di fabbricazione sono state sostituite a decorrere dal 1993 dal sistema delle accise. Per cenni sull'evoluzione storica della materia si veda la pagina informativa del Ministero delle Finanze reperibile al seguente link:

momento della messa in commercio del prodotto, era prassi che l'Ufficio Tecnico rilasciasse dei certificati che attestavano la presenza di una certa quantità di prodotto presso determinati magazzini di un certo produttore e che, sulla base di tali certificati, le banche erogassero credito al produttore stesso, trattenendo i certificati quali titoli rappresentativi delle merci, e dunque costituendo un pegno sul prodotto stesso (secondo uno schema simile a quello del pegno che opera sulle fedi di deposito dei beni depositati presso i magazzini generali) ⁽²²⁰⁾.

In un più recente contributo datato 2001, si riferisce invece dell'assimilabilità tra l'operazione di anticipazione e i contratti di pronto contro termine (cd. *repo*) aventi scopo "finanziario" ⁽²²¹⁾. Come noto, i negozi di pronto contro termine sono tipici contratti di borsa in cui una parte vende all'altra determinati titoli (normalmente al prezzo corrente di borsa), e si impegna a riacquistare gli stessi titoli ad una certa scadenza ad un prezzo predeterminato ⁽²²²⁾. Specie laddove il prezzo di riacquisto sia determinato per effetto di una maggiorazione percentuale (e non solo parametrato al valore di borsa), si ritiene di poter ricondurre il negozio ad uno scopo di finanziamento, ove il corrispettivo del differimento – che pure presenta peculiari margini di aleatorietà – è appunto rappresentato dallo "scarto" percentuale. Ebbene, l'equiparazione di tale operazione con l'anticipazione dipende, da un lato, dal fatto che i titoli venduti al finanziatore rappresentano pur sempre la garanzia dell'adempimento da parte del finanziato

<https://www.finanze.gov.it/it/il-dipartimento/fisco-e-storia/i-tributi-nella-storia-ditalia/1864-imposta-di-fabbricazione-e-consumo.-le-accise/>.

⁽²²⁰⁾ Riferisce dell'operazione in questione A. CALTABIANO, 558 ss., che afferma che essa era diffusa nel territorio bolognese.

⁽²²¹⁾ M. PERASSI, 612 ss.

⁽²²²⁾ Sui contratti di pronti contro termine in generale si veda il contributo di C. BRESCIA-MORRA, 779 ss.

dell'obbligazione di riacquisto e, dall'altro lato, dal fatto che tali operazioni normalmente prevedono mediante apposti clausole contrattuali meccanismi idonei a mantenere costante nel tempo il rapporto tra il valore dei titoli e l'importo dell'operazione, attribuendo alle parti sia il diritto di ottenere un supplemento di titoli nell'ipotesi in cui il rapporto si riduca al di sotto di una certa soglia, sia quello di riacquistare parte dei titoli venduti a pronti, qualora un rialzo del valore dei titoli stessi incrementi il rapporto in questione oltre una certa soglia.

Anche prescindendo dalla considerazione di queste particolari operazioni, vale poi la pena ribadire che il pegno su titoli "di massa" è un'operazione che è sempre stata molto diffusa nell'operatività bancaria. E, come si è visto al precedente par. 5, esso deve reputarsi governato dalla disciplina dell'anticipazione nelle ipotesi in cui il pegno costituisce l'unica garanzia data alla banca e risulta che il montante del credito è stata determinato applicando uno scarto percentuale sul valore dei beni.

Sia le prassi particolari sopra riportate che la diffusa operatività del pegno bancario su titoli dimostrano dunque che, per quanto la tradizionale operazione di anticipazione su merci possa forse reputarsi desueta, il "congegno tecnico" che regge l'operazione di anticipazione bancaria è "vivo" nella prassi bancaria e prende forme diverse nell'adattarsi alle mutevoli esigenze dei traffici. Da questa visuale, vale la pena dare conto di due tipologie di operazioni diffuse nell'attualità della pratica bancaria che paiono alimentate dal medesimo congegno tecnico.

La prima tipologia di operazione consiste nel cd. *lombard loan* o credito *lombard* ⁽²²³⁾. Si tratta di un'operazione che va assumendo una certa

⁽²²³⁾ Dalle pagine di G. MOLLE, 293 si trae un'indicazione sull'origine di tale terminologia; l'illustre autore, nel riferirsi alle origine storiche dell'anticipazione bancaria, afferma che essa fu "portata nell'uso degli affari dai commercianti italiani di merci e di denaro, designati in massa col nome di lombardi"; e al contempo rileva

diffusione nella prassi (²²⁴). Essa pare rivolta principalmente alla clientela cd. *retail* e sembra diretta a finanziare prevalentemente acquisti immobiliari ovvero operazioni su titoli. Secondo la definizione che si trae dal foglio informativo di una delle banche italiane che commercializza il prodotto in questione, “il ‘Credito *Lombard*’ è una tipologia di agevolazione creditizia, composta dal conto corrente di appoggio [...] e da un fido in conto corrente [...], in cui l’ente finanziatore non fa affidamento sul reddito o sui flussi di cassa del debitore per il rimborso, ma presta fondi a fronte della costituzione in pegno di strumenti finanziari depositati che vengono di norma anticipati

che alla luce di tale appellativo “l’anticipazione nei paesi di lingua germanica ha conservato il nome di “contratto lombardo”, *Lombardgeschäft*”.

(²²⁴) Nell’autunno 2022 una menzione alla figura del credito *lombard* si rinviene sui siti delle seguenti banche: Unicredit S.p.A., Banca Generali S.p.A., FincoBank S.p.A., UBS Europe SE – Succursale Italia, Banca Consulia S.p.A. L’operazione non risulta tuttavia essere stata oggetto di attenzione specifica da parte della nostra dottrina.

Fuori dal canale bancario tradizionale, una nuova forma di finanziamento che per stessa ammissione dei loro promotori risulta “ispirata ai crediti Lombard” e che consiste essenzialmente in “un anticipo contro pegno ... dove il pegno sono fondi, bond, azioni del richiedente”, e soprattutto ove il valore del credito dipende dal valore della garanzia data (“prendiamo quel pacchetto a nostra garanzia per concedere denaro in base al valore di quel portafoglio”) è costituita dalla neonata piattaforma “*Otter*” (<https://otter.finance/investments>) in Italia supportata dalla Smart Bank S.p.A., intermediario recentemente autorizzato *ex art.* 14 del T.U.B. da parte della Banca d’Italia (si veda l’articolo del Corriere della Sera dello scorso 28 novembre 2022, da cui sono tratti i virgolettati nel testo, al seguente link: https://www-corriere-it.cdn.ampproject.org/c/s/www.corriere.it/economia/finanza/22_novembre_28/benedetta-arese-lucini-torna-finanza-lancia-piattaforma-prestiti-otter-eeb59a18-6f0e-11ed-9e97-468f31203204_amp.html).

per una percentuale del rispettivo valore di mercato e in funzione del tipo, della solvibilità, della valuta e della negoziabilità degli stessi. I debitori sono di norma *tenuti a mantenere un determinato rapporto fra credito accordato e valore della garanzia per l'intera durata del contratto*. Un eventuale deprezzamento degli strumenti finanziari a pegno e/o l'adeguamento delle percentuali di anticipo da parte dell'ente finanziatore, può pertanto rendere necessario l'apporto di ulteriori beni patrimoniali da parte del cliente affidato per ricostituire il valore della garanzia. Qualora tali obblighi non vengano adempiuti entro i tempi prefissati, l'ente finanziatore è autorizzato a revocare il fido ed a liquidare i valori patrimoniali custoditi a titolo di garanzia o, in alternativa, a ridurre proporzionalmente la somma accordata” (enfasi aggiunta) ⁽²²⁵⁾.

Come si può apprezzare, nel delineare la natura dell'operazione, si evoca un meccanismo operativo del tutto analogo a quello di cui all'art. 1850 c.c., che anzitutto vede la misura del credito determinata sulla base del valore dei titoli dati in garanzia, e inoltre mira a mantenere costante il rapporto tra valore della garanzia e montante del debito nel corso della vita del finanziamento; in tale prospettiva, si attribuiscono al finanziatore dei rimedi per l'ipotesi in cui tale rapporto peggiori oltre una certa soglia di rilevanza. In particolare, come si legge nella sezione dello stesso foglio informativo rubricata “Monitoraggio della garanzia”, la banca ha diritto di chiedere un reintegro della garanzia se il valore della stessa scende sotto una certa soglia, con la facoltà di recedere se il cliente non provvede al reintegro o, in alternativa, di “ridurre proporzionalmente con effetto immediato l'importo

⁽²²⁵⁾ Foglio informativo Credito Lombard, reperibile nella versione aggiornata all'agosto 2022 all'indirizzo: <https://www.bancageneraliprivata.it/mediaObject/bgit/documents/trasparenza/Condizioni-economiche-dei-prodotti-offerti/BG-Credit-lombard/Foglio-informativo-BG-Credit-Lombard/original/Foglio+informativo+BG+Credito+Lombard.pdf>

totale del fido secondo i medesimi criteri utilizzati in fase di istruttoria, alla luce del valore effettivo delle garanzie al momento della citata operazione di riduzione”.

La seconda operazione cui interessa accennare è costituita dal cd. *margin loan*. Le operazioni in questione hanno una certa importanza nel contesto dei finanziamenti della clientela cd. *corporate*. Secondo la definizione che si trae da una relazione illustrativa predisposta da un noto studio legale si tratta di “un prestito concesso a un mutuatario a fronte della garanzia concessa su determinati strumenti finanziario liquidi [...]. Il rapporto tra l’ammontare del prestito e il valore degli strumenti finanziari viene costantemente monitorato nel tempo. Si tratta del ‘Loan to value’ o ‘LTV test’. Se il valore della garanzia scende al di sotto di un livello concordato, scatta una ‘margin call’. Essa impone al mutuatario di intervenire immediatamente per riportare il rapporto prestito/valore della garanzia al livello concordato [...] Se il mutuatario non riesce a riportare il rapporto prestito/valore della garanzia al livello concordato entro il termine consentito o, eventualmente, se il valore delle azioni scende al di sotto di un’ulteriore soglia prestabilita, il mutuante può ottenere l’immediato rimborso e/o escutere la garanzia” ⁽²²⁶⁾. Anche in questo caso è manifesta la riconducibilità

⁽²²⁶⁾ Le parte virgolettata nel testo costituisce la traduzione in italiano del seguente passaggio del documento in originale: “*a margin loan in a loan made to a borrower against the value of certain liquid asset [...] The outstanding loan is tested continually against the value of the underlying secured shares. This is known as the “Loan to value” or “LTV” test. If the value of the secured shares falls below an agreed level, a “margin call” is triggered. A margin call requires the borrower to take immediate action to restore the loan to value ratio to the agreed level [...] If the borrower fails to restore the loan to value ratio to the agreed level within the permitted time limit or, possibly, if the value of the shares falls below a further pre-agreed threshold, the lender will require the ability to accelerate the loan and*

dei rimedi a tutela del creditore al meccanismo dello scarto di cui all'art. 1850 c.c. ed è evidente che l'operazione di credito risulta costruita sulla base del valore dei beni dati in garanzia. Lo stesso documento precisa che l'operazione può essere dal lato del finanziato diretta a realizzare svariati fini, quale il finanziamento di operazioni su titoli (se del caso impiegando poi gli stessi titoli come garanzia dell'operazione), la liquidazione di strumenti finanziari, ovvero ancora il dell'attività d'impresa, senza che i fondi siano necessariamente quindi vincolati contrattualmente ad una certa destinazione. Interessante infine osservare che i *margin loans* spesso sono strutturati come strumenti "senza rivalsa", o *non-recourse*, cioè operazioni di finanziamento – particolarmente diffuse in ordinamenti di matrice anglosassone – in cui il creditore può soddisfarsi solo ed esclusivamente sul bene dato in garanzia, e non sugli altri beni presenti nel patrimonio del debitore.

enforce its security".

Bibliografia

Achille D., Eccesso di iscrizione ipotecaria e “principio” di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito, in Riv. dir. civ., 2018, II, 460 ss.

Angelone M., Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie, in Rivista di diritto privato, 2018, 3, 465 ss.

G. Baudry-Lacantinerie-P. De Loynes, Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata, in Trattato teorico pratico di diritto civile a cura di G. Baudry-Lacantinerie, tradotto con riscontri al codice civile italiano, note esplicative e addizioni a cura dei professori P. Bonfante-G. Pacchioni-A. Sraffa, Milano, 1912

Barbiera L., Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, in Il Codice civile. Commentario, artt. 2740-2744, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2010

Betti E., Teoria del negozio giuridico, in Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1960

Bianca C. M., Diritto civile, VII, Le garanzie reali – la prescrizione, Milano, 2012

Bianchi E., Delle Ipoteche, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza², P. Fiore (a cura di), parte ottava, vol. I, 1914, 46-47, Napoli-Torino

Bozza G., Il credito fondiario nel nuovo T.U. bancario, Padova, 1996.

Brescia-Morra C., Aspetti giuridici delle operazioni pronti contro termine, in Riv. dir. comm., 1990, I, 779 ss.

Bussani M., Il modello italiano delle garanzie reali, in Contratto e Impresa,

1997, p. 163 ss.

Bussoletti M., voce “Garanzie bancarie”, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, vol. IV, Torino 1991

Callegari M., L’anticipazione bancaria, in *Lezioni sui contratti bancari*, a cura di G. Cavalli e M. Callegari, Bologna, 2011.

Caltabiano A., L’anticipazione bancaria, in *Le operazioni bancarie*, tomo II, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978

Cappuccilli V.-Corapi D., voce “Garanzie bancarie”, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988

Chianale A., Le garanzie reali, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Milano, 2019 (1)

Chianale A., L’ipoteca², in *I diritti reali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, vol. 6, Torino, 2010 (2)

Chironi G.P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*², vol. II, 1918

Comporti M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu-F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011

Costi R.-Vella F., sub art. 39, in *Commentario breve al testo unico bancario*, Padova, 2019

Coviello L., *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*², Roma, 1936

D’Amico G., Pagliantini S., Piraino F., *I nuovi marciali*, Torino, 2017

Dolmetta A.A., La ricerca del “marciano utile”, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4, 812 (1)

Dolmetta A.A. (2), Garanzie bancarie, in Banca borsa tit. cred. 2007, I, 513
(2)

Dolmetta A.A., Credito non sostenibile e procedure di sovraindebitamento, ,
dattiloscritto (3)

Dolmetta A.A., Misure urgenti per la prevenzione delle crisi bancarie, Riv.
dir. banc., 2019, 1 ss. (4)

Dolmetta A.A. Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, Bologna, 2013 (5)

Dumoulin C., Extricatio labyrinthi dividui et individui, [1562]

Fabrizi P.L., Il credito fondiario e il credito edilizio, Milano, 1980.

Farina V., Profili di disciplina dell'anticipazione bancaria, in i Contratti,
2014, 6, 590 ss.

Fausti P., Nullità e tramonto del credito fondiario?, in Banca, borsa e titoli di
credito, 2020, I, 3, 404 ss.

Ferri G., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966 (1)

Ferri G., voce "Anticipazione bancaria", in Enc. diritto, IX, Milano, 1958 (2)

Fragali M., voce "Garanzia (dir. priv.)" in Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, 1969

Frigeni C., L'anticipazione bancaria. I finanziamenti bancari nel t.u.b., in
Trattato dei contratti diretto da V. Roppo, vol. V Mercati regolati, Milano,
2014, 825 ss.

Gabrielli E., Il pegno, in I diritti reali, in Trattato di diritto civile diretto da R.
Sacco, vol. 5., Torino, 2005 (1)

Gabrielli E., sub art. 2799 c.c., in Della tutela dei diritti a cura di G. Bonilini

e A. Chizzini, in Commentario del Codice civile diretto da E. Gabrielli, 2015
(2)

Gabrielli E., Il pegno “anomalo”, Padova, 1990 (3)

Gabrielli E., Studi sulle garanzie reali, Torino, 2015 (4).

Gabrielli E., voce “Pegno”, Digesto discip. priv., sez. civ., XIII, 1995 (5)

Galletti M., Analitica della responsabilità patrimoniale e principio di
proporzionalità, Giust. civ., 2019, 161 ss.

Giova S., La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno, Napoli, 2012

Gorla G., sub art. 2809 c.c., in Commentario del codice civile a cura di A.
Scialoja e G. Branca, 1954

Gorla G.-Zanelli P., sub artt. 2872-2877 c.c., in Commentario del codice
civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1982, 1992

Grisi G., Il deposito in funzione di garanzia, Milano, 1999

Lazzarelli F., Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore,
Napoli, 2013

Lordi L., sub art. 2799 c.c., in Commentario al codice civile a cura di A.a V.v.
e diretto da M. D’Amelio, Firenze, 1943

Maiorca C., voce “Ipoteca (diritto civile)”, Noviss. Dig. It., IX, Torino, 1963

Messineo F., L’anticipazione sopra valori mobiliari e merci, in Operazioni di
borsa e di banca, Milano, 1966

Modica L., Concessione “abusiva” di credito ai consumatori, Contratto e
Impresa, 2012, 2, 492 ss.

Molle G., I contratti bancari, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu-F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 1981, 291 ss.

Montel. A., voce “Garanzia (diritti reali di)”, Noviss. Dig. It., VII, Torino, 1968 (1)

Montel. A., voce “Pegno (diritto vigente)”, Noviss. Dig. It., VII, Torino, 1968 (2)

Natoli U.-Bigliazzi Geri E., I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria). Appunti delle lezioni, Milano, 1974

Pagliantini S., Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l’uso, in Europa e diritto privato, 2018, 3, 891 ss. (1)

Pagliantini S., Spigolando intorno all’art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?, in Giur. it., 2017, 7, 1719 ss.

Pavone La Rosa A., Apertura di credito garantita da pegno e anticipazione bancaria, in Le operazioni bancarie, tomo II, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978

Perassi M., L’anticipazione bancaria, in La banca: l’impresa e i contratti, a cura di V. Calandra Bonaura, M. Perassi e C. Silvetti, in Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino, vol. VI, Padova, 2001, 609 ss.

Perlingieri P., Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. dir. civ., 2001, 2 (1)

Perlingieri P., Nuovi profili del contratto, in Rass. dir. civ., 2000, p. 560 ss.

(2)

Petraglia P., Il credito fondiario, in *La nuova disciplina del credito fondiario* a cura di P. Petraglia, Roma, 1997

Piepoli G., Le “garanzie negative”, in *Banca borsa titoli di credito*, 2001, 4, 405 ss (1)

Piepoli G., Profili civilistici dei covenants, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 5, 498 ss (2)

Piepoli G., Sovraindebitamento e credito responsabile, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 38

Pompei P., Riflessioni sull’accollo nell’operatività bancaria del credito fondiario e del credito ipotecario ordinario, in *Rassegna Astrid*, 2020, 15, reperibile su <https://www.astrid-online.it/>

Porzio M., *L’anticipazione bancaria*, Napoli, 1964 (1)

Porzio, voce “Anticipazione bancaria”, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988 (2)

Portale, G.B., Il contratto autonomo di garanzia, in *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. Barachini, Pisa, 2014, 24

Ravazzoni A., Le ipoteche, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu-F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger*, Milano, 2006 (1)

Ravazzoni A., Le ipoteche, in *Tutela dei diritti²*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1998 (2)

Realmonte F., Il pegno, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*,

19, tomo I, 1997.

Rubino D., L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu-F. Messineo e L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, vol. XIX, Milano, 1956 (1)

Rubino D., La responsabilità patrimoniale. Il pegno², in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, vol. 14, tomo I, Torino, 1956 (2)

Salerno F., La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici, in Nuova giur. civ. comm., 2018, 10

Sepe M., sub art. 39, in Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia diretto da F. Capriglione, vol. I, Milano, 2018

Serra A., Anticipazione bancaria, in Dig. disc. priv., Sez. comm., I, Torino, 1987, 125 ss.

Sirena P. (a cura di), I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, reperibile su <https://elibrary.fondazionenotariato.it/pdf/I-2015.pdf> (1)

Sirena P., Il frazionamento dell'ipoteca nel credito edilizio, in Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra tradizione e nuove soluzioni, 2009, 109 (2)

M. Spinelli, Contributo allo studio dell'anticipazione bancaria, Banca borsa, titoli di credito, 1949, I, 210 ss.

Spreafico C., La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento dell'ipoteca, reperibile in <https://elibrary.fondazionenotariato.it/>

Tardivo C.M., Il credito fondiario nella nuova legge bancaria, Milano, 2006.

Turroni D., I procedimenti camerali “senza diritti”, I, Le situazioni soggettive,
Torino, 2018.