

TITOLO III  
DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE, DELLE CAUSE DI PRELAZIONE  
E DELLA CONSERVAZIONE DELLA GARANZIA PATRIMONIALE

CAPO I  
DISPOSIZIONI GENERALI

## 2740 Responsabilità patrimoniale

Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.  
Le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Sovraindebitamento* (l. n. 3/2012; art. 182 ss. l.f.) ✓ *Azione revocatoria* (art. 2901 ss. c.c.)

### SOMMARIO

1. Campo di applicazione. – 2. La limitazione di responsabilità. – 3. I beni pignorabili.

**1. Campo di applicazione** – Il riferimento alla limitazione di responsabilità va inteso come limite all'autonomia privata del debitore, non alla possibilità che il debitore ed il creditore si accordino sia per liberare il debitore di fronte ad una cessione di taluni beni esentandone altri, sia per stabilire un ordine di vendita dei beni (ROPPO, voce *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, cit., p. 139) sia per rinunciare al credito in cambio di un adempimento anche solo parziale proveniente da altri soggetti, ecc.; sul tema v. di recente MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017. Militano a favore di questi accordi: a) la facoltà di remissione concessa sempre al creditore; b) la disciplina della cessione dei beni ai creditori; c) la disciplina degli accordi sul sovraindebitamento (l. n. 3/2012 ed artt. 182 ss. l.f.); d) l'esistenza di regole che prevedono il diritto ad ottenere la preventiva escussione di taluni beni rispetto ad altri (artt. 189, 190, 2268); e) l'inesistenza di interessi diretti a limitare le definizioni transattive delle controversie (SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, p. 41 ss.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1964, pp. 11-12; *contra* BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 7-8, con l'eccezione del patto sull'ordine dei beni da pignorare; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, pp. 132 ss.). Di fronte ad un atto previsto dalla legge il cui effetto sia quello di limitare i beni aggredibili, il codice non ha tuttavia previsto la nullità, quanto invece la sua eventuale revoca (Cass. 31.10.2014 n. 23158; *contra* invece BIANCA, *op. cit.*, p. 7), in presenza dei requisiti indicati dall'art. 2901, trattandosi di disposizione contemplata dal codice tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, III, p. 360). La vendita dell'unico bene del debitore non è dunque nulla, ma revocabile a quelle condizioni. Simile a quella tutela è l'impugnazione di atti lesivi prevista da particolari disposizioni, come quella inerente la rinuncia dell'eredità (art. 524). Taluni atti sono tuttavia concessi al debitore anche se potenzialmente lesivi degli interessi dei creditori. Così l'accettazione dell'eredità

con beneficio d'inventario, che non può essere impugnata dai creditori del *de cuius* che restino insoddisfatti dalla liquidazione del patrimonio.

**2. La limitazione di responsabilità** – Il generale principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. può essere derogato esclusivamente in presenza di eccezioni tassative ed espresse di legge: C. cost. 15.5.2015 n. 85. Si parla di limitazione della responsabilità anzitutto di fronte ad atti compiuti dalla persona, che tuttavia non riverberino le conseguenze economiche sul suo patrimonio: ad es. se l'attività d'impresa sia esercitata mediante società a responsabilità limitata con socio unico, essendo la personalità giuridica lo schermo posto dal diritto tra comportamento del soggetto ed imputazione degli atti ad altro soggetto. Qui non vi è lesione degli interessi dei creditori, perché questi devono conoscere l'effetto dell'attribuzione di personalità giuridica, il cui patrimonio è messo a loro garanzia. Limita di fatto la responsabilità la sottrazione di beni alla garanzia del credito se avvenga dopo il sorgere del debito, ad es. quando vengano conferiti in un fondo patrimoniale (art. 170), in un patrimonio separato (artt. 2117; 2447-bis), ad un trustee in esecuzione di un trust o vincolati con atto di destinazione (art. 2645-ter). In questi casi la protezione è accordata nei limiti dell'art. 2901. Talora il legislatore individua patrimoni separati sui quali sono ammesse azioni esecutive solo a favore dei creditori di quel patrimonio specifico: art. 3, l. n. 130/1990, per i crediti nascenti dalle cartolarizzazioni; art. 8 l. n. 112/2002, per i beni destinati a tal fine da spa Infrastrutture; art. 117, d.lgs. n. 209/2005, in tema di assicurazione. Per l'erede beneficiato, che risponde solo con i beni del defunto (Cass. 12.4.2017 n. 9350) v. l'art. 490. In altri casi la responsabilità è limitata a tutela di altro soggetti, come per il caso dei debiti del coniuge nella comunione legale: artt. 189 e 190 o per i beni acquistati in nome proprio ma per conto del mandante, dal mandatario, non aggredibili dai creditori del secondo (art. 1707). Vi è poi limitazione di responsabilità quando il legislatore, nel bilanciare l'interesse del creditore con quello del debitore

a livelli minimi di sostentamento o all'affezione a taluni beni personalissimi, renda taluni suoi beni o diritti parzialmente o totalmente impignorabili (v. *infra*). Il debitore è inoltre protetto dalla non pignorabilità dei beni se non sia pignorato anche il bene eventualmente ipotecato: art. 2911. Talora la sottrazione di un bene all'azione esecutiva è sanzionata penalmente: v. art. 388 c.p. Non ricorre una limitazione della responsabilità il caso in cui la legge consenta di chiedere la preventiva escussione di un patrimonio diverso (artt. 189, 190 e 2268), in quanto vi è solo una momentanea limitazione all'esecuzione forzata su taluni beni.

**3. I beni pignorabili** – Il termine beni va inteso in senso lato, comprendendo anche i crediti, che sono passibili di esecuzione forzata ed i beni immateriali quali i diritti economici d'autore, di invenzione, di sfruttamento di brevetti. Sono invece esclusi dalle azioni esecutive i beni ed i crediti non pignorabili per legge (artt. 515 e 545 c.p.c. su cui v. Cass. sez. un. 20.1.2017 n. 1545; artt. 645 e 1057 c. nav.), cui sono stati aggiunti, da ultimo, gli animali domestici (art. 514 c.p.c. come mod. dalla l. n. 221/2015), i beni della comunione per i debiti personali ante matrimonio (art. 187), l'usufrutto legale (art. 326), il diritto di abitazione e d'uso (ex artt. 1024 e 2810), i fondi speciali per la previdenza previsti dall'art. 2117. La disciplina tributaria pone limiti al pignoramento della prima casa ed altri beni mobili per debiti tributari: art. 76 d.P.R. 29.9.1973 n. 602. Va tuttavia evidenziato che in presenza di un bene impignorabile ma di alto valore economico (es. un letto di antiquariato), una lettura costituzionalmente orientata in base al principio di ragionevolezza deve

ritenere consentito al creditore di sostituire un bene dall'identica funzione a quello di pregio, da considerarsi in tal senso pignorabile (SICCHIERO, *op. cit.*, p. 89 ss.). Il S.C. ha escluso il carattere alimentare dell'assegno di mantenimento del coniuge in sede di separazione (Cass. 19.7.1996 n. 6519): ciò lo fa ritenere pignorabile. Regole che sottraggano invece del tutto dei beni all'azione esecutiva senza bilanciare gli interessi in gioco sono irragionevoli e devono quindi ritenersi incostituzionali (art. 2 Cost.): così per l'impignorabilità delle somme dovute al beneficiario dall'assicuratore (art. 1923; BARBIERA, *op. cit.*, p. 37; cfr. le motivazioni, anche se dettate per l'art. 545 c.p.c., di C. cost. 5.7.1991 n. 314; C. cost. 22.12.1989 n. 580). Per i beni, i crediti ed il denaro della pubblica amministrazione l'impignorabilità o la pignorabilità limitata sono regole generali, legate alla prevalenza della funzione pubblica di tali beni (v. ad es. Cass. 26.2.2016 n. 3773); artt. 823 ss., art. 1, l. n. 197/1983, art. 1, l. n. 67/1993, art. 11, l. n. 68/1993, art. 1, l. n. 460/1994, art. 14 l. n. 30/1997, art. 3, c. 85, l. n. 662/1996, art. 159, d.lgs. n. 267/2000, art. 1, co. 294 e 294-bis, l. n. 266/2005, art. 1-ter, l. n. 181/2008, art. 37, l. n. 183/2010. Sono ritenuti impignorabili in generale i crediti che nascono da pretese tributarie: C. cost. 21.7.1981 n. 138; Cass. 5.5.2009 n. 10284. L'impignorabilità dei beni mobili od immobili e crediti spettanti a Stati esteri senza autorizzazione ministeriale è prevista dall'art. 1 del r.d.l. 30.8.1925 n. 1621. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale, restando però esclusi i beni che siano destinati all'adempimento di funzioni pubbliche dello Stato estero: Corte cost. 15.7.1992 n. 329. Sul conseguente difetto di giurisdizione del giudice italiano v. Cass. S.U. 13.5.1993 n. 5425.

### Focus Tributario/Fiscale

– *Norme generali sulla riscossione* (d.P.R. 29.9.1973 n. 602 art. 76 ss.).

## 2741 Concorso dei creditori e cause di prelazione

I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Azione revocatoria* (art. 2901 ss. c.c.)

### SOMMARIO

#### 1. Campo di applicazione.

**1. Campo di applicazione** – La *c.d. par condicio creditorum* è regola che non può venir modificata per accordi tra debitore ed uno dei creditori, come attesta la riserva al legislatore di creazione di privilegi (art. 2745), salve le prelazioni create legittimamente, ad es. mediante costituzione di pegno o iscrizione di ipoteca. Preferenze accordate ai creditori diverse dalle garanzie reali sono quella spettante ai creditori del fondo patrimoniale (art. 170), ai creditori della comunione tra coniugi (art. 189), ai creditori del defunto nella separazione dei beni (art. 512) e quella concessa al mandatario dall'art. 1721. La postergazione del creditore chirografario è invece prevista dal codice nel caso indicato dall'art. 2467. Il creditore può però munirsi autonomamen-

te di una prelazione quando iscriva ipoteca giudiziale sui beni del debitore (art. 2818). Sono inoltre ammissibili i patti tra creditori per modificare al loro interno la parità di trattamento, la preferenza di grado o eventuali altre preferenze, come risulta dall'art. 2843, che consente l'annotazione degli accordi sul grado ipotecario (SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, p. 274 ss.; BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999, p. 746 ss.; *contra* invece BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 210). In tal senso si parla di postergazione (convenzionale) quando un creditore accetti di essere pagato dopo gli altri, ad es. una banca che finanzia il debitore per consentirgli di pagare i propri

creditori con rimborso rateale del finanziamento. Il contratto atipico di estensione di grado è quello in forza del quale un creditore ipotecario si accoda con altro con grado inferiore, per estendergli i benefici che ricaverà dall'esecuzione forzata; è utilizzato quando il creditore di grado inferiore potrebbe chiedere il fallimento del debitore con conseguente inefficacia dell'ipoteca ex art. 67 l.f.

Venendo regolate solo questioni economiche interne tra i creditori prevenendo liti ed avendo contenuto transattivo, è meritevole ex art. 1322; chi lo limita agli accordi tra creditori di grado contiguo per non danneggiare i creditori intermedi (BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 416) non tiene conto del fatto che il beneficio è limitato alla misura del credito spettante al creditore con grado poziore, di cui i creditori intermedi non potrebbero approfittare.

È inoltre ammissibile il **patto di ritenzione** in forza del quale il creditore può rifiutare la restituzione del bene fino al ricevimento dell'adempimento (Cass. 7.7.1975 n. 2643; cfr. anche Cass. 16.3.1984 n. 1808; BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 309) oppure con autorizzazione (mandato) a vendere il bene ed imputare l'incasso a riduzione del credito. Tale patto non crea infatti alcuna prelazione (cfr. Cass. 22.6.1972 n. 2056), potendo gli altri creditori pignorare il bene nelle forme del pignoramento presso terzi (SICCHIERO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1179, BIANCA, *op. cit.*,

p. 310). Sul tema v. di recente MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017. La regola non vieta comunque al debitore di pagare spontaneamente un creditore anziché un altro e tale pagamento non è soggetto a revocatoria ex art. 2901 (NICOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, p. 18; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., III, p. 360); sulla irrevocabilità del pagamento dei debiti scaduti v. Cass. 19.10.2016 n. 21081; Cass. 19.4.2016 n. 7747. La disposizione trova applicazione concreta all'interno del procedimento esecutivo, quando il riparto della vendita forzata viene diviso tra i creditori (artt. 510, 528, 551 e 565 c.p.c.): una volta soddisfatti i creditori muniti di prelazione secondo l'ordine del codice, il residuo non viene attribuito al creditore con titolo più antico, ma diviso per quote tra tutti quelli che abbiano partecipato, essendo impossibile garantire la protezione di coloro che non abbiano partecipato al processo. Il trattamento dei creditori subisce modifiche all'interno delle procedure concordatarie fallimentari (art. 182 ss. l. fall.). Esistono poi **procedure liquidatorie non giudiziali**, che devono rispettare lo stesso meccanismo in assenza di diverso accordo tra tutti i creditori: l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (art. 499 ss.; l'art. 495 sembra però consentire il pagamento dei creditori chirografari secondo l'ordine di presentazione) e la cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss.).

## 2742 Surrogazione dell'indennità alla cosa

Se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. L'autorità giudiziaria può, su istanza degli interessati, disporre le opportune cautele per assicurare l'impiego delle somme nel ripristino o nella riparazione della cosa.

Gli assicuratori sono liberati qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che sia stata fatta opposizione. Quando però si tratta di immobili su cui gravano iscrizioni, gli assicuratori non sono liberati se non dopo che è decorso senza opposizione il termine di trenta giorni dalla notificazione ai creditori iscritti del fatto che ha dato luogo alla perdita o al deterioramento.

Sono del pari vincolate al pagamento dei crediti suddetti le somme dovute per causa di servitù coattive o di comunione forzosa o di espropriazione per pubblico interesse, osservate, per quest'ultima, le disposizioni della legge speciale.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Contratto di assicurazione* (artt. 1900 e 1904 ss. c.c.)

### SOMMARIO

#### 1. Campo di applicazione.

**1. Campo di applicazione** – In presenza di comportamenti del debitore o di terzi che rischiano di compromettere un bene immobile ipotecato, il creditore può chiedere al giudice che disponga le cautele necessarie per la conservazione (art. 2813); lo stesso diritto si può esercitare mediante sequestro conservativo se manchi ancora il titolo (art. 670 c.p.c.) o eventualmente con ricorso cautelare ex art. 669-bis c.p.c.; v. altresì per i beni mobili l'art. 2769. Se il danno sorga ed il bene sia assicurato a favore del debitore (v. però l'art. 1900), egli non può però pretendere il pagamento dell'indennizzo: l'assicuratore è infatti tenuto al versa-

mento secondo le indicazioni che verranno date al momento del piano di riparto in sede esecutiva ove vi sia concorso di creditori (parla invece di diritto di pegno sull'indennità BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 30). Sul medesimo bene possono infatti gravare cause di prelazione diverse, ad es. un privilegio speciale per tributi che, ex art. 2748, è preferito all'ipoteca e quindi l'eventuale conflitto tra i creditori deve essere risolto in quella sede. Si esclude che il creditore abbia azione diretta nei confronti dell'assicuratore: Cass. 14.2.2013 n. 3655, per la quale la norma postula la spettanza ai creditori della sola possibilità di mezzi di

tutela conservativi del loro diritto. Affermano invece che il vincolo dell'indennità a favore del creditore ipotecario non determina due distinte situazioni contrattuali (con il contraente assicurato e con il terzo) diversamente regolate, unico essendo l'obbligo dell'assicuratore di corrispondere l'indennità Cass. 15.7.2005 n. 15038; Cass. 2.4.2001 n. 4791. Qualora il pagamento avvenga direttamente al creditore in assenza di contrasti, sarà questo tenuto nei confronti di possibili creditori aventi privilegio a lui opponibile e non risultante da registri (art. 2772), nei limiti però della somma ricevuta. Quando si tratti di beni mobili non registrati, poiché l'esistenza del vincolo non è obiettivamente percepibile, il codice assegna un termine al creditore, del pari probabilmente ignaro dell'assicurazione, per l'opposizione al pagamento, laddove nel caso opposto è onere dell'assicuratore verificare nei pubblici registri l'iscrizione o la trascrizione di qualsiasi vincolo. Il codice riferisce l'obbligo di avviso testualmente ai soli creditori aventi ipoteca su beni immobili, ma poiché anche le vicende relative ai mobili registrati sono pubbliche, la disposizione trova applicazione analogica anche ai medesimi. L'avviso ai creditori è atto recettizio (art. 1334), a forma libera purché contenga la comunicazione dell'evento in modo chiaro e quanto necessario, in base alla

regola di correttezza (art. 1175), per esercitare il diritto all'opposizione. Si afferma che il diritto di opposizione non spetta ai creditori con privilegio generale (BIANCA, *ibidem*), ma la disposizione non consente tale limitazione. L'opposizione può essere fatta in qualsiasi modo diretto a portare l'assicuratore a conoscenza della richiesta del creditore, non occorrendo un atto giudiziario; si tratta di atto unilaterale recettizio (art. 1334) Poiché l'impiego dell'indennizzo per il ripristino o la riparazione deve avvenire proficuamente, possono ricorrere al giudice sia il debitore sia il creditore, essendo entrambi interessati a che il bene assuma il massimo valore. L'assicuratore, in questa ipotesi, si libera versando l'importo dell'indennizzo secondo le indicazioni fornite dall'autorità giudiziaria, che potrà anche disporre il deposito della somma su un conto corrente per il maturare degli interessi in attesa della definizione del giudizio. Il creditore, ove il termine non sia ancora scaduto (art. 1901) è legittimato ai sensi dell'art. 1180 a pagare i premi scaduti per mantenere efficace l'assicurazione. Poiché il creditore si surroga nei diritti dell'assicurato verso l'assicuratore, è soggetto alla prescrizione prevista dall'art. 2952: Cass. 15.7.2005 n. 15038 L'assicuratore che abbia pagato si surroga nei diritti dell'assicurato verso il terzo danneggiante (art. 1916).

## 2743 Diminuzione della garanzia

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.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Obbligo di garanzia* (artt. 1179 c.c.)

### SOMMARIO

#### 1. Campo di applicazione.

**1. Campo di applicazione** – La disposizione garantisce il creditore quando l'eventuale indennizzo dovuto ai sensi del precedente articolo non sia sufficiente a coprire il credito e quando manchi o non operi l'assicurazione. La disposizione si riferisce testualmente al perimento o al deterioramento del bene, ma essendo diretta a mantenere l'idoneità economica della garanzia, si applica in analogia anche quando sorga un privilegio speciale che sia preferito all'ipoteca di primo grado (art. 2748), ad es. perché risulti il mancato pagamento di tributi sull'immobile (art. 2772) o per le spese di bonifica di siti inquinati (art. 17 l. n. 22/1997). Sebbene l'art. 1179 sembri attribuire al debitore la facoltà di scegliere la garanzia integrativa o sostitutiva, in realtà il requisito della sua idoneità alla sicurezza del credito dimostra che, nel dissenso tra le parti, spetterà al giudice decidere in proposito (SICCHIERO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Comm.*

*Schlesinger-Busnelli*, cit., *sub* art. 1179). Il giudice deve pronunciarsi secondo le prescrizioni degli artt. 119 c.p.c. e 86 disp. att. c.p.c.; l'eventuale cautela necessaria può anche consistere in una garanzia fideiussoria (Cass. 2.12.1992 n. 12861). La controversia sull'idoneità della garanzia offerta impedisce la richiesta di immediato pagamento, salvo che il termine scada in corso di giudizio oppure che la proposta del debitore difetti dei requisiti minimi di serietà ed appaia quindi avanzata in mala fede per evitare l'azione esecutiva. Ove il debitore non offra alcuna garanzia oppure se non la presti nei modi e tempi indicati dal giudice, subisce in forza della presente disposizione una specifica ipotesi di decadenza dal beneficio del termine (art. 1186), da cui differisce perché in questo caso il creditore è tenuto a chiedere al debitore, prima di agire, che presti la nuova garanzia: GALGANO, *Tratt. diritto civile*, III, cit., p. 334.

## 2744 Divieto del patto commissorio

È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno.

**Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)**

✓ *Contratti di garanzia finanziaria* (d.lgs. n. 170/2004, art. 6) ✓ *Patto marciano* (artt. 48-bis e 120-quinquidies d.lgs. n. 385/1993)

**SOMMARIO****1. Campo di applicazione. – 2. Le eccezioni legislative.**

**1. Campo di applicazione** – La disposizione vuole evitare che il creditore possa arricchirsi trattenendo il bene del debitore consegnato in garanzia qualora il suo valore ecceda il debito, sicché essa non opera se si preveda la stima del bene e questo valga quanto il credito inadempito o se si preveda la restituzione dell'eventuale eccedenza (BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 265 e 287 ss.); è il c.d. **patto marciano**: Cass. 28.1.2015 n. 1625; id., 9.5.2013 n. 10986; per l'ipotesi di assegnazione del bene ricevuto in pegno v. l'art. 2798. Si è quindi ritenuta valida la previsione, contestuale alla stipula di un mutuo fondiario, della vendita di immobili del mutuatario previo conferimento di procure a vendere e con destinazione al mutuante del ricavato, qualora, dagli accordi intervenuti fra le parti e negli atti da esse compiuti, non consti un meccanismo che consenta a quest'ultimo di lucrare indebitamente il maggior valore dei beni rispetto all'importo mutuato: App. Bologna 7.12.2015, *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 737. Il divieto opera anche se il bene appartenga ad un terzo (BIANCA, *op. cit.*, p. 276; Cass. 29.8.1998 n. 8624; *contra* Cass. 12.2.1993 n. 1787) e si ritiene applicabile anche al patto commissorio meramente obbligatorio, ossia con semplice promessa di trasferire il bene in caso di inadempimento (BIANCA, *op. cit.*, p. 287), come potrebbe risultare da un preliminare di vendita concluso in presenza di un debito preesistente e senza pagamento di corrispettivo. Il divieto di patto commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c., si estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore; sicché, anche un contratto preliminare di compravendita può dissimulare un mutuo con patto commissorio, ancorché non sia previsto il passaggio immediato del possesso del bene, qualora la promessa di vendita abbia la funzione di garantire la restituzione, entro un certo termine, della somma precedentemente o coevasamente mutuata dal promittente compratore, purché sia dimostrato il nesso di strumentalità tra i due negozi: in detta ipotesi, peraltro, la prova della simulazione relativa del contratto preliminare può essere data, ove diretta a far valere l'illiceità del negozio, anche per testimoni o per presunzioni, in conformità all'art. 1417 c.c. (Cass. 9.10.2017 n.23617). Sono nulli per frode alla legge (art. 1344) anche i contratti tipici che siano utilizzati concretamente al fine di aggirare questo divieto (BIANCA, *op. cit.*, pp. 275, 292), ad es. se il debitore venda un bene con patto di riscatto per un prezzo non ricevuto e che sia pari (o anche vicino) al debito preesistente (Cass. 21.1.2016 n. 1075); anche qui fatto salvo però il patto marciano: Cass. 9.5.2013 n. 10986. La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per

l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute (Cass. 26.02.2018 n. 4514). La nullità del patto non si estende alle garanzie reali sul bene: BIANCA, *op. cit.*, p. 296; v. anche l'art. 1419. Si ritiene invece valido il contratto di *lease-back*, con cui il proprietario di un bene lo vende ad un'impresa di *leasing* che glielo concede in godimento con patto di riacquisto al termine del contratto, a condizione che non dissimuli un vero patto commissorio (BIANCA, *op. cit.*, p. 294; diversamente è nullo: Cass., 21.1.2016, n. 1075). L'accertamento del carattere fittizio di tale contratto, per la presenza di indizi sintomatici di un'anomalia nello schema causale socialmente tipico (quali l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente), costituisce un'indagine di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente e correttamente motivata: Cass. 28.05.2018 n. 13305; Cass. 11.09.2017 n. 21042. È valida poi la *datio in solutum* (art. 1197), trattandosi (oltre che di un contratto previsto dalla legge) di una libera iniziativa del debitore, non di un effetto dell'inadempimento del patto commissorio; lo stesso deve dirsi per la cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss.) nonché per la più recente disciplina del sovraindebitamento (l. n. 10/2012).

**2. Le eccezioni legislative** – Una prima eccezione derivante dall'oggetto della garanzia è stata introdotta dal d.lgs. n. 170/2004, che consente il trasferimento dei contratti aventi ad oggetto attività finanziarie e volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie in proprietà al creditore appunto "con funzione di garanzia finanziaria" sottraendoli espressamente al divieto in commento (artt. 1 e 6). L'art. 48-bis d.lgs. n. 385/1993 (t.u. banc.) introdotto con d.lgs. n. 59/2016 consente il finanziamento tra imprese garantito da trasferimento di immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento; si tratta di un'ipotesi di patto marciano, dovendo il creditore restituire il maggior valore dell'immobile rispetto al credito insoddisfatto, secondo la stima imposta dal co. 6. L'art. 120-quinquidies d.lgs. n. 385/1993 (t.u. banc.) introdotto con d.lgs. n. 72/2016, disciplinando testualmente una ulteriore forma di patto marciano nel credito al consumo relativo a beni immobili (la stima è prevista dal co. 4, lett. d), prevede che "fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei

proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile

restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo", mentre in caso di valore superiore il debitore ha diritto all'ecedenza.

## CAPO II DEI PRIVILEGI

### Sezione I Disposizioni generali

## 2745 Fondamento del privilegio

Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito. La costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti; può anche essere subordinata a particolari forme di pubblicità.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Procedura di liquidazione* (art. 499 c.c.) ✓ *Privilegio del venditore di macchine* (art. 2762 c.c.)

### SOMMARIO

1. Fondamento e presupposti del privilegio. – 2. Il privilegio convenzionale e il privilegio iscrizionale. – 3. Privilegi e istituti affini. – 4. Privilegi e diritti reali di garanzia. – 5. Profili processuali.

**1. Fondamento e presupposti del privilegio** – Il codice civile vigente non contiene una definizione esplicita di "privilegio"; essa si desume dalla lettura combinata dell'art. 2741, co. 2 che qualifica il privilegio quale causa legittima di prelazione e dalla norma in commento che individua la fonte del privilegio nella legge e ne riconduce la meritevolezza di tutela della causa del credito (PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001, p. 33; A. PATTI, *I privilegi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2003, p. 16 ss.). I privilegi sono, quindi, diritti di preferenza accordati dalla legge a determinati crediti in considerazione della causa del credito, ossia della specifica natura del rapporto dal quale derivano. La causa di prelazione assiste il credito nella misura in cui sussistano in concreto le ragioni per accordare il trattamento preferenziale che, per contro, non ha ragione d'essere non solo quando si è del tutto fuori dallo schema tipico previsto dal legislatore, "ma anche quando allo schema tipico previsto in astratto non corrispondano, in concreto, quelle caratteristiche del credito che hanno comportato, in sede di formazione della norma, il trattamento preferenziale" (Cass. 20.12.2001 n. 16060; Cass. 24.1.1995 n. 840; in dottrina, v.: RAGUSA MAGGIORE, *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, 1968, p. 46). Sotto questo profilo è condivisibile quanto affermato dalla dottrina secondo cui quella di "causa del credito" è nozione anomala, non assimilabile sotto il profilo semantico né al concetto di causa, requisito essenziale del contratto, né al concetto di nesso causale componente delle fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (PARENTE, *Commento sub art. 2745*, in *Comm. Gabrielli, Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini, Ghizzini, Torino, 2016, p. 994; RAVAZZONI, voce *Privilegi*, in *Dig. it., sez. civ.*, XIV, cit., p. 375). È il legislatore che riconosce a determinati crediti, in ragione della loro natura, un trattamento privilegiato rispetto ad altri crediti, di-

sponendo che in sede di esecuzione i primi siano preferiti ai secondi che ricevono una tutela residuale (PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., p. 33). Il privilegio non comporta alcuna deroga al principio dettato dall'art. 2740 del codice civile, secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Infatti il creditore, pur essendo assistito da particolari garanzie stabilite con il privilegio, può soddisfare le sue ragioni procedendo ad esecuzione su un qualunque altro bene dell'obbligato (Cass. 9.11.1973 n. 2957). Se è vero che il privilegio è accordato dalla legge per effetto della causa del diritto di credito, nel caso in cui venga meno il diritto del creditore, il privilegio si estingue, considerato che questo non vive separatamente dal credito ma necessariamente lo presuppone e lo segue (Cass. 15.11.2001 n. 14307). Ulteriori sono le conseguenze dell'accessorietà del privilegio al credito. Il privilegio che assiste un determinato credito non si trasferisce al fideiussore, la cui causa è evidentemente diversa da quella dell'obbligazione principale. Il medesimo principio è applicabile in caso di acollo (Trib. Milano 17.5.1968, *Temi*, 1968, p. 59). Le parti non possono costituire privilegi diversi da quelli previsti dalla legge, né possono modificare o ampliare quelli previsti dall'ordinamento (A. PATTI, *I privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, cit., p. 17; RUISI PALERMO, *I privilegi*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, cit., p. 6). La costituzione pattizia di un privilegio, quindi, al di fuori di qualsiasi previsione legislativa si considera nulla per violazione degli artt. 2741 e 2745 c.c. Dai requisiti di **legalità** e **tipicità** deriva che le norme di legge che stabiliscono i privilegi sono eccezionali e insuscettibili di applicazione analogica. Occorre chiarire il senso del divieto delle tecniche di interpretazione analogica. Le norme sui privilegi possono essere oggetto di **interpretazione estensiva**, finalizzata ad individuarne il reale significato e l'esatto ambito di operatività, anche oltre il limite