

Scienze assicurative

9

*Collana: Scienze Assicuratriche*  
*Book Serie: Insurance Sciences*

*Collana diretta da (Directors Board):*

Augusto Bellieri dei Belliera, Paoloefisio Corrias, Helmut Heiss, Sara Landini, Lucia Vitali

*Comitato Scientifico (Scientific Comitee)*

Antonella Antonucci, Albina Candian, Roberto Calvo, Vincenzo Ferrari, Marco Friggessi di Rattalma, Marcello Maggiolo, Anna Carla Nazzaro, Massimo Paradiso, Claudio Russo, Fabio Grasso, Marco Zecchin, Marcello Galeotti, Anna Rita Bacinello, Paolo De Angelis, Piera Mazzoleni, Riccardo Ottaviani, Vincenzo Urciuoli, Luigi Vannucci, Michael Gill, Jerome Kullmann, Herman Cousy, Birgit Kuschke, Joannis Rokas, Samin Unan, Keiko Tanimoto, Manfred Wandt, Pedro Pais de Vasconcelos, Rob Merkin, Torjorn Ingværsson, Edoardo Mangialardi, Marcus Frederico B. Fernandes, Mauricio Jaramillo e Lorenzo Mezzasoma.

Le pubblicazioni della presente collana sono sottoposte a un procedimento di revisione finalizzato a verificare la corrispondenza del lavoro a un elevato livello di qualità scientifica.

#### *1. Pubblicazione di monografie*

Per la pubblicazione di un volume monografico occorre la presentazione di un direttore (direttore proponente) e la revisione da parte di altri due direttori e/o membri del comitato scientifico. I revisori sono liberi di accettare o rifiutare la proposta di revisione da parte del direttore proponente. Accettata la proposta di revisione, il direttore proponente comunica l'inizio del procedimento a tutti i componenti della direzione ed invia ai revisori, in formato elettronico o cartaceo, il lavoro proposto per la pubblicazione. Il direttore proponente invierà il lavoro a tutti gli altri componenti la direzione che ne facciano richiesta, fino alla conclusione del procedimento di revisione. I revisori valutano il testo presentato entro e non oltre quaranta giorni dalla ricezione. Trascorsi quaranta giorni dalla ricezione del testo, il direttore proponente chiede ai revisori di trasmettere tardivamente la propria valutazione entro i successivi dieci giorni. L'esito della revisione è comunicato anche solo telematicamente, con motivazione anche sintetica, a tutti i direttori. Per l'ammissione alla pubblicazione è necessaria l'approvazione di entrambi i revisori. In caso di giudizio negativo di uno dei revisori il direttore proponente può chiedere alla direzione di pronunciarsi collegialmente. I revisori ricevono il testo da valutare senza indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei revisori.

#### *2. Pubblicazione di volumi collettanei*

Per la pubblicazione di volumi composti da raccolte di scritti di più autori, il volume sarà curato da almeno un componente la direzione, il quale assume la funzione di revisore.

All'esito dell'approvazione il direttore proponente invia il lavoro ai componenti del comitato editoriale, i quali provvedono sollecitamente alla sua rilettura con la finalità di verificare la conformità ai criteri formali della collana.

*Comitato editoriale:*

Federico Cappai, Elisabetta Piras, Caterina Silvestri, Ilaria Gianecchini

SARA LANDINI

Credito e garanzie in agricoltura  
nell'unitarietà del diritto  
assicurativo, bancario  
e del mercato finanziario



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Il volume è pubblicato con Fondi di Ateneo dell'Università degli Studi di Firenze.*

LANDINI, Sara  
Credito e garanzie in agricoltura nell'unitarietà del diritto assicurativo, bancario  
e del mercato finanziario  
Collana: Scienze assicurative, 8  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018  
pp. 200; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3567-9

---

© 2018 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*ad Armando e Assunta*



# Indice

<i>Introduzione</i>	9
---------------------	---

## CAPITOLO I

### *Credito alla agricoltura*

1. Inquadramento evolutivo gius-economico del credito all'agricoltura	13
2. I legami tra credito, derivati e assicurazione in agricoltura	17
3. Gestione del rischio creditizio e finanza sostenibile	26
4. Credito agricolo, intervento pubblico e metafinanza	35
5. Credito agricolo e finanziamenti di scopo	40

## CAPITOLO II

### *Credito all'agricoltura e garanzie*

1. Credito agevolato, co-garanzie, controgaranzie, garanzie personali	47
1.1. Garanzie personali e garanzie del credito assicurative	68
2. Credito Agricolo e mutuo fondiario	77
2.1. Mutuo fondiario e surrogazione	78
3. Circolazione delle garanzie	86
3.1. Surroga e circolazione della garanzia	87
3.2. Circolazione delle garanzie nella cessione del credito	94
3.3. Portabilità del mutuo e circolazione delle garanzie	100
3.4. La cessione dei crediti deteriorati e garanzie	119
4. Mutualità nel credito agricolo	121
5. Credito agricolo e coperture assicurative	125

## CAPITOLO III

### *Linee evolutive del credito e delle garanzie in agricoltura*

1. Moneta e credito	133
1.1. Funzioni della moneta nella dinamica contemporanea	134
1.2. Moneta e credito agricolo profili evolutivi nel sistema delle garanzie	141
1.2.1. Problemi di circolazione del bene su cui è iscritta ipoteca nei mutui fondiari	143
1.2.2. La attuale crisi delle garanzie reali	154
1.3. Pagamenti e credito. Le lettere di credito nel commercio internazionale dei prodotti agricoli	162
2. Credito agricolo dopo Basilea 2 e Basilea 3	170
2.1. La ricerca del finanziato «iperperformante»	171
2.2. La progressiva disintermediazione del credito in agricoltura	172
2.3. Il crowdfunding e il social lending. Aspetti economico giuridici	172
3. Il rischio nella produzione e nel credito: coperture assicurative, derivati e mutualità in agricoltura	175

## CAPITOLO IV

### *Credito agricolo tra peculiarità settoriali e necessità di un ritorno all'ordinamento generale*

1. Alcune riflessioni sul quadro evolutivo	185
2. Credito agricolo e diritto privato	188
3. La tutela dell'imprenditore agricolo nel mercato creditizio	193
4. Dal generale al particolare e dal particolare al generale	197

## Introduzione

L'erogazione del credito verso le imprese agricole ha presentato nel tempo caratteristiche e problematiche, che hanno teso a riproporsi, legate alle caratteristiche dell'attività agricola: la lunghezza del ciclo produttivo che rafforza il valore della durata e della sostenibilità nel tempo dei rapporti, compresi quelli di credito; la natura metafinanziaria delle operazioni di finanziamento proiettate al raggiungimento di funzioni esterne al rapporto tra finanziato e finanziatore rispecchiando la funzione sociale dell'attività agricola; l'interazione tra pubblico e privato che permane anche nell'attuale riduzione degli interventi pubblici e che pone il credito all'agricoltura in parte fuori dalle logiche del mercato creditizio; lo stretto legame con il sistema delle garanzie in parte giustificato dalle agevolazioni pubbliche e in parte dalle esigenze di sostenibilità nel lungo periodo del rapporto creditizio, garanzie non solo reali e personali ma anche assicurative.

Pure le attuali interazioni tra settore primario, secondario e terziario non hanno eliminato tali connotati che anzi risultano rafforzati da alcune dinamiche presenti che portano ad un rinnovato interesse per il tema del credito all'agricoltura.

L'incessante cambiamento climatico e le istanze di certezza degli approvvigionamenti alimentari, nota come «food security», impongono di pensare a strumenti che consentano alle imprese agricole di sostenere nel tempo con continuità la propria attività. Il credito alla agricoltura, e le relative garanzie, rappresenta indubbiamente il principale strumento di attuazione della *mission* degli imprenditori agricoli.

Intorno a tali temi si sviluppa il discorso orientato a ripensare il credito alla agricoltura e la sua funzione metafinanziaria in chiave di adeguatezza e sostenibilità.

Il lavoro si articola in quattro capitoli: il primo focalizza le caratteristiche del settore e le principali problematiche.

Con riguardo a queste l'accento è posto sulla sostenibilità economica nel tempo delle soluzioni finanziarie che il mercato bancario appronta, riletta non solo alla luce della «debolezza» dell'imprenditore agricolo per la peculiare condizione di asimmetria informativa e squilibrato potere contrattuale che connota in genere questo ambito di relazioni tra finanziato e finanziatore, ma anche avuto riguardo alla incidenza che la insostenibilità dell'operazione creditizia e il correlato rischio di crisi dei finanziati può avere sull'intero mercato finanziario.

Da qui la necessità di dare maggior vigore alle regole prudenziali che governano il settore le quali spesso, in caso di deficienza del sistema di autoregolamentazione interna degli operatori ordinato agli obiettivi generali della normativa del mercato finanziario, prevedono esclusivamente interventi sanzionatori amministrativi delle autorità deputate al controllo. Vi è la necessità di pensare all'applicazione delle norme di diritto privato che devono legarsi alle regole di settore dando vita a utili interventi di *private enforcement* termine con cui la Commissione Europea ha descritto la necessità di interventi della giustizia civile atti a rafforzare l'intervento pubblico delle Authorities.

Il termine sostenibilità, inteso come capacità di tenuta nel tempo dei rapporti, si coniuga anche alla necessità di proporre soluzioni finanziarie che riescano a rispondere alla lunghezza del ciclo produttivo limitando i casi di risoluzione anticipata dei rapporti con immediato rientro del capitale e pagamento degli interessi maturati, circostanza che indubbiamente potrebbe compartecipare al determinarsi di una crisi da sovraindebitamento del finanziato.

Nei capitolo secondo vengono esplicitate le dinamiche che nel tempo hanno avvicinato credito e garanzie all'agricoltura. Nella trattazione delle garanzie si pone in luce la sovrapposizione, che si è andata peraltro accentuando, tra i contratti del mercato assicurativo e quelli del mercato bancario. I rischi oggetto della copertura assicurativa sono infatti strettamente legati ai rischi relativi alla produttività dell'impresa e alla propria capacità di far fronte agli impegni presi verso l'istituto di credito.

Questo porta a riflettere sulla scia di Autori che nel tempo hanno reclamato l'unitarietà del sistema del mercato finanziario attualmente frastagliato dalla persistente pluralità di Autorità di controllo e di interventi regolatori.

Nel terzo capitolo si dà atto di alcune dinamiche: da un lato, l'evoluzione del concetto economico di moneta sempre più vista come autonoma forza motrice dell'economia, non più mero strumento per acquisire beni. Da qui l'importanza della liquidità e la sua rilevanza nei rating utilizzati per valutare il merito creditizio; da un altro lato i regimi prudenziali introdotti da Basilea 2 e Basilea 3 hanno portato ad una progressiva disintermediazione del credito con nuove forme di mutualità (crowdfunding) come risposta alla riduzione dell'accesso al credito causata dalla ricerca del finanziato iperperformante da parte delle Banche.

Nella gestione del rischio creditizio riemerge il legame con i prodotti assicurativi con alcune osservazioni del sottile confine che separa i contratti assicurativi dai derivati e dal mercato finanziario. È il caso delle polizze *index based* e dei derivati ambientali come strumenti di gestione del rischio da parte delle compagnie.

Nel quarto capitolo si guarda a come tali nuove tendenze sono state metabolizzate nel mercato con una riflessione generale sui rapporti tra disciplina generale e disciplina speciale.

I cambiamenti nella realtà che fa da sfondo al credito all'agricoltura non hanno mutato le istanze sociali che stanno alla base dell'erogazione di finanziamenti a imprese agricole, istanze che risultano trovare risposta in parole nuove, mutate dall'ambiente anglosassone che il mercato finanziario tende ad assorbire: «product governance», «private enforcement», «sustainability», calate all'interno di clausole generali e istituti del diritto privato: buona fede, meritevolezza, risoluzione, nullità, responsabilità. Tutto questo senza perdere di vista la particolare natura economica e sociale del credito all'agricoltura in una dimensione globale che anche in questo settore, particolarmente segnato dalla legislazione comunitaria, non può mancare.



## Credito alla agricoltura

SOMMARIO: 1. Inquadramento evolutivo gius-economico del credito all'agricoltura. – 2. I legami tra credito, derivati e assicurazione in agricoltura. – 3. Gestione del rischio creditizio e finanza sostenibile. – 4. Credito agricolo, intervento pubblico e metafinanza. – 5. Credito agricolo e finanziamenti di scopo.

### 1. *Inquadramento evolutivo gius-economico del credito agricolo*

Quando parliamo di erogazione del credito in agricoltura ci riferiamo ad un settore del mercato creditizio caratterizzato da significative peculiarità (impronta pubblicistica, connotati metafinanziari, generale «debolezza contrattuale» del soggetto investitore) che tuttora connotano tale ambito.

Il credito agricolo presenta una impronta pubblicistica di regolamentazione che lo allontana dalle logiche di mercato per cui l'attenzione degli enti finanziatori, piuttosto che sullo storico creditizio dell'impresa, risulta incentrata sulla presenza, in capo al richiedente il finanziamento, di quei requisiti formali che conducono al godimento di agevolazioni previste dalla legislazione speciale.

Accanto a questo profilo in tempi più recenti si sta però osservando un mutamento nelle richieste di accesso al credito che spesso si accompagnano ad una domanda consulenziale e di prestazione di servizi<sup>1</sup>. Ciò è dovuto anche all'emergere di specifiche esigenze del

<sup>1</sup> Sul punto P. BORGHI, *Gli sviluppi dell'agricoltura*, in *Eurojus*, 2015, p. 17 ss.; C. LUCARELLI, *Dal credito agrario per l'agricoltore alla finanza per l'imprenditore agricolo*, in *Agriregionieuropa*, Mar 2006; E. CARLUCCIO, P. FERRARI, C. LUCARELLI, F. SPIGARELLI e L. VIGANO, *Tendenze evolutive del mercato del credito agrario in Italia*, Università Bocconi, Milano, 2000; R. RUOZI, *Dal cre-*

mercato agricolo connotato dalla presenza di piccole e medie imprese che mancano di un adeguato sviluppo organizzativo ed imprenditoriale. Per di più la maggior parte delle imprese agricole non risulta attrezzata di quegli strumenti organizzativi, amministrativi e contabili che dovrebbero permettere il raggiungimento degli standard minimi che le banche richiedono con l'introduzione della riforma dell'Accordo sul Capitale (meglio noto come Basilea 2 e da ultimo Basilea 3)<sup>2</sup>.

*dito agrario alla prestazione di servizi bancari all'agricoltura. Le proposte dell'economia agricola, agroalimentare e ambientale*, in *Banche e Banchieri*, 1999; M. MASINI, *Prospettive nell'evoluzione dei rapporti tra banche e l'agricoltura*, Collana Agricoltura, quaderno n. 1, Unioncamere, Roma, 1998;

<sup>2</sup> Il riferimento normativo è in particolare: all'accordo internazionale denominato «Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali. Nuovo schema di regolamentazione», pubblicato dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria nel giugno 2006; alla Direttiva 2006/48/CE del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio; alla Direttiva 2006/49/CE del 14 giugno 2006, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

A dicembre 2017 il Gruppo dei Governatori delle Banche centrali e dei Capi delle Autorità di vigilanza (Group of Central Bank Governors and Heads of Supervision - GHOS) ha raggiunto un accordo sulla finalizzazione del pacchetto di riforme regolamentari noto come «Basilea III». L'obiettivo principale dell'accordo è quello di ridurre l'eccessiva variabilità nel calcolo delle attività ponderate per i rischi (Risk Weighted Assets, RWA) tra le banche. Un'eccessiva variabilità, infatti, riduce la comparabilità tra i coefficienti di capitale, mina la fiducia degli operatori di mercato sulle metodologie di calcolo dei requisiti patrimoniali sviluppate internamente dalle banche, aumenta il costo dei fondi raccolti dagli intermediari sul mercato. Le riforme entreranno in vigore il 1° gennaio 2022. Al fine di garantire una introduzione graduale delle nuove regole è previsto un regime transitorio della durata di cinque anni. Il GHOS ha deciso di posticipare al 1° gennaio 2022 anche l'entrata in vigore della «Revisione complessiva del portafoglio di negoziazione» (Fundamental Review of the Trading Book, FRTB), originariamente fissata al 1° gennaio 2019.

A livello comunitario i contenuti di Basilea III hanno trovato riconoscimento nel regolamento «REGOLAMENTO (UE) N. 575/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012. Qui al considerando 82 si legge: «In seguito alla richiesta del G-20, il CBVB, nell'ambito del quadro di Basilea III, ha modificato sostanzialmente il regime del rischio di controparte. Si prevede che il qua-

Gli sviluppi della consulenza in tale ambito dovrebbero portare gli imprenditori agricoli a superare quella attitudine culturale a ricevere contributi pubblici che li ha allontanati da una sensibilità verso le logiche di marketing e verso la percezione della concorrenza sia interna che estera.

In ragione di quest'ultimo aspetto con riferimento al credito in agricoltura si parla spesso di meta-finanza: il credito è associato a motivazioni non finanziarie ma politiche e si accompagna spesso a strumenti incentivanti il ricorso al credito. In tal senso si collocano agevolazioni di fonte normativa spesso diversa (nazionale e/o regionale), che si concretano o in un abbassamento notevole degli interessi che gli agricoltori versano alle banche per i finanziamenti ricevuti (agevolazioni in conto interessi), o in una compartecipazione del soggetto agevolatore all'importo da finanziare (agevolazioni in conto capitale). Ricordiamo ancora i contributi pubblici che si sostanziano in erogazioni in conto capitale, a fondo perduto o nella forma di cofinanziamenti a progetti di investimento presentati da aziende agricole e coerenti con gli obiettivi strategici regionali. Gli istituti di credito propongono spesso soluzioni finanziarie, più o meno efficaci, a supporto temporaneo (anticipi della «Politica Agricola Comune» ovvero le norme dell'Unione europea indirizzate allo sviluppo del settore agricolo in modo uniforme in tutto il territorio comunitario. Da ora in poi PAC) o definitivo (mutui a copertura dei finanziamenti del «Programma di sviluppo Rurale» ovvero il documento di programmazione redatto dalle Regioni per attuare gli obiettivi dello Sviluppo Rurale, uno dei pilastri della PAC. Da ora in poi PSR) degli agricoltori che si stanno avvalendo di contributi pubblici<sup>3</sup>.

dro di Basilea III aumenterà in misura significativa i requisiti di fondi propri associati ai derivati OTC e alle operazioni di finanziamento tramite titoli degli enti e che creerà importanti incentivi affinché gli enti si avvalgano delle CCP. Ci si attende inoltre che il quadro di Basilea III fornirà ulteriori incentivi a rafforzare la gestione dei rischi inerenti alle esposizioni creditizie verso controparti e a rivedere l'attuale regime in materia di trattamento delle esposizioni al rischio di controparte verso le CCP».

<sup>3</sup> Dal Report Ismea 2015 «Report sull'accesso al credito delle imprese agroalimentari» risulta un trend crescente dell'accesso al credito.

I principali risultati dell'indagine rivelano un generale miglioramento dell'ac-

Il credito agrario è anche caratterizzato dall'essere un credito speciale di scopo la cui specificità è legata:

- alle forme tecniche: si ha un credito di esercizio di conduzione destinato a soddisfare le esigenze finanziarie connesse al ciclo produttivo; un credito di esercizio di dotazione destinato a coprire gli impegni finanziari per le scorte permanenti e le strutture produttive necessarie.
- alle caratteristiche dell'attività produttiva dell'impresa finanziata. Le attività bancarie rivolte al settore primario riguardano non solo la concessione del credito ma anche soluzioni tecniche: servizi di investimento (es. depositi o servizi di risparmio gestito) e servizi accessori (es. servizi di natura assicurativa e previdenziale).

Non rilevano più invece nell'attuale modello della banca universale le caratteristiche dell'ente finanziatore connotato da una specialità strutturale (per dimensioni patrimoniali, forma, governance) e normativa. Le banche non potevano, nel passato modello della legge bancaria del 1936, concedere liberamente questa forma di credito «speciale», esistevano soggetti finanziari autorizzati quali gli Istituti di credito speciale e le Sezioni speciali delle aziende di credito ordinari.

Il credito agricolo trova pure uno specifico riconoscimento normativo all'interno del Testo Unico Bancario (Decreto legislativo 385/1993 da ora in poi TUB).

L'art. 43 del TUB stabilisce che «il credito agrario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti destinati alle attività agricole e zootecniche nonché a quelle a essa connesse o collaterali», ovvero «l'agriturismo, la manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti, nonché le altre attività individuate dal CICR».

Dal testo della norma si desume che il legislatore comprende nella

cesso al credito. Si registra infatti una crescita della quota di imprese che nel corso del 2014 ha fatto richiesta di finanziamento bancario, salita al 25,3% dal 18,3% del 2013. Sempre rispetto a quanto dichiarato nell'indagine dello scorso anno, emerge inoltre un generale miglioramento del contesto, dato che la quota di imprese che ha dichiarato condizioni di accesso al credito più favorevoli è cresciuta (dall'1,5% al 10%) e, nel contempo, è scesa quella di operatori che percepiscono un peggioramento delle condizioni offerte dalle banche (dal 35% al 29%).

categoria «agricoltura», anche quegli operatori che si pongono a monte e a valle del processo produttivo agricolo. Sembra sotto tale profilo più corretto parlare di credito alla filiera agricola.

Quanto agli strumenti del credito agrario l'art. 43 del TUB indica le cambiali agrarie le quali devono riportare lo scopo del finanziamento e le garanzie che lo assistono, nonché il luogo dell'iniziativa finanziata. Questi strumenti si vengono ad aggiungere a quelli che, nella vigenza della legge 5 luglio 1928, erano identificati come gli strumenti principali del credito agrario ovvero il mutuo e l'apertura di credito semplice, cui venne ad aggiungersi l'apertura di credito in conto corrente<sup>4</sup>. Nel testo della legge risultano evidenti i collegamenti con l'attività agricola<sup>5</sup> e la rilevanza della finalizzazione del finanziamento.

Va detto che, per le ragioni sopra dette, l'imprenditore agricolo si trova a dover esprimere i propri fabbisogni finanziari secondo modalità più articolate e complesse rispetto alla semplice richiesta di fido: dagli strumenti di investimento e di gestione della liquidità, agli strumenti assicurativi e di copertura dei rischi.

## 2. I legami tra credito, derivati e assicurazione in agricoltura

Pur mantenendo gli specifici connotati sopradetti, il credito all'agricoltura ha subito trasformazioni dovute in primo luogo ad interventi normativi in materia creditizia.

<sup>4</sup> Cfr. G. OSTI, *Credito agrario e diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, p. 73 ss.; F. CARRESI, *Legittimazione e causa nei contratti di diritto agrario*, in *Dir. agr.*, 1959, p. 11; A. JANNARELLI, *Il credito agrario e peschereccio nel testo unico della legge bancaria*, in *Dir. agricolo*, 1994, p. 197; G. TUCCI, *Particolari operazioni di credito: credito fondiario, agrario e peschereccio*, in AA.VV., *Il testo unico bancario: esperienze e prospettive*, Roma, 1996, p. 251; S. GATTI, *Il credito agrario e il credito peschereccio*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1998, I, p. 11 ss.

<sup>5</sup> In giurisprudenza si osserva che «Rientrano fra le operazioni di credito agrario ex art. 43 del d. lgs. n. 385/93 anche quelle poste in essere da soggetti che non sono imprenditori ex art. 2135 c.c. e che riguardano attività solo connesse o collaterali rispetto a quelle agricole ivi comprese quelle dirette alla trasformazione ed alla manipolazione di prodotti agricoli (nel caso di specie legname)». Ciò ha conseguenze sulla sussistenza del privilegio agrario (art. 46 TUB): così Trib. Mantova, 23 novembre 2006, *De jure*.

Il già ricordato accordo di Basilea 2 ratificato nel 2004 include una serie di regole aventi lo scopo di assicurare la stabilità patrimoniale delle banche. A partire da tale accordo le banche hanno dovuto porre maggior attenzione in particolare nel valutare la «qualità» dei loro debitori secondo il concetto di rischio operativo definito come «il rischio di perdite conseguenti a inadeguati processi interni, errori umani, carenze nei sistemi operativi o a causa di eventi esterni». Si ha insomma ad oggetto rischi diversi dal rischio di credito o di insolvenza della controparte e dal tipico rischio di mercato.

Il regime prudenziale introdotto da Basilea 3 e dal regolamento CRR «REGOLAMENTO (UE) N. 575/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (da ora in poi CRR)<sup>6</sup> si lega ai nuovi principi contabili internazionali. Il criterio di valutazione dei crediti, sia di funzionamento sia di finanziamento, risulta improntato in Italia, secondo la disciplina contenuta nel codice civile all'art. 2426, al «valore presumibile di realizzo» espressione con cui si intende la somma che si ritiene di poter incassare sulla base delle informazioni disponibili sulla situazione finanziaria del debitore. Si fa ricorso normalmente a sistemi di rating<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Il 27 giugno 2013 sono stati pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (GUUE) i testi del Regolamento (UE) n. 575/2013 («CRR») e della Direttiva 2013/36/UE («CRD IV») con i quali vengono introdotte nell'Unione europea le regole definite dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria nel dicembre 2010, con l'intento di promuovere un sistema bancario più solido e resistente agli shock finanziari.

Tali nuovi provvedimenti sostituiscono integralmente la Direttiva 2006/48/CE («CRD»), relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, e la Direttiva 2006/49/CE («CAD»), relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi. Si ha così un nuovo quadro normativo di riferimento nell'Unione europea per banche e imprese di investimento (SIM) dal 1° gennaio 2014. Il nuovo quadro normativo costituisce l'attuazione del progetto definito nel Consiglio europeo del giugno 2009 relativo all'istituzione di un *single rulebook* applicabile alle istituzioni finanziarie del Mercato Unico, ossia di una disciplina unica e di armonizzazione delle normative prudenziali degli Stati membri.

<sup>7</sup> Per considerazioni generali sul punto V. ANTONELLI – G. LIBERATORE, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 2012, pp. 290-293.

Sulla base dei principi contabili nazionali i crediti devono essere classificati sulla base della loro origine, natura del debitore e scadenza. La svalutazione dei crediti per ricondurli al valore di presumibile realizzo viene messa in relazione alle ipotesi di adempimento o di inadempimento del debitore. Sul punto i bilanci dovranno essere adeguati ai principi contabili internazionali e in particolare da ultimo all'IFRS9.

L'*International Accounting Standards Board* (IASB), organismo responsabile dell'emanazione dei principi contabili internazionali, nel dicembre 1998 ha emanato il Principio Contabile IAS 39 con l'obiettivo di definire i principi per la rilevazione, valutazione e informativa di bilancio degli strumenti finanziari e non finanziari. Varie modifiche nel tempo sono state apportate tenuto conto del continuo mutamento dei mercati, della nascita di nuovi strumenti finanziari. La crisi del 2007 ha portato lo IASB ad emanare lo standard IFRS 9 che ha innovato in particolare in punto di rilevazione e valutazione degli strumenti finanziari e che è entrato in vigore nel 2009. Le nuove regole sono operative dal Gennaio 2018.

In via generale viene introdotto un nuovo modello di classificazione e misurazione degli strumenti finanziari e un nuovo criterio di valutazione delle perdite attese e di rilevazione degli strumenti di copertura<sup>8</sup>.

Un altro elemento che ha avuto un significativo impatto sul mercato del credito in agricoltura sono i cambiamenti climatici e altri fattori di rischio (volatilità dei prezzi, distorsioni della filiera alimentare)<sup>9</sup>, che caratterizzato la redditività dell'attività agricola e che la

<sup>8</sup> Si rinvia a E. ABATE, P. ROSSI e A. VIRGILIO, *IAS/IFRS -US GAAP. Principi contabili italiani. Confronto e differenze*, Milano, 2010; DELOITTE website, IFRS 9 – Financial Instruments (<http://www.iasplus.com/en/standards/ifrs/ifrs9>); IFRS FOUNDATION (2014) ASB completes reform of financial instruments accounting, press release, 24 July (<http://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2014/08/2014-07-24-Comunicato-stampa-IFRS-9.pdf>)

<sup>9</sup> Nel comunicato ISTAT 4.3.2016 (<http://www.istat.it/it/archivio/181825>) si evidenzia una tendenziale diminuzione dei prezzi dei prodotti dell'industria agroalimentare.

Dal Rapporto Ismea 2015 risultano i seguenti dati e la seguente analisi dei problemi strutturali della competitività del mercato agroalimentare:

banca erogatrice del finanziamento deve tenere in considerazione nella valutazione della qualità del credito.

Considerato l'impatto negativo che eventi naturali possono avere sulla produzione agricola, infatti, la presenza di coperture assicurative può rappresentare un utile strumento di traslazione del relativo rischio che rientra nelle valutazioni della qualità debitoria dell'imprenditore agricolo<sup>10</sup>.

Si prospettano utili sinergie tra credito e coperture assicurative:

– Problemi di cambiamento climatico con incidenza sulla produzione anche dal punto di vista qualitativo con ricadute sui prezzi. La piovosità estiva e le temperature anomale, che hanno interessato soprattutto la seconda parte dell'anno, hanno avuto riflessi negativi sullo sviluppo vegetativo e quindi sulla resa di diverse piante.

– Crisi dei consumi. Nel 2014 il settore primario italiano ha anche sofferto della fragilità dell'economia nazionale, che è riuscita solo a rallentare la fase recessiva iniziata nella seconda metà del 2011.

La poca vivacità del tessuto produttivo, le difficoltà di accesso al credito, la debolezza del mercato del lavoro e l'erosione della capacità di spesa delle famiglie italiane hanno caratterizzato negli ultimi anni, e anche nel 2014, l'evoluzione dell'economia nazionale complessiva e dei suoi singoli settori.

– Costi alla produzione. Si pensi ai costi energetici per il riscaldamento delle serre e per far fronte in via tecnologica a problemi di cambiamento climatico.

– Speculazioni e volatilità dei prezzi dei prodotti agricoli nell'ultimo decennio.

– Distorsioni della filiera. Da tempo si segnalano politiche anticoncorrenziali: concentrazione della distribuzione a fronte di un'offerta frammentata e debole, distribuzione di prodotti a marchio della stessa catena distributiva, ecc. Le ricadute concorrenziali dell'accresciuto potere di mercato della grande distribuzione nei confronti degli altri operatori della filiera (con particolare riguardo al comparto agroalimentare) sono state poste all'attenzione dalle autorità antitrust. Sul punto ricordiamo l'art. 62 della legge 24.3.2012, n. 27 come attuato col D.M. del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali del 19 ottobre 2012, n. 199. La disciplina è ispirata a due principi cardine: trasparenza e correttezza nei rapporti negoziali della filiera alimentare nelle relazioni commerciali. Al fine di attuare tali principi si impongono obblighi di c.d. forma contenuto e regole di condotta. Si veda inoltre il regolamento di AGCM «Sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari» G.U. 9.3.2013. Cfr. G. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa «dipendente» e filiera agroalimentare*, in *Europa e Diritto Privato*, 2015, p. 613

<sup>10</sup> V. *infra* capitolo 3, par. 3.

queste potrebbero favorire l'accesso al credito e la necessità di accesso al credito potrebbe portare ad una diffusione delle coperture.

Sebbene la normativa nazionale contenga meccanismi di promozione della copertura, la diffusione delle polizze non è alta. Ricordiamo che il D.Lgs. n. 102/2004 esclude, per tutte le produzioni e gli eventi inclusi nel Piano assicurativo nazionale, la possibilità di attivare interventi compensativi di indennizzo, ovvero le indennità concesse (*ex post*) per un evento avverso. Il ricorso a strumenti assicurativi, pertanto, dovrebbe risultare una misura indispensabile per l'imprenditore agricolo<sup>11</sup>, che intenda preventivamente garantirsi contro compromissioni del reddito aziendale a causa di eventi avversi. Esistono poi Enti di supporto alle imprese di assicurazione che dovrebbero facilitare l'attività assicurativa. L'ISMEA (Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare) realizza servizi assicurativi attraverso la gestione di un Fondo di Riassicurazione e della banca Dati sui Rischi Agricoli, allo scopo di favorire la diffusione di nuovi stru-

<sup>11</sup> A livello internazionale sono state sollevate varie perplessità rispetto all'intervento statale nel pagamento dei premi. Cfr. in particolare S. TANGERMANN, *Risk Management in Agriculture and the future of the EU's Common Agricultural Policy*, in *ICTSD*, n. 34, 2011, p. 13 ss. Si osserva come gli Stati potrebbero intervenire implementando le dinamiche di gestione del rischio da parte degli agricoltori attraverso un miglioramento delle informazioni, supportare il networking tra imprese agricole, diffondere l'uso di strumenti di riduzione delle probabilità del rischio (utilizzo di tecniche di produzione appropriate in funzione preventiva, ad esempio, contro la siccità, piantare ortaggi più resistenti alla siccità), di mitigazione del rischio (strumenti tecnici attraverso la diversificazione delle colture, ad esempio l'impiego di strumenti finanziari che possono essere impiegati soprattutto per le fluttuazioni del prezzo. Si vanno diffondendo anche i derivati legati ad indici climatici). Con riferimento all'accesso agli strumenti finanziari, si veda in particolare A. SARRIS, *Hedging Cereal Import Price Risks and Institutions to Assure Import Supplies*, *FAO Commodity Market Review 2009-2010*, pp. 140-179; C.G. TURVEY, *Weather Derivatives for Specific Event Risks in Agriculture*, in *Review of Agricultural Economics*, vol. 23, pp. 333-351. Si osserva ancora come l'intervento statale nel senso di agevolare le coperture assicurative non risolve due grossi problemi della copertura assicurativa del rischio agricolo, ovvero la forte asimmetria informativa a netto vantaggio degli agricoltori con correlati problemi di moral hazard e di selezione avversa del rischio. Questo porta ad un innalzamento dei premi e ad una ridotta diffusione di tali polizze nonostante l'intervento statale.

menti assicurativi in agricoltura e di ridurre i rischi inerenti alle attività produttive e di mercato. Il Fondo di Riassicurazione provvede alla compensazione dei rischi agricoli coperti da polizze assicurative agevolate, consentendo la diffusione di polizze innovative in agricoltura. Lo stesso ente coordina e gestisce l'attività del Consorzio italiano di co-riassicurazione contro le calamità naturali in agricoltura, costituito allo scopo di promuovere l'introduzione nel mercato agricolo di assicurazioni innovative attraverso la ripartizione dei rischi tra gli Enti consorziati (assicuratori e riassicuratori). Risultano comunque ancora oggi alcune criticità nel settore.

Il principale fattore di criticità nella diffusione delle polizze di copertura del rischio agricolo può essere individuato nel costo dei premi, che è però, a sua volta, legato alla ridotta diffusione delle polizze. Si assiste ad un circolo vizioso: il costo dei premi riduce l'appetibilità dei prodotti e la loro diffusione, ma quest'ultima, a sua volta, incide negativamente sul costo dei premi. Il fatto che residuino ancora molte aree del settore agricolo non coperte da polizza impedisce di ridurre il rapporto rischio/premio attraverso l'attività di *risk pooling*. Non solo, ma risulta difficile per i consorzi agrari, che solitamente stipulano polizze collettive *ex art. 1891*<sup>12</sup>, cui possono aderire i vari agri-

<sup>12</sup> L'art. 1891 disciplina l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta ovvero quei contratti di assicurazione che vedono una dissociazione tra la persona dell'assicurato e la persona del contraente. La polizza, in tali ipotesi, è stipulata dal contraente in nome proprio, ma per coprire un interesse all'assicurazione altrui ovvero un interesse di un altro soggetto che sarà l'assicurato.

Si distingue poi tra assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta: la prima si ha nel caso in cui, al momento della stipulazione del contratto, il contraente ha già individuato il soggetto assicurato: l'assicurazione per conto di chi spetta si ha quando il titolare dell'interesse garantito viene individuato solo in una fase successiva alla stipulazione del contratto ovvero nel momento del verificarsi del sinistro, momento in cui sono concretamente individuati i danneggiati dall'evento coperto.

Una particolare applicazione del contratto per conto altrui o per conto di chi spetta si ha in caso di polizze collettive ovvero le polizze stipulate da un contraente, che di norma è un'azienda, un'associazione o una banca, per offrire coperture a premi economici a soggetti interessati che potranno essere i dipendenti dell'azienda, gli associati, i clienti della banca i quali diverranno assicurati attraverso la sottoscrizione di un modulo di adesione.

La giurisprudenza più recente sembra orientata secondo una posizione in-

coltori, avere un potere nelle trattative con le imprese di assicurazione al fine di abbassare i premi. Occorre allora pensare a prodotti assicurativi che possano attrarre anche quegli agricoltori che vedono un rischio ridotto, ad esempio perché svolgono altre attività oltre a quella agricola, oppure perché il tipo di coltura da loro esercitata difficilmente arriverà a percentuali di danno tali da far scattare le coperture agevolate.

Un ulteriore strumento di contenimento dei premi potrebbe trovarsi nell'adozione di strumenti di gestione del rischio da parte degli agricoltori e nella rilevanza degli stessi nelle condizioni di assicurabilità di cui alla polizza. Al riguardo si pensi, ad esempio, alla previsione – tra le condizioni di copertura – del fatto che l'agricoltore assicurato abbia adottato una differenziazione delle colture o particolari strumenti per ridurre la loro vulnerabilità. Tra gli strumenti tecnici di contenimento del rischio non possiamo dimenticare, oltre a strumenti di gestione dell'attività agricola come la diversificazione delle colture, anche strumenti finanziari che possono essere impiegati sia per ridurre le incertezze legate a fluttuazioni del prezzo dei prodotti nel settore agroalimentare<sup>13</sup>, sia per coprire perdite legate ad eventi climatici avversi come nel caso dei c.d. *weather derivatives*<sup>14</sup>. Il maggior fattore di spinta alle coperture assicurative del rischio agricolo resta però, a nostro avviso, il collegamento tra strumenti creditizi e strumenti assicurativi. Si tratta insomma di prevedere, come da

termedia con riferimento alla possibilità di qualificare il contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta come contratto a favore di terzo: l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta costituirebbe «una vicenda negoziale *sui generis* di contratto a favore di terzo», a cui si applicano tanto le norme proprie dell'istituto *ex art.* 1411 ss. del codice civile, quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo.

Così Cass., 4 maggio 2005, n. 9284, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 5 giugno 2007, n. 13058, *ivi*, 2007 *contra* Cass., 16.4.2007, n. 9053, *ivi*, 2007. In dottrina S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1991, p. 225; M. ORIO, *Il silenzio del contraente all'atto della stipulazione di un contratto di assicurazione e la volontà di ottenere la copertura di un rischio per conto altrui o di chi spetta*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1994, p. 759; A. SMIRLOLO, *Ancora in tema di assicurazione per conto di chi spetta*, in *Dir. trasporti*, 1995, p. 177.

<sup>13</sup> V. *supra* nota 9.

tempo accade nel settore dei mutui immobiliari, formule di agevolazione per l'accesso al credito agricolo, in caso stipula di un contratto di assicurazione<sup>15</sup>. Ricordiamo come il collegamento tra contratti di finanziamento e polizze sia stato sottoposto a dettagliata regolamentazione finalizzata a ragioni di tutela dei clienti, soprattutto sotto il profilo dei costi e dell'effettività delle garanzie<sup>16</sup>. È peraltro evidente come vi sia un collegamento funzionale – economico prima che giuridico – tra tali contratti. La copertura adeguata del rischio agricolo comporta infatti anche una maggiore garanzia rispetto a default cui l'impresa agricola può andare incontro a causa di eventi avversi che possono aver inciso sulla produzione. Una maggiore penetrazione tra mercato creditizio e mercato assicurativo nel settore agricolo potrebbe così portare a nuove sinergie virtuose fondamentali per lo sviluppo e la crescita della produzione, sinergie di cui si dovrebbe tenere conto anche nella valutazione dei collegamenti negoziali tra contratti bancari e assicurativi in ambito agricolo, fortemente distinti dai collegamenti tra mutui e polizze nel credito al consumo<sup>17</sup>. Come visto nel credito agricolo gli eventi naturali, oggetto della copertura assicurativa agevolata, hanno una diretta incidenza sulla capacità di onorare il debito da parte dell'impresa agricola in quanto colpiscono lo stesso strumento della produzione.

Occorrerebbe però raggiungere livelli di adeguatezza e sostenibilità economica-individuale dei premi. Ricordiamo come un limite nella tariffazione dei premi delle polizze collegate ai mutui si trovi nel-

<sup>14</sup> Sulla possibilità di ricorrere ai derivati agricoli v. F. CORLETO, *I contratti derivati come strumenti di gestione del rischio nei mercati agricoli (possibili applicazioni nelle borse merci italiane)*, in *Agricoltura, istituzioni, mercati*, 2009, pp. 1-26.

<sup>15</sup> Sul punto più diffusamente cap. 2, par. 5.

<sup>16</sup> V. *infra amplius* cap. 2 nota 42.

<sup>17</sup> Sul punto F. FREDIANI, *Il credito agrario in Italia*, in *Manuale del credito agrario*, a cura di Frediani e Moscarini, Palermo, 2010, p. 3; P. CRIVELLARO, *Il nuovo credito bancario alle imprese agricole. Cosa è cambiato con Basilea 2*, Il sole 24ore Edagricole, 2008, pp. 8-9; E. CASTIGLIONE, *Strumenti per favorire l'accesso al credito da parte delle imprese agricole*, ISMEA, in *Rapporto sul credito in agricoltura*, 2006, p. 9.

Sugli interventi del legislatore italiano e di IVASS relativi alle polizze collegate ai mutui v. *infra* pp. 68-69.

l'applicazione della legge antiusura (l. 108/1996) e dalle relative circolari di Banca D'Italia che quantificano il tasso di interessi ai fini del limite del tasso usurario tenuto conto anche dei costi delle polizze.

In base alle istruzioni di Banca d'Italia emanate il 29 luglio 2016 il calcolo del TEG (Tasso Effettivo Globale ovvero l'indicatore che rappresenta il costo complessivo del finanziamento, determinato in base alle legge sull'usura) deve tener conto anche (c4, 5):

«(del)le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore, se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente. Le assicurazioni sul credito (le cosiddette CPI - Cost Protection Insurance o PPI - Payment Protection Insurance) e quelle per furto e incendio sono ritenute connesse con il finanziamento, e quindi incluse nel calcolo del TEG, anche nei casi in cui il beneficiario della polizza non sia l'ente creditore».

Nelle note 29 e 30 delle istruzioni B.I. precisa che

«Nelle operazioni di prestito indicate nella Cat. 8 (prestiti contro cessione del quinto dello stipendio) le spese per assicurazione in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore rientrano nel calcolo del tasso.

I contratti assicurativi di carattere del tutto accessorio (per esempio polizze sanitarie, polizze a tutela degli acquisti e prelievi effettuati con carta di credito), sia pure contestuali al finanziamento, in cui la polizza non è finalizzata in alcun modo al rimborso totale o parziale del credito non rilevano ai fini del calcolo del TEG. Parimenti, non vanno inclusi nel calcolo del TEG, le coperture assicurative obbligatorie per legge (es. RC auto) non direttamente connesse al rapporto di finanziamento».

È vero che le istruzioni di B.I. non hanno la forza della legge, ma per il vero risultano in linea con recenti orientamenti della Cassazione e dei giudici di merito che hanno presunto il collegamento tra polizze e mutui ai fini del calcolo degli interessi in caso di contestualità tra spesa per la polizza e erogazione del finanziamento.

«In relazione alla ricomprensione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che la detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa e l'erogazione»<sup>18</sup>.

La normativa civilistica antiusura ha ad oggetto non tanto la misura degli interessi, come parrebbe risultare dall'art. 1815 c.c., ma piuttosto il costo complessivo dell'operazione a carico del cliente. Rientrano in tale ammontare anche i costi per lo scioglimento anticipato del mutuo e ciò non solo quando il contratto prevede una posta debitoria per il cliente che voglia recedere anticipatamente<sup>19</sup>, in genere inquadrabile nella forma della caparra penitenziale, ma anche quando si preveda una composizione della rata in modo tale da avere un'imputazione del pagamento interessi maggiore nelle prime rate. In questo modo, in caso di recesso anticipato, il cliente potrà trovarsi ad aver pagato un ammontare di interessi ben superiore a quello che avrebbe dovuto corrispondere in caso di una composizione della rata che veda un rapporto costante tra pagamento in conto capitale e in conto interessi.

### 3. Gestione del rischio creditizio e finanza sostenibile

La disciplina del tasso di interessi nei contratti di finanziamento risulta improntata ad un'idea di sostenibilità individuale ovvero di capacità dei contraenti di sostenere gli impegni assunti nel tempo.

Il termine sostenibilità è ormai da tempo entrato nel linguaggio

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 5 Aprile 2017, n. 8806, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017. In senso analogo Trib. di Roma 15 giugno 2017, in *De Jure*.

<sup>19</sup> La giurisprudenza di merito (Trib. Pescara, 28 Novembre 2014, in *De Jure*; Trib. Bari, 1 dicembre 2014, *ivi*; Trib. Bari, 19 Ottobre 2015, *ivi*; Trib. Bari, 27 Novembre 2015, *ivi*), ha sancito che anche il costo (espresso in TAEG) promesso in pagamento dal mutuatario per l'esercizio del diritto potestativo di estinguere anticipatamente il mutuo rileva ai fini della normativa antiusura e in specie dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. Si veda inoltre quanto previsto agli artt. 120 *bis*, 120 *ter* e 120 *quater* del T.U.B. Sul punto *amplius infra* p. 98 *ss.*

giuridico sia in termini di ecosostenibilità sia in termini di sostenibilità sociale<sup>20</sup>.

La stessa idea può essere però proiettata a livello di rapporti individuali con dirette ricadute sul mercato. Un istituto di credito che non governa adeguatamente la sostenibilità dei singoli rapporti contrattuali con i propri clienti rappresenta una minaccia per l'intero sistema finanziario in quanto la crisi dei rapporti contrattuali in atto potrà generare un suo *default* che, tenuto conto delle interrelazioni tra i diversi attori del mercato finanziario, potrà avere ripercussioni sul mercato finanziario a livello globale generando crisi sistemiche.

Da qui l'importanza di una «*product governance*»<sup>21</sup> orientata alla

<sup>20</sup> Cfr. B.D. RATNER, *Sustainability as a Dialogue of Values: Challenges to the Sociology of Development*, in *Sociological Inquiry*, (2004) 74/1, pp. 50–69. See also J.D. MARSHALL & M.W. TOFFEL, *Framing the Elusive Concept of Sustainability: A Sustainability Hierarchy*, in *Environmental & Scientific Technology*, (2005) 39/3, pp. 673–682 e J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, London, 2008, pp. 21–24. «If sustainability is to mean anything, it must act as an integrating concept. In particular, it is clear that the social dimensions of sustainability must be integrated with the biophysical dimensions... Clearly the very concept of sustainability is predicated on a need to think across temporal scales. And both the social and ecological dimensions of the term bring to the fore the need for spatial integration. The disciplinary division of knowledge in the university system means that many cross-scalar issues get lost in the 'white spaces' between disciplines. The concept of sustainability may have a role in helping to bridge some of those gaps»: J. ROBINSON, *Squaring the circle? Some thoughts on the idea of sustainable development*, in *Ecological Economics* 48 (2004) pp. 369–384 e in particolare p. 378. Cfr. sullo sviluppo del concetto in Italia M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi «ecologica» del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 37. ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. Civ.*, 2017, p. 809 ss.

<sup>21</sup> Il concetto di *Product Governance* viene introdotto dalla Mifid 2 (Direttiva 2014/65/UE) e può dirsi costituito da quell'insieme di previsioni tese ad imporre agli intermediari un assetto organizzativo e regole di comportamento relative alla creazione, offerta e distribuzione dei prodotti finanziari agli investitori.

Si assiste così ad una modifica delle modalità apprestate dall'ordinamento per la tutela dell'investitore: non più una tutela esclusivamente attraverso la disciplina della trasparenza e dell'informativa nella commercializzazione dei prodotti e nel contenuto dei contratti; con la Mifid si introduce un nuovo principio generale in base al quale, nella prestazione dei servizi, gli intermediari sono tenuti ad agire sempre in modo da servire al meglio gli interessi dei loro clienti.

adeguatezza e alla appropriatezza dei prodotti rispetto agli interessi e alla profilazione dei propri clienti in modo da prevenire la stipula di contratti che possano risultare non sostenibili nel tempo generando situazioni di sofferenza creditizia e di crediti deteriorati. Questo non esclude controlli *ex post* da parte delle autorità di controllo interessate e della stessa magistratura che potranno/dovranno essere compiuti a partire dalle regole di *governance* ordinate ad evitare che vengano stipulati contratti non sostenibili che in quanto tali potranno determinare condizioni di cattiva *performance* con ricadute sul singolo rapporto e, per le ragioni dette, sul sistema.

Le regole prudenziali di gestione dei rischi relativi alla erogazione del credito non possono rilevare a mero livello di *compliance* aziendale e di controlli di Banca d'Italia, ma devono trovare, in quanto regole di condotta ordinanti i rapporti tra privati (la banca e i clienti), nelle norme di diritto privato una risposta in punto di effetti rispetto al contratto che sia stato concluso senza il rispetto di adeguati standard di governo del prodotto. Non dimentichiamo peraltro il valore del *private enforcement* delle disposizioni in materia come strumento di implementazione della portata deterrente del *public enforcement* rappresentato dall'intervento dell'autorità di controllo<sup>22</sup>.

La tutela dell'investitore non è limitata all'imposizione di una regolamentazione del rapporto intermediario – investitore, ma viene portata all'interno dell'assetto organizzativo dell'intermediario imponendo a questi una serie di vincoli volti ad assicurare che la tutela dell'investitore divenga parte del modello di *compliance* dell'intermediario stesso.

Parlare di tutela dell'investitore in termini di Governo dei Prodotti impone all'intermediario lungo tutta la catena del valore del prodotto finanziario, dalla sua creazione alla sua distribuzione, di considerare la centralità dell'interesse del potenziale cliente-investitore.

<sup>22</sup> Il tema ha trovato un fertile terreno in ambito di violazione delle norme antitrust e risarcimento del danno al consumatore. Cfr. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Uniformità del diritto della concorrenza e della tutela del consumatore in Europa: mito o realtà?*, in *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di stato nell'unione europea: problemi sostanziali e equo processo*, a cura di M. Frigessi di Rattalma e P. De Cesari, Napoli, 2013, p. 36 ss.; S. LANDINI, *Intese anticoncorrenziali nel settore assicurativo e risarcimento del danno a favore degli assicurati*, in M. Frigessi di Rattalma (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, Torino, 2014, pp. 37-47.

Il concetto di uso del ricorso alla giustizia ordinaria per violazione di norme che prevedono l'intervento di Autorità di controllo ha avuto applicazione in ambito di disciplina della concorrenza, ma può essere invocato in via generale come strumento per rafforzare la funzione deterrente della normativa e dell'intervento pubblico.

Le violazioni delle norme antitrust dell'UE (articoli 101 e 102 del TFUE-Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea), come i cartelli o l'abuso di una posizione dominante sul mercato, non sono solo dannosi per l'economia e per i consumatori in generale, ma provocano anche danni concreti ai singoli clienti e imprese concorrenti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea (C-295/04 - C-298/04,) ha stabilito che ogni cittadino o azienda ha diritto al risarcimento integrale per i danni causati dalla violazione delle norme antitrust dell'UE.

Tuttavia, notava la Commissione come nella pratica la maggior parte delle vittime trovano un ostacolo ad azionare il loro diritto nelle norme nazionali sul risarcimento del danno.

Ecco perché nel 2013 la Commissione ha proposto una direttiva per rimuovere i principali ostacoli a una compensazione effettiva e per garantire una protezione minima per i cittadini e le imprese, ovunque nell'UE. Al termine della procedura legislativa ordinaria, la direttiva 2014/104/UE sulle azioni contro i danni provocati dall'antitrust è entrata in vigore il 26 dicembre 2014.

Una misura complementare alla direttiva è la raccomandazione della Commissione sui ricorsi collettivi, che ha invitato gli Stati membri a introdurre entro il 26 luglio 2015 meccanismi di ricorso collettivo, comprese le azioni per il risarcimento dei danni.

Nel tempo la dottrina civilistica si è interrogata circa gli effetti privatistici della violazione di regole di condotta presenti nella normativa sui controlli. Si pensi al problema del mancato rispetto della disciplina delle informazioni relative a prodotti del mercato finanziario. Qui dottrina e giurisprudenza oscillano tra la responsabilità per mancata adozione di standard di correttezza nella formazione del contratto (art. 1337)<sup>23</sup>, la nullità per violazione di norma imperativa

<sup>23</sup> Quanto alle conseguenze delle violazioni delle regole di condotta si osserva: «In tema di intermediazione finanziaria, in ipotesi di omessa informazione sulla pensione al rischio del cliente e/o di omessa informazione sui rischi del-

(1418)<sup>24</sup>, la risoluzione per inadempimento (art. 1453)<sup>25</sup>. Ancora si può

l'investimento o comunque sull'inadeguatezza delle operazioni poste in essere dall'istituto intermediario ed anche in tutte le ipotesi in cui avrebbe dovuto astenersene, si prospetta una responsabilità di tipo contrattuale; oggetto del contendere, infatti, non sono circostanze attinenti al momento genetico dell'obbligazione, bensì relative al suo concreto divenire e alla sua attuazione. Di talché la domanda non è inquadrabile nella categoria dell'azione di invalidità del contratto, bensì in quella dell'azione di responsabilità, di tipo extracontrattuale – se l'evento generativo del danno si colloca nella fase delle trattative precontrattuali – o di tipo contrattuale se ha ad oggetto le operazioni poste in essere in adempimento del contratto di intermediazione come nella specie. Va pertanto escluso che possa aversi nullità del contratto-quadro per effetto dell'eventuale inadempimento agli obblighi dell'intermediario relativi al comportamento da tenere in occasione dei singoli atti negoziali esecutivi: così Cass., 16 maggio 2016, n. 9981, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016. La Cassazione si è espressa a favore della applicazione della regola della responsabilità *ex art. 1337* in ipotesi di violazione di regole di condotta in fase precontrattuale. Si veda in tal senso Cass., 29 gennaio 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105 con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* e in *Danno e resp.*, 2006, 34 con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale* e Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 999 con nota di U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alla sezioni unite*.

Nella giurisprudenza di merito riconducono all'art. 1337 la violazione dei doveri di informativa nell'intermediazione finanziaria il Trib. Torino, 21 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1862; Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa ecc.*, 2007, II, 621, con nota di Tucci.

<sup>24</sup> A favore della tesi della nullità ricordiamo in particolare: E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 119 ss.; G. AMADIO, *Nullità del contratto e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 299 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 521; P.M. PUTTI, *L'invalidità dei contratti*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 603 ss.

<sup>25</sup> Osserva Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. «la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione

ricordare la tematica dell'interazione tra: disciplina delle pratiche commerciali scorrette, applicabile a consumatori e microimprese, che prevede sanzioni amministrative irrogate da AGCM (art. 18 ss. del codice del consumo dlgs 206/2005 da ora in poi cod. cons.), regole di correttezza precontrattuale e responsabilità precontrattuale (art. 1337), norme sul contratto con il consumatore di cui all'art. 33 ss. cod. cons. e nullità di protezione<sup>26</sup>. Anche in questo caso troviamo un com-

del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso». In dottrina. T. PASQUINO, *Obblighi di informazione e rimedi contrattuali nella fornitura dei servizi telematici*, in *Studium Iuris*, 2005, p. 860.

<sup>26</sup> Si osserva come la normativa delle pratiche commerciali scorrette introduca regole di condotta per gli operatori commerciali a tutela della libertà di scelta del consumatore. In argomento cfr. in particolare S. LANDINI, *Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nell'assicurazione danni*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, (a cura di) V. Meli e P. Marano, Torino, 2011, pp. 171-194. Sulla funzione in generale della normativa sulle UCP (unfair commercial practices) M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 73; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d.lgs. 2007, n. 145*, in *Studium Iuris*, 2007, 1307 ss.; ID., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, Giappichelli, 2007, p. 109; E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007 e in particolare i contributi di L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, *ivi*, p. 1 ss. e di E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, *ivi*, p. 75 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa*, 2007, p. 1 ss.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, *ivi*, p. 39 ss.; R. DI RAIMO, *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE*, in *Contratto e Im-*

plesso intreccio normativo costituito da disposizioni di legge e regolamentari destinate a dialogare tra loro.

Simili conclusioni sono rilevanti non solo sul piano teorico, in quanto idonee a sollecitare riflessioni sugli attuali confini tra diritto pubblico e diritto privato, ma hanno anche un forte impatto sul piano applicativo sotto il profilo dell'analisi del valore dei provvedimenti sanzionatori amministrativi nel giudizio ordinario. Tenuto conto della diversa istruttoria che concerne il processo ordinario e il procedimento di irrogazione della sanzione amministrativa, si ritiene corretta la conclusione di quella parte della dottrina che si è pronunciato sul punto con particolare riguardo ai provvedimenti di AGCM. Si rileva infatti che, stante l'assenza di una pregiudiziale amministrativa nel nostro ordinamento, le decisioni dell'Autorità di controllo possono rappresentare per il giudice ordinario, investito della questione di validità o di responsabilità, solo un presupposto in punto di fatto per la ricostruzione dell'argomentazione<sup>27</sup>.

Le risposte in caso di *prodotti non sostenibili* si possono trovare anche nell'applicazione di principi generali di diritto del contratto presenti nel codice civile. La violazione delle regole sulla c.d. gestione del prodotto, come sopra intesa, importa che nel mercato si troveranno contratti non adeguati rispetto agli interessi dei clienti. In caso di contratti dell'erogazione del credito l'inadeguatezza principale è data dalla non sostenibilità degli impegni economici previsti.

La sostenibilità può diventare, in questa prospettiva, una chiave di lettura della meritevolezza dei contratti, che trova il proprio principale riconoscimento normativo, nell'art. 1322 c.c., una meritevolezza relativa all'intera dinamica del rapporto<sup>28</sup>.

*presa*, 2007, p. 94.; WEATHERILL, BERNITZ (a cura di) *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29/CE. New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart Publishing, 2007; HOWELLS, MICKLITZ, WILHELMSSON (a cura di), *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, UK, Ashgate, 2006; V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 17 ss.

<sup>27</sup> In tal senso C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. Informatica*, 2008, p. 11 ss.

<sup>28</sup> V. *infra*, pp. 192-193.

Sul punto una riflessione merita la recente presa di posizione della Cassazione sulla irrilevanza della usura sopravvenuta che risulta fondata sulla lettura delle norme in esame che testualmente hanno riguardo all'usurarietà genetica<sup>29</sup>. Per quanto ai fini della disciplina civilistica e penalistica del mutuo usurario una simile ricostruzione risulti ragionevolmente fondata, diverse conclusioni si pos-

La prospettiva indicata mette in discussione alcuni assunti anche recenti relativi alla usura sopravvenuta. Cass. SS. UU. 19 ottobre 2017, n. 24675, in *al-talex.it*: «Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuuario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.» Non vi è dubbio, come rilevato dalla dottrina, che l'art. 1815 fa riferimento al momento di conclusione del contratto ai fini della determinazione della usurarietà del tasso. Si veda in particolare il contenuto nell'art. 1, primo comma, del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 (convertito con modificazioni nella l. 28 febbraio 2001 n. 24). Cfr. G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, in *Scritti in onore di G. Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, p. 71; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in AA. VV., *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 433 ss.; F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1447 ss., in specie p. 1450. Vari gli autori che hanno proposto interventi volti a reprimere l'usura sopravvenuta: G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giudiziale e interpretazione «autentica»*, in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 30 ss., in specie p. 82 ss. e ancora di recente ID, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 103 ss.; F. GAMBINO, *L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato normativo*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 882 ss., per il quale l'art. 1, comma primo, del d.l. 394/2000 sarebbe «incapace di rimuovere dubbi ed incertezze», e ciò perché la circostanza che l'ambito di operatività della norma di interpretazione autentica sia limitato «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, codice civile» (...) di per sé non esclude la possibile rilevanza «ad altri fini» di eccedenze del tasso pattuito».

<sup>29</sup> Cfr. Cass. SS. UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, cit.

sono raggiungere ove lo sopravvenienza usuraria fosse gestibile da parte della Banca erogatrice che ha immesso sul mercato contratti non sostenibili.

Altro sarebbe la usura sopravvenuta per una variazione del tasso usurario, altro sarebbe la usura sopravvenuta per variazioni che la banca erogatrice del mutuo poteva attendersi dal mercato.

Saremmo su un piano diverso da quello della disciplina del mutuo usurario, riguardando il caso non il superamento del tasso ma problemi di *product governance* e di violazione delle regole prudenziali nella gestione di possibili rischi del credito.

Come abbiamo detto affinché queste regole possano avere una effettività dal punto di vista del funzionamento del mercato occorre che penetrino nelle regole dei rapporti tra privati potendo rappresentare criteri per valutare la eventuale immeritevolezza del contenuto contrattuale e quindi la nullità delle clausole che ne hanno determinato la insostenibilità. In questo caso la disciplina applicabile non sarebbe quella contenuta nell'art. 1815, per cui la determinazione degli interessi sarebbe nulla e nessun interesse sarebbe dovuto, bensì la nullità per mancanza di un interesse meritevole di tutela *ex art.* 1322 con sostituzione della clausola che prevede interessi divenuti usurari, con le previsioni legali.

La sostenibilità in termini di capacità di tenuta del rapporto nel tempo assume una particolare rilevanza nei mutui anche con riguardo alla gestione di tutte quelle sopravvenienze che potrebbero portare ad una risoluzione del rapporto con richiesta di rientro da parte della banca. Il mutuo è un contratto in cui la durata diviene espressione del momento funzionale essendo la risoluzione anticipata di per sé una possibile causa di crisi debitoria e quindi di insostenibilità. Vedremo come il problema si pone nei diversi contesti (mancata attuazione dello scopo del mutuo, venir meno di contratti e rapporti collegati) e le soluzioni che possono essere proposte in una chiave di sostenibilità dei rapporti<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> V. *infra* par. 4.

#### 4. *Credito Agricolo, intervento pubblico e metafinanza*

Come detto il credito agricolo è connotato da una forte impronta pubblicistica in termini di intervento di fondi pubblici nel finanziamento alle imprese agricole e, conseguentemente, in termini di verifica delle condizioni di accesso al credito, connotate da una peculiare rilevanza di interessi pubblici. La natura pubblicistica del credito incide pure rispetto ai contratti di finanziamento di matrice strettamente privatistica sotto il profilo del sinallagma contrattuale. Nei contratti di mutuo il mutuatario ha l'obbligo di restituzione del capitale generalmente maggiorato da interessi. Questa bilateralità della prestazione viene spesso «interrotta» nei finanziamenti alla agricoltura. Il riferimento è ai c.d. «prestiti a fondo perduto». Si tratta di finanziamenti agevolati che vengono concessi senza obbligo di rimborso o con un obbligo di rimborso solo parziale. Il capitale erogato, o una parte di esso, non è sottoposto alla restituzione a rate, né al pagamento di interessi corrispettivi. In tal caso, soprattutto ove non è prevista in assoluto la restituzione del capitale, si tratta di riqualificare l'operazione non come finanziamento ma come erogazione liberale allo scopo di promuovere lo sviluppo economico e l'autoimpiego. Saremo, infatti in genere in presenza di agevolazioni per giovani imprenditori e per chi vuole aprire un'attività, erogate grazie a fondi di provenienza europea, statale o regionale.

In questi ambiti si inserisce l'attività di intermediari finanziari i quali intervengono attraverso contratti di anticipazione del finanziamento pubblico.

In Italia le anticipazioni muovono da protocolli d'intesa tra l'Associazione Bancaria Italiana e Agea (agenzia per le erogazioni in agricoltura). Sulla base del protocollo vengono stipulati accordi tra AGEA e ciascuna banca che intenda aderire. Tale contratto prevede che la banca anticiperà l'erogazione al Beneficiario, ovvero l'impresa agricola che abbia presentato domanda di accesso all'anticipazione. La banca anticiperà a questi in genere il 70% dell'importo relativo alle componenti: pagamento di base e greening di esenzione<sup>31</sup>. Si prevede

<sup>31</sup> Si tratta di un «pagamento per le pratiche agricole benefiche per il clima e l'ambiente» introdotto con Reg. CE n. 1307/2013 artt. 43-47, allegato IX. Gli

una durata massima della anticipazione. La banca si riserva di valutare le richieste di anticipazione, a proprio insindacabile giudizio, indicando un termine per deliberare l'anticipazione. L'accoglimento della domanda determinerà un obbligo della banca a formalizzare l'accordo con la sottoscrizione del contratto.

Venendo ai principali strumenti di intervento pubblico e alla relativa normativa, attraverso il PSR si mettono a disposizione delle imprese agricole una serie di misure a sostegno degli investimenti e di azioni agroambientali finalizzate ad orientare lo sviluppo rurale della regione secondo le finalità politiche comunitarie.

Il Regolamento CE n.1698 del 20 settembre 2005 del Consiglio Europeo sul sostegno allo sviluppo rurale individuava un sistema di programmazione che prevedeva la formulazione e articolazione della strategia di intervento dal livello comunitario, attraverso l'elaborazione di Orientamenti Strategici Comunitari, a quello nazionale con il Piano Strategico Nazionale, per arrivare poi alla definizione a livello territoriale regionale del PSR.

Il Regolamento del 2005 è stato abrogato dal Regolamento CE 1305/2013 che muove dalla necessità di intervenire affinché la PAC sia unita ad una politica di sviluppo rurale per accompagnare e inte-

agricoltori che hanno diritto al pagamento di base sono tenuti a rispettare su tutti gli ettari ammissibili i seguenti impegni ambientali:

1. Diversificazione colturale
2. Mantenimento prati e pascoli permanenti
3. Aree di interesse ecologico (EFA)

Le imprese in alternativa possono mettere in atto pratiche alternative equivalenti benefiche per il clima e l'ambiente previste dall'allegato IX (c.d. pratiche greening equivalenti).

Regolamento (UE) n. 1305/2013, artt. 28(6), 29(4), 30(1): «Nel calcolare i pagamenti di cui al primo comma, gli Stati membri deducono l'importo necessario per escludere il doppio finanziamento delle pratiche di cui all'articolo 43 del regolamento (UE) n. 1307/2013.» Quindi in caso di impegni volontari che non hanno alcun collegamento con pratiche greening non si ha un rischio di doppio finanziamento e quindi il calcolo premio misure PSR avverrà senza decurtazione della quota greening. Nel caso di impegni volontari di natura simile alle pratiche greening, essendovi il rischio di doppio finanziamento si prevede la riduzione del pagamento con un calcolo premio misure PSR con decurtazione quota greening.

grare i pagamenti diretti e le misure di mercato previste dalla stessa PAC, contribuendo così al conseguimento degli obiettivi di tale politica enunciati dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito «TFUE»).

Si avverte come il conseguimento dell'obiettivo dello sviluppo rurale non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, in considerazione soprattutto delle ampie disparità esistenti tra le varie zone rurali e delle limitate risorse finanziarie di cui dispongono gli Stati membri soprattutto avuto riguardo all'attuale stato dell'Unione allargata.

Si ritiene così fondamentale l'intervento dell'Unione in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5, del trattato sull'Unione europea pur nel rispetto del principio di proporzionalità. L'Unione interviene attraverso il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale («il FEASR») e gli interventi da esso cofinanziati dovrebbero essere coerenti e compatibili con il sostegno fornito dagli altri strumenti della PAC.

Ogni Stato membro è tenuto ad elaborare un unico programma nazionale di sviluppo rurale per l'insieme del proprio territorio, o una serie di programmi regionali, oppure sia un programma nazionale che una serie di programmi regionali, in modo da definire una strategia atta a realizzare obiettivi concreti che siano in rapporto con le priorità dell'Unione in materia di sviluppo rurale, una strategia che sia allo stesso tempo adattata ai contesti nazionali e complementare alle altre politiche unionali, in particolare la politica dei mercati agricoli, quella di coesione e la politica comune della pesca. Gli Stati membri hanno comunque la possibilità di inserire nei programmi di sviluppo rurale dei sottoprogrammi tematici che rispondano a specifiche esigenze in zone di particolare importanza nonché mirate a: i giovani agricoltori, le piccole aziende, le zone montane, la creazione di filiere corte, le donne nelle zone rurali, la mitigazione dei cambiamenti climatici e l'adattamento ad essi e la biodiversità.

Si tratta di un sistema di interventi che mira a finanziare progetti mirati che possano avere ricadute dirette sul piano della tutela della salute alimentare dei consumatori<sup>32</sup>. Come detto nel regolamento al

<sup>32</sup> Con particolare riguardo ai prodotti alimentari risultano importanti le ri-

considerando 14 «I regimi unionali o nazionali di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, compresi i regimi di certificazione delle aziende agricole, offrono al consumatore garanzie circa la qualità e le caratteristiche del prodotto o del procedimento di produzione, grazie alla partecipazione degli agricoltori a tali regimi, aggiungono valore ai prodotti interessati e ne ampliano gli sbocchi di mercato.» Altro obiettivo del finanziamento è la tutela dell'ambiente attraverso il finanziamento di interventi che rendano sostenibile il rapporto tra produzione e tutela dell'ecosistema. Si afferma nel Regolamento al considerando 4 che, al fine di garantire lo sviluppo sostenibile delle zone rurali, occorre concentrarsi su un numero limitato di obiettivi: trasferire conoscenze e innovazione nel settore agricolo, forestale e nelle zone rurali; potenziare in tutte le regioni la redditività delle aziende agricole e la competitività dell'agricoltura in tutte le sue forme; promuovere tecnologie innovative per le aziende agricole e la gestione sostenibile delle foreste; organizzare la filiera agroalimentare, compresa la trasformazione e la commercializzazione di prodotti agricoli, il benessere degli animali, la gestione dei rischi inerenti all'agricoltura, la salvaguardia, il ripristino e la valorizzazione degli ecosistemi con-

flessioni della dottrina relativamente alla possibilità di dare rilevanza ai fini della valutazione della sicurezza del prodotto al rispetto degli standard di sicurezza. Si veda sul punto in particolare E. BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 841; ID., *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011; E. AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Torino, 2015, p. 17-18; ID., *Il danno da «prodotto conforme». Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 404; DE MARTINO, *La tutela dei consumatori: sulla sicurezza e qualità dei prodotti, anche alimentari*, in AA.VV., *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, I, Milano, 2002, p. 537.

Riguardo al tema della prevenzione e degli standard di sicurezza si veda in particolare A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990, p. 30 ss.; U. CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 11; A. CORDIANO, *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, 2005; F. RUSCELLO, *La direttiva 2001/95/CE sulla sicurezza generale dei prodotti. Dalla tutela del consumatore alla tutela della persona*, in *Vita not.*, 2004, p. 151.

nessi all'agricoltura e alle foreste; promuovere l'uso efficiente delle risorse e il passaggio a un'economia a basse emissioni di carbonio nonché l'inclusione sociale, la riduzione della povertà e lo sviluppo economico nelle zone rurali. In questo contesto è opportuno tener conto delle zone rurali con caratteristiche diverse o con differenti categorie di potenziali beneficiari, nonché di obiettivi trasversali quali l'innovazione, l'ambiente, nonché la mitigazione dei cambiamenti climatici e l'adattamento ad essi.

Con particolare riguardo a questi ultimi aspetti si può parlare di «meta-finanza» con riferimento al credito agricolo per evidenziare come i contratti del credito agricolo vadano a perseguire scopi ulteriori di utilità sociale rispetto alla funzione economica individuale avendo altresì ad oggetto interessi generali di tutela della sicurezza alimentare, intesa sia come *food safety* sia come *food security*<sup>33</sup>, di tutela dell'ecosistema e di sviluppo dell'economia rurale.

Apponendo particolari condizioni all'accesso alle agevolazioni pubbliche per l'agricoltura, di cui abbiamo parlato, si è in grado di incentivare condotte degli operatori che possano favorire gli obiettivi di interesse generale sopradetti<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Il termine sicurezza alimentare viene tradotto in inglese con *Food Safety* o *Food Security* indicando nell'un caso la sicurezza dei prodotti alimentari rispetto al bene salute e nell'altro la sicurezza di una offerta corrispondente alla domanda dei prodotti alimentari, il «diritto al cibo». Si veda su questo ultimo profilo P. ALSTON e K. TOMAŠEVSKI, *The Right to Food*, Dordrecht, Netherlands, 1984. Sul diritto al cibo come predicato del diritto alla salute V.A. LEARY, *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Health and Human Rights*, Vol. 1, No. 1 (Fall 1994). Il tema del diritto al cibo ha trovato cittadinanza anche in Italia. In tal senso è stata letta la pronuncia della Cass. pen., 2 maggio 2016, n. 18248, con cui è stata considerata «l'immediata e imprescindibile esigenza di alimentarsi» uno stato di necessità rilevante come scriminante in caso di furto di poche quantità di cibo.

<sup>34</sup> Si veda F. MASTROPAOLO, *Interventi di terzi e garanzie nelle vicende del rapporto obbligatorio*, in *I contratti di garanzia* a cura di F. Mastropaolo, vol. II, Torino, 2006, p. 637 il quale si sofferma sulle figure contrattuali, che deviano dal contratto tipico di cui agli artt. 1958-1959, cui dà vita la varietà di leggi istitutive di finanziamenti pubblici. La legge che prevede finanziamenti e agevolazioni, nel dettare i requisiti per l'accesso al credito, crea aspettative e limita la discrezionalità della P.A. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 529.

In tal senso si può dire che il credito agricolo mira a raggiungere obiettivi ulteriori rispetto alla loro funzione finanziaria.

## 5. *Credito agricolo e finanziamenti di scopo*

La caratteristica metafinanziaria del credito agricolo, legata come detto ad interventi pubblici che trovano nel credito una leva per indirizzare gli operatori verso determinate scelte di politica economica, finiscono per far entrare nello schema causale del contratto di finanziamento lo scopo cui lo stesso è indirizzato con conseguenze sul piano della validità ed efficacia del contratto ove lo stesso risulti irrealizzabile o non realizzato<sup>35</sup>.

Si pensi al credito agevolato che presuppone un rapporto principale di finanziamento e un rapporto secondario tra l'ente pubblico finanziatore e l'istituto che eroga il finanziamento con cui l'ente pubblico si accolla il debito del pagamento di una parte degli interessi<sup>36</sup>. Siamo in presenza di un collegamento unilaterale tra tali rapporti per cui si assume che l'estinzione del negozio di finanziamento (per dichiarazione di nullità o per risoluzione) determinerà il venir meno dell'intervento pubblico, ma non sarà possibile il viceversa<sup>37</sup>. Il venir meno dell'intervento pubblico potrà però incidere sul profilo delle garanzie patrimoniali offerte dal finanziato ed avere rilevanza sul piano della valutazione della modifica delle condizioni patrimoniali del finanziato potendo giustificare un recesso dell'istituto di credito da

<sup>35</sup> Cfr. A. ZIMMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, p. 153; M. RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 564.

<sup>36</sup> V. *supra* p. 32.

<sup>37</sup> Cass., 26 gennaio 2016, n. 1369, in *De Jure*. Nel caso di specie avevamo un finanziamento agrario assistito da una garanzia di Stato, per il tramite di un apposito ente, sul pagamento degli interessi. La società beneficiaria viene sottoposta a procedura concorsuale e la p.a. che aveva fornito garanzia interrompe il pagamento alla banca finanziatrice in forza della sospensione del corso degli interessi ai sensi dell'art. 55 della legge fallimentare, chiedendo la restituzione delle somme erogate a far data dall'apertura della procedura concorsuale. A tale richiesta si oppone la banca che non trova accoglimento delle proprie conclusioni da parte dei giudici.

esercitarsi comunque in conformità al principio di buona fede che informa l'esecuzione del contratto secondo quanto previsto all'art. 1375 c.c. Come chiarito dalla giurisprudenza, anche ove sia prevista la possibilità di un recesso per legge o per contratto<sup>38</sup>, questa dovrà essere conforme ai principi di buona fede accertando che il recesso non sia mai esercitato secondo modalità imprevedute ed arbitrarie contrastanti con la ragionevole aspettativa della controparte<sup>39</sup>.

Altro è quanto può dirsi ove ricorra un mutuo di scopo. Si osserva infatti che il mutuo di scopo è nullo per difetto originario della causa quando il contratto sia stato stipulato per una finalità diversa da quella ivi prevista<sup>40</sup>. Se si considera lo scopo come componente debitoria del rapporto, peraltro secondo quanto risulta affermare la stessa giurisprudenza che parla di nullità, la sua mancata attuazione determinerà piuttosto un inadempimento da valutarsi *ex art. 1455* ai fini della eventuale risoluzione evitando così un'automatica nullità con richiesta di rientro immediato da parte della banca<sup>41</sup>. Laddove invece si abbia che lo scopo non possa essere realizzato avremmo un'inci-

<sup>38</sup> In caso di apertura del credito ad esempio il recesso è previsto in ipotesi di riduzione della garanzia, salvo che l'accreditato non ottemperi nel senso di un supplemento di garanzia o di una sostituzione del garante (art. 1844) oppure in caso di apertura di credito a tempo indeterminato (art. 1845).

<sup>39</sup> V. Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in *De Jure*, 2016. Peraltro in tal senso si rinviene anche una pronuncia ABF del collegio di Milano del 17 aprile 2015 relativa ad un caso di recesso *ad nutum* di un istituto di credito. Nel caso di specie peraltro vi era stato un termine di preavviso eccessivamente breve.

<sup>40</sup> V. Cass., 9 Febbraio 2015, n. 2409, in *De Jure*, 2015 «Il mutuo di scopo, infatti, è connotato dall'obbligo del mutuatario di realizzare l'attività programmata, sicché la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi voluto dalle parti (Cass., 24 gennaio 2012, n. 943, fra le altre) e la presenza della clausola di destinazione comporta allora che, qualora non sia poi realizzato il progetto, il contratto è nullo. Tuttavia, si è pure chiarito che, proprio perché si tratta di mutuo di scopo, in cui l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, con rilievo causale nell'economia del contratto, ne deriva che l'accertamento causale si lega all'attuazione del risultato, onde, allorché questo venga perseguito, non sussiste alcuna nullità del contratto per mancanza originaria della causa (cfr. Cass., 24 gennaio 2012, n. 943; 8 aprile 2009, n. 8564)».

<sup>41</sup> Va detto che la giurisprudenza che afferma la nullità cerca di argomentare per evitare un simile automatismo.

denza di tipo risolutorio *ex art. 1463* rispetto al contratto stesso. Anche in questo caso non avremo però una impossibilità assoluta, bensì

Con riferimento all'art. 1455, la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento viene considerata implicita solo ove l'inadempimento si sia verificato con riguardo alle obbligazioni primarie ed essenziali del contratto oppure quando, dal complesso della motivazione emerge che il giudice lo abbia considerato tale da incidere in modo rilevante sull'equilibrio negoziale. In tal senso da ultimo Cass., 8 settembre 2017, n. 20957, in *Guida al diritto* 2017, 43, p. 55.

Utili indicazioni circa i criteri per valutare la gravità dell'inadempimento ci vengono dalla recente giurisprudenza di merito. Trib. Pisa, 10 novembre 2016, n. 1389, in *De Jure* 2016: «L'importanza dell'inadempimento, in relazione all'interesse dell'altra parte, va adeguata anche alla buona fede contrattuale. In tema di contratti, il principio, sancito dall'art. 1455 c.c., secondo cui il contratto non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altra parte, va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. Pertanto, la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione»; Trib. Bologna, 7 settembre 2017, n. 1950, in *De Jure* 2017: «Con riferimento a quanto disposto dall'art. 1455 c.c., inoltre, non ogni inadempimento legittima la domanda di risoluzione, avendo la norma ricondotto la sanzione dello scioglimento del contratto ad una regola di proporzionalità, in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è collegata soltanto all'inadempimento di obbligazioni che, per le modalità e circostanze, abbiano notevole rilevanza nell'economia del rapporto sia con riguardo all'interesse dell'altra parte, sia con riguardo all'esigenza di mantenere l'equilibrio tra prestazioni di eguale importanza.» Sulla complementarietà dei profili soggettivi e oggettivi nella valutazione della gravità dell'inadempimento si veda: G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schelesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, pp. 556 e 578. Si veda inoltre R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 5 s.; A. BELFIORE, voce *Risoluzione*, in *EdD.*, vol. IL, Milano, 1989, p. 1309; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, in part. p. 135; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, 176 ss. Collura volge la sua attenzione in particolare alla gravità dell'inadempimento che individua nell'art. 1455 l'esistenza di una sfasatura tra «valutazione della condotta del debitore dal punto di vista della disciplina dell'obbligazione e dal punto di vista dell'interesse contrattuale del creditore» in quanto il debitore anche non eseguendo il contenuto dell'obbligazione potrebbe non

parziale in quanto la prestazione principale (restituzione del capitale e degli interessi fino ad allora maturati) rimane possibile. Troverà allora applicazione l'art. 1464 ove è previsto che «quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale».

L'impossibilità parziale avrà effetto risolutivo solo se, con riguardo all'interesse delle parti, risulta incidere «sull'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio»<sup>42</sup>. Residua il problema relativo al fatto che ogni impossibilità parziale apra all'applicazione dell'art. 1464. Ne deriverebbe che ogni impossibilità anche di scarsa importanza e non impeditiva dell'attuazione della funzione economico individuale del contratto darebbe luogo a riduzione e recesso. Vero è, che la norma come tutte le disposizioni sulla risoluzione del contratto, risulta finalizzata alla tutela del sinallagma contrattuale, ovvero alla realizzazione della operazione economica nonostante l'intervento di fattori perturbativi esogeni rispetto alla sfera delle parti contraenti. La disposizione andrebbe allora coordinata con il principio di esecuzione in buona fede del contratto di cui all'art. 1375 che impedirebbe alla parte, la quale avrebbe *ex art. 1464* il diritto di recedere, di esercitarlo, ove questo non risulti giustificato in quanto non si ha una perturbazione dell'equilibrio economico contrattuale. Si pensi al caso in cui con le somme ricevute in mutuo si provveda ad acquistare un fondo diverso dello stesso valore o di valore superiore provvedendo a costituire su quest'ultimo le garanzie reali previste.

Il problema si è presentato in differenti casi e non consente una

aver dato luogo ad una situazione idonea a costituire presupposto della risoluzione pertanto il rimedio risarcitorio, che richiede la mera mancata esecuzione dell'obbligo contrattuale, e quello risolutorio, che richiede altresì il requisito della gravità, devono essere tenuti distinti.

<sup>42</sup> Da ultimo in tal senso Cass., 27 febbraio 2017, n. 4939, in *Diritto & Giustizia* 2017, 28 febbraio. Il tema si è posto in particolare con riferimento al perfezionamento parziale della cosa promessa in vendita. Cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 291.

soluzione unitaria e astratta. Nel corso del presente lavoro ce ne occuperemo mostrando varie prospettive. Vi possono essere ipotesi di investimento in finalità diverse che, come detto, possono essere inquadrati in un inadempimento rispetto agli impegni presi con il contratto di finanziamento con conseguente risoluzione stante l'importanza dell'inadempimento rispetto all'operazione. Un caso particolare riguarda l'utilizzo del denaro ricevuto in prestito per l'acquisto dell'immobile cui il finanziamento era indirizzato, ma con intestazione dello stesso non alla società che svolge attività agricola, ma ad uno dei soci. In questo caso si ha uno sviamento dal fine del finanziamento in quanto il bene, acquisito con il credito elargito, non entra nella proprietà del finanziato ma di un altro soggetto.

Diverso è il caso di inadempimento alle prescrizioni della direzione crediti fatte proprie dall'organo che ha il potere deliberativo rispetto all'ente finanziatore (l'amministratore delegato oppure il Consiglio di Amministrazione). In questo caso piuttosto che un inadempimento alle obbligazioni dedotte in contratto, si ha il venir meno di una condizione per l'erogazione. Si pensi alla richiesta, nelle prescrizioni, della concessione della fideiussione da parte dei soci della azienda agricola finanziata. Ove questa non sia ottenuta il contratto di finanziamento, ancorché concluso, non potrà produrre effetti e l'ente finanziatore non sarà tenuto a mettere a disposizione del mutuatario l'ammontare del finanziamento pattuito.

Altra è la questione, tipica del credito al consumo ma presente anche in ambito di credito verso imprese agricole, che si ha in caso di contratti complessi i quali prevedano un appalto e/o una compravendita unitamente ad un finanziamento, talché nella prestazione del compratore/committente è inclusa anche la rata del mutuo.

Il tema si è in particolare posto in casi in cui la mancanza di autorizzazioni necessarie per la realizzazione dello scopo ha impedito di utilizzare il finanziamento per lo scopo indicato. Peculiare è il ricorso a mutui aventi lo scopo di finanziare progetti di investimenti destinati alla diffusione dell'uso di energie rinnovabili (ad esempio studi di fattibilità, interventi per migliorare l'efficienza nel consumo di energie, realizzazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile installati da privati cittadini, imprese, enti pubblici). Al fine di inquadrare tali contratti nella categoria del «mutuo di scopo», la

Suprema Corte ha fatto ricorso al meccanismo del «collegamento negoziale», mediante il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, realizzato da una pluralità coordinata di contratti, che conservano una propria causa autonoma, anche se ciascuno è collegato funzionalmente con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro.

Perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, sono, quindi, necessari due requisiti: l'uno oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati a regolare gli interessi delle parti nell'ambito di un'operazione economica globale e unitaria; l'altro soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi, ma anche il coordinamento tra essi per la realizzazione del fine ulteriore.

In sostanza, il contratto di mutuo si atteggia quale mutuo di scopo in funzione delle concrete previsioni contrattuali che dispongano, ad esempio, la specifica destinazione del finanziamento alla stipula di un ulteriore contratto (compravendita di un dato bene) o allo svolgimento di una data attività, come la produzione di energia rinnovabile, che richiede a sua volta la stipula di ulteriori contratti (appalto, somministrazione, fornitura ecc.) e l'acquisizione di un provvedimento autorizzatorio.

La giurisprudenza ha affermato che il mutuo stipulato per finanziare la realizzazione di un impianto fotovoltaico acquistando pannelli e il contratto di appalto sono negozi giuridici collegati; sì che la mancata costruzione dell'impianto per inadempimento della società incaricata priva di efficacia il contratto di mutuo, estinguendo l'obbligo per i mutuatari di pagare le rate del finanziamento<sup>43</sup>.

La specialità delle norme che connota i finanziamenti di una funzione metafinanziaria necessita un saldo ancoraggio ai principi e alle regole del diritto privato interpretate alla luce della realtà del settore facendo perno sull'art. 47 Costituzione che informa di sé tutto il settore finanziario nonché sui principi fatti propri dalla stessa Comunità Europea in specie nel Regolamento CRR, in particolare nei con-

<sup>43</sup> Cass., 29 settembre 2014, n. 20447, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass. 30 settembre 2015, n. 19522, *ivi*, 2015; Trib. Cassino, 19 ottobre 2012, in *De Jure*, 2012. Per il credito al consumo si veda l'art. 125 *quinquies* TUB.

siderando 31 e 32. In questi ultimi si fa espressamente riferimento alla necessità di una «finanza sostenibile» per le controparti e per il sistema: «visti gli effetti devastanti dell'ultima crisi finanziaria, gli obiettivi generali del presente regolamento sono quelli di incoraggiare le attività bancarie economicamente utili che soddisfano l'interesse generale e scoraggiare la speculazione finanziaria insostenibile priva di reale valore aggiunto. Ciò implica una riforma globale delle modalità con cui i risparmi sono incanalati in investimenti produttivi. Al fine di salvaguardare un ambiente bancario sostenibile e diversificato nell'Unione, le autorità competenti dovrebbero essere autorizzate a imporre requisiti patrimoniali più elevati per gli enti di importanza sistemica che, in virtù delle loro attività, possono rappresentare una minaccia per l'economia globale».

## Credito all'agricoltura e garanzie

SOMMARIO: 1. Credito agevolato, co-garanzie, controgaranzie, garanzie personali - 1.1. Garanzie personali e garanzie del credito assicurative. - 2. Credito Agricolo e mutuo fondiario. - 2.1. Mutuo fondiario e surrogazione. - 3. Circolazione delle garanzie. - 3.1. Surroga e circolazione della garanzia. - 3.2. Circolazione delle garanzie nella cessione del credito. - 3.3. Portabilità del mutuo e circolazione delle garanzie. - 3.4. La cessione dei crediti deteriorati e garanzie. - 4. Mutualità nel credito agricolo. - 5. Credito agricolo e coperture assicurative.

### 1. *Credito agevolato, garanzie, cogaranzie e controgaranzie, garanzie personali*

In caso di credito agevolato entrano solitamente in gioco una serie di rapporti di garanzia, cogaranzia e controgaranzia. Pensiamo al caso di un soggetto che riceve un finanziamento agrario con garanzia di Stato sul pagamento degli interessi. La concessione di un credito agevolato presuppone comunque la nascita di un rapporto di diritto privato tra l'istituto finanziario ed il privato e un rapporto secondario tra l'ente pubblico e il finanziato con cui il primo si accolla una parte degli interessi che devono essere corrisposti al mutuante.

Si possono poi avere garanzie personali (fideiussioni, contratti autonomi di garanzia) e l'intervento di co-garanzie e controgaranzie operanti in particolare in caso di intervento di Cofidi (consorzi di garanzia collettiva dei fidi)<sup>1</sup>. Si tratta di un ente che svolge attività di

<sup>1</sup> L'art. 13 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 (come da ultimo modificato dall'art. 11, comma 7, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80), ha dettato una prima disciplina organica dei «confidi», definizione che comprende tutte quelle

prestazione di garanzie per agevolare le imprese nell'accesso ai finanziamenti destinati alle attività economiche e produttive.

Il Cofidi può rilasciare garanzie a prima richiesta rispondendo delle obbligazioni assunte con il suo patrimonio a semplice richiesta della banca garantita in caso di default del garantito.

Il Cofidi opera anche attraverso i Fondi Consortili, costituiti sia attraverso risorse pubbliche sia attraverso i contributi degli imprenditori associati, creando presso gli intermediari bancari dei fondi di garanzia destinati. In caso di insolvenza del mutuatario, il Fondo assume una percentuale di rischio. Il Cofidi può condividere il rischio con altri confidi di primo livello, o con altri enti, attraverso la co-garanzia, o garantire la propria esposizione con una garanzia di secondo livello detta contro-garanzia che può essere a prima richiesta o sussidiaria e che è prestata da consorzi di secondo grado, normalmente a livello regionale, o attraverso risorse destinate dal FEI (Fondo Europeo per gli Investimenti), dallo Stato e dalle Regioni.

Si osserva al riguardo che i Cofidi rappresentano un fenomeno associativo piuttosto che una garanzia<sup>2</sup>, i Cofidi portano ad una condivisione del rischio creditizio piuttosto che ad una garanzia in senso

realtà associative (sotto forma di consorzi con attività esterna, società cooperative, società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative) che svolgono «l'attività di garanzia collettiva dei fidi».

<sup>2</sup> Sulla natura dei cofidi si veda M.S. GIANNINI, *Cooperative artigiane di garanzia del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1960, I, p. 566 ss.; C. MASUCCI, *I consorzi di garanzia collettiva fidi*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 394 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Commento alla deliberazione CIPI del 22 febbraio 1979 (statuto-tipo per i consorzi e società consortili tra piccole e medie imprese)*, in *Nuove leggi civ.*, 1979, p. 977; F. MERUSI, *Qualche riflessione pubblicitica sui consorzi-fidi*, in *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, a cura di Bione e Calandra Buonauro, Milano, 1982, p. 93; R. COSTI, *Consorzi fidi e cooperative di garanzia*, in *Consorzi fidi e cooperative di garanzia*, a cura di Bione e Calandra Buonauro, Milano, 1982, p. 43; L. DE ANGELIS, *Fideiussioni dei soci di cooperative finanziarie*, in *Società*, 1988, p. 1274 ss.; G.D. MOSCO, *I consorzi fidi e l'intermediazione finanziaria: nuovi interventi legislativi ed esperienze europee*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 540 ss.; G. TUCCI, *La riforma dei consorzi fidi e il nuovo diritto comunitario in tema di requisiti patrimoniali (capital requirements) e di adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi (capital adequacy)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p. 362 ss.

tecnico ovvero ad una assunzione di un obbligo a rispondere di un debito altrui.

In particolare il Cofidi, attraverso l'utilizzazione di risorse proprie nonché appunto di quelle provenienti da soci oltre che da enti pubblici e/o privati, nei limiti previsti dalla legge e dallo statuto, presta in via mutualistica garanzie volte a favorire il finanziamento delle imprese socie da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario. Nell'esercizio dell'attività di garanzia collettiva il Cofidi può: – prestare garanzie personali e reali; – concludere contratti volti a realizzare il trasferimento del rischio; utilizzare, in funzione di garanzia, depositi indisponibili costituiti presso i finanziatori delle imprese; – accettare somme o fideiussioni da parte di terzi, da utilizzare insieme alle somme versate ed alle eventuali fideiussioni prestate dai soci; – rilasciare, in via non prevalente garanzie verso terzi non soci.

Come per la concessione del credito anche la concessione delle garanzie vede una particolare *governance*.

L'intero portafoglio garanzie è oggetto di una valutazione interna per la determinazione degli accantonamenti da effettuare a copertura delle perdite attese.

In coerenza con la normativa di Banca d'Italia e con i Principi Contabili Internazionali, il portafoglio è diviso in due sottoportafogli in funzione della qualità del credito: il portafoglio in *bonis* e il portafoglio deteriorato classificati in base alla stima delle rispettive perdite attese.

Il primo viene determinato, sulla scorta di valutazioni collettive che fanno ricorso ad appropriati parametri di rischio, su base storica-statistica tenuto conto del tasso medio di migrazione verso posizioni

<sup>3</sup> Scriveva Francesco Benatti che «mentre concettualmente è facile distinguere i due contratti (riferendosi a contratto autonomo di garanzia e fideiussione) in concreto questa distinzione può diventare ardua» (F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca Borsa*, 1982, p. 171). Difficoltà di inquadramento in astratto del fenomeno erano evidenziate anche da Raffaele Cicala per il quale la figura del contratto autonomo di garanzia «spesso inquadrata dalla dottrina nella promessa del fatto altrui di cui all'art. 1381... non (è) ancora consapevolmente valutata dalla giurisprudenza (e) presenta tuttora non pochi aspetti oscuri.» (R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 144).

deteriorate (cosiddetta proxy-PD), nonché della percentuale di perdita in casi di default (cosiddetta proxy-LGD) stimata sulla base delle perdite storiche. L'ammontare complessivo della svalutazione si ragguaglia al prodotto tra il valore delle garanzie in essere alla data, la proxy-PD e la proxy-LGD.

Il portafoglio deteriorato viene determinato sulla scorta di valutazioni analitiche relative a ciascuna posizione tenendo conto anche delle indicazioni fornite dai garantiti.

In merito a questo punto si pone un problema di asimmetria informativa rispetto ai garanti istituzionali non bancari. Ad esempio si osserva come i confidi incontrino delle oggettive difficoltà nella attività di valutazione analitica dei crediti di firma. Non può non essere rilevata l'asimmetria informativa intrinseca al mondo della garanzia collettiva dei fidi. I confidi ricevono notizie «di seconda mano» dalla banca garantita. Le informazioni a più alto valore aggiunto, ad esempio quelle relative alle posizioni deteriorate, quelle relative alle strategie di recupero (giudiziali e/o stragiudiziali) e quindi alla stima pura delle perdite attese, fluiscono spesso con lentezza, generalmente su sollecito e non sempre sono complete nei contenuti.

In alternativa e ove non siano disponibili informazioni sufficienti, le perdite attese vengono stimate applicando il metodo basato su una serie storica oggettivamente riscontrabile.

Di questi aspetti occorre tener conto quando si parla di garanzie doverosamente al plurale per segnalare il polimorfismo del sistema.

L'espressione «garanzia del credito», genericamente intesa come ogni mezzo tendente ad assicurare al creditore l'effettivo soddisfacimento dei propri interessi o a coprire rischi di inadempimento del debitore, è associabile ad una serie di strumenti giuridici piuttosto varia.

Oltre alla garanzia generale assicurata dal patrimonio presente e futuro del debitore secondo la formula contenuta nell'art. 2740, abbiamo strumenti di garanzia particolari.

Dal punto di vista del contenuto della garanzia è possibile che si tenda ad assicurare al creditore lo stesso bene oggetto del diritto di credito anche in assenza di un adempimento spontaneo del debitore oppure che si provveda a garantire la soddisfazione dell'interesse creditorio anche attraverso equipollenti, ad esempio, mediante meccanismi indennitari. Accanto a contratti di fideiussione con cui un terzo

garante è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito (art. 1944 c.c.) abbiamo contratti che prevedono un'obbligazione autonoma del garante di natura indennitaria. Il riferimento è *in primis* alle polizze fideiussorie, alle assicurazioni per la copertura del credito, abbiamo però anche contratti di assicurazione che non garantiscono in via diretta il credito, ma coprono il rischio del verificarsi di eventi che renderanno quanto meno difficile per il debitore adempiere e infruttuoso per il creditore escuterlo. È il caso della c.d. *payment protection insurance* in cui si includono le polizze vita caso morte del debitore, polizze per la perdita del lavoro, polizze malattia o infortunio che incidano sull'abilità al lavoro del debitore.

La distinzione tra polizze fideiussorie e fideiussioni è ancora fonte di articolati dibattiti generati anche dalla fluidità dei fenomeni difficili da inquadrare in schemi astratti e soprattutto immobili<sup>3</sup>.

La fideiussione ordinaria, per come disegnata dalle norme contenute nel codice civile, darebbe luogo ad una situazione in cui un soggetto, il fideiussore, è tenuto «in proprio», «con» altri e «per» altri a rispondere di un debito. Concettualmente distinta da contratti che prestano garanzia non per altri ma in proprio attraverso un'autonomizzazione del rapporto di garanzia dal rapporto principale garantito.

In base al già richiamato articolo 1944 c.c. il fideiussore è obbligato al pagamento di un debito altrui «in solido col debitore principale». Il patrimonio del fideiussore è quindi parte della garanzia del credito, insieme al patrimonio del debitore principale, e potrà essere sottoposto ad escussione per il debito principale sulla base però di un'obbligazione contratta in proprio.

Come avremo modo di precisare nel prosieguo del discorso siamo in presenza di una solidarietà particolare secondo quanto evidenziato già da alcune regole proprie della disciplina dei rapporti tra fideiussore e debitore principale. Qui, a differenza di quanto avviene per le obbligazioni solidali in generale, è il legislatore a prevedere, accanto all'azione di regresso di cui all'art. 1950, anche il meccanismo della surrogazione di cui all'art. 1949.

Si tratta di azioni che, pur condividendo la stessa funzione di tipo recuperatorio, seguono regole operazionali distinte: il diritto di regresso di cui all'art. 1950, a differenza della surrogazione di cui all'art. 1949, comprende il rimborso delle spese e degli interessi sulle

somme. In caso di surrogazione gli interessi spettano solo se, e nella misura in cui, ad essi aveva titolo il creditore estromesso. Allo stesso tempo il surrogante succede nelle garanzie del credito originario. Niente, per contro, è previsto in caso di regresso<sup>4</sup>. La distinzione in punto di regole è motivata dal fatto che il diritto di regresso del fideiussore è una nuova situazione soggettiva che sorge di diritto in capo al *solvens* al momento del pagamento<sup>5</sup>. Ne segue che è possibile segnare una distanza qualitativa oltre che quantitativa tra le due azioni, su cui si fonderà la scelta operativa del fideiussore che ha pagato il debito altrui.

La dottrina, movendo dalla suddetta normativa, conclude nel senso che regresso e surrogazione sono due situazioni concorrenti ma non cumulabili<sup>6</sup>. Un loro cumulo importerebbe un vantaggio ingiustificato per il *solvens* e un aggravio della posizione del debitore principale. Ne segue che il terzo *solvens* dovrà scegliere quale rimedio intenderà adottare per recuperare quanto versato<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Sul punto B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, Artt. 1201-1205, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 34.

Comunque, come ha avuto modo di precisare la Suprema Corte nella sentenza Cass., 7 dicembre 2012, n. 22257, in *Guida al diritto* 2013, 11, 39 (s.m) «Anche se il diritto di regresso previsto in favore del fideiussore dall'art. 1950 c.c. ha portata più ampia della surroga ex art. 1203 e 1949 n. 3, c.c. – comprendendo anche gli interessi e le eventuali spese giudiziali sostenute dal fideiussore per resistere alle pretese del creditore – la posizione del fideiussore non può essere diversa e peggiore rispetto a quella dello stesso creditore principale. Deriva da quanto precede, pertanto, qualora il fideiussore abbia corrisposto, in forza della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo emesso a suo carico, l'importo di una fideiussione prestata in favore di un comune, a garanzia di oneri di urbanizzazione a carico di una società successivamente fallita, correttamente il tribunale rigetta il reclamo proposto dal fideiussore avverso il rigetto della propria istanza di ammissione incondizionata al passivo, sul rilievo che la surroga esercitata non gli attribuisce diritti maggiori di quelli che sarebbero spettati allo stesso comune garantito, in ipotesi di domanda di ammissione al passivo del credito principale, ancora «sub iudice».

<sup>5</sup> Sul punto si veda A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *EdD*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 1519.

<sup>6</sup> Cfr. B. CARPINO, *op. cit.*, p. 83.

<sup>7</sup> Cfr. in tema di obbligazioni solidali Cass., 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Mass. Giur. it.*, 2007, ove si legge, «in tema di obbligazioni solidali, il regresso

Non solo ma l'art. 1950 c.c. prevede, al primo comma, che «il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, benché questi non fosse consapevole della prestata fideiussione».

Quindi per il solo fatto di aver compiuto un pagamento, nell'interesse del debitore principale, il fideiussore acquista *ope legis* il diritto ad ottenere il rimborso da questi della somma pagata.

Sono così superati i dubbi della dottrina passata che tendeva a riferire il regresso del fideiussore ad altri meccanismi recuperatori e in particolare all'azione di ingiustificato adempimento<sup>8</sup>.

trova fondamento nella corresponsabilità ed è volto ad evitare l'ingiustificato depauperamento del «*solvens*» che ha adempiuto a titolo di garanzia; a quest'ultimo spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito, caratterizzata da presupposti e contenuto diversi, sicché esse sono complementari pur se non cumulabili, potendo essere esercitate entrambe le relative azioni nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successiva della surrogazione». Per la giurisprudenza di merito Trib. Benevento 4 settembre 2008, in *Contratti*, 12, 1148, secondo cui «In materia di obbligazioni solidali, il debitore che ha pagato l'intero debito ha diritto di ripetere dai condebitori soltanto la parte dovuta da ciascuno di essi e se uno di questi è insolvente la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso colui che ha pagato. Ciò posto, il diritto di regresso trova fondamento nella corresponsabilità dei coobbligati al pagamento di una obbligazione solidale ed è volto ad evitare il depauperamento del solvens che ha adempiuto a titolo di garanzia. Al medesimo soggetto spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito. Le due azioni sono, tuttavia, caratterizzate da presupposti e contenuti diversi, tale che esse sono complementari ma non cumulabili e possono essere esercitate entrambe nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successiva della surrogazione».

<sup>8</sup> Cfr. A. VON TUHR, *Zum Regress des Bürgen*, in *Zeitschrift für schweiz. Recht*, N.F., p. 102 ss. citato da A. RAVAZZONI, voce *Regresso*, in *Noviss. Dig.It.*, XV, 1968, p. 353, secondo il quale «se è vero che, dato il carattere sussidiario che nel nostro ordinamento ha l'azione di ingiustificato arricchimento, e la diversa portata di essa rispetto all'azione di regresso fideiussorio (in quanto ci si limita con la prima ad indennizzare della diminuzione patrimoniale, con la seconda, se il debito principale produceva interessi superiori al tasso legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale), se è vero perciò che l'azione di regresso e quella di ingiustificato arricchimento sono due cose diverse, si può, viceversa, concordare con Von Tuhr, nel ritenere che l'azione di regresso è prevista per quelle fattispecie, le quali sarebbero almeno astrattamente

Con riferimento alla solidarietà ordinaria non troviamo simmetriche previsioni normative e l'esistenza delle due azioni si deduce in via interpretativa. All'art. 1299 c.c. si prevede che il debitore in solido, che ha pagato l'intero debito, può ripetere dai condebitori solo la parte di ciascuno di essi. Il fondamento di tale diritto viene rinvenuto nella regola di cui all'art. 1298 ove si prevede che nei rapporti interni l'obbligazione solidale si divide tra i condebitori e i concreditori<sup>9</sup>. Il fenomeno è anche spiegato in chiave di surrogazione del debitore che ha pagato nei diritti del creditore<sup>10</sup>. Si viene così a porre

idonee a far sorgere, ove mancasse appunto un'azione di regresso – e qualche volta, nel caso del mandato, possono effettivamente far sorgere, in rapporto di almeno parziale concorrenza –, una azione da mandato o da gestione di affari o da ingiustificato arricchimento».

<sup>9</sup> Così M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, 1965, p. 683.

<sup>10</sup> In tal senso B. CARPINO, *op. loc. cit.* In senso contrario Cass., 30 marzo 1981, n. 1818, in *Mass. Giur. it.*, 1981: «La surrogazione legale, di cui all'art. 1203, n. 3 c. c., del condebitore solidale che ha pagato il debito comune nei confronti degli altri condebitori non è esclusa dal diritto di regresso concesso in via alternativa a norma dell'art. 1299 c.c.» Per la giurisprudenza di merito C. App. Catania, 24 marzo 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, 699, secondo cui «l'esercizio del diritto di regresso da parte del cofideiussore solvente è incompatibile con la surrogazione legale trattandosi di due istituti previsti dall'ordinamento in via alternativa e non cumulativa». Vedi però Cass., 18 marzo 1982, n. 1762, in *Mass. Foro it.*, 1982: «L'azione di regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento è in sostanza un'azione di surrogazione, mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore soddisfatto nelle stesse condizioni di questo, di modo che, se il creditore non poteva più agire nei confronti di uno dei condebitori solidali (nella specie: a seguito di sentenza dichiarativa della prescrizione del credito, per la parte da lui dovuta), il medesimo, convenuto in via di regresso, ha diritto di eccepire al condebitore attore che al momento del pagamento egli non era più debitore».

In senso analogo Cass., 6 giugno 1972, n. 1744, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1544; Cass., 5 febbraio 1987, n. 1120, in *Mass. Foro it.*, 1987 («ove il fideiussore, che abbia pagato il debito, opti per l'azione di surrogazione ai sensi degli artt. 1203, n. 3, e 1949 c.c., in luogo di quella di regresso, di cui al successivo art. 1950, la competenza del giudice, in ordine alla relativa controversia, va determinata in base all'azione in concreto prescelta, onde – con riguardo al criterio facoltativo del *forum destinatae solutionis* di cui all'art. 20 c.p.c. – deve farsi riferimento al luogo di esecuzione dell'obbligazione garantita»); Cass., 14 maggio 1987, n. 4460, *ibidem*; Cass., 4 febbraio 1988, n. 1137, *ivi* 1988.

sullo stesso piano surroga e regresso con la conseguenza che il debitore avrebbe la possibilità di agire sia *ex art. 1299* sia *ex art. 1203*: le due azioni, pur essendo distinte, sarebbero concorrenti in quanto ordinate alla realizzazione del medesimo interesse del debitore che ha effettuato il pagamento, potendo essere esercitate entrambe le relative azioni nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successiva della surrogazione<sup>11</sup>.

Tornando alla solidarietà fideiussoria, con riferimento alle soprarichiamate coppie di disposizioni normative (artt. 1299 e 1203 da un lato, artt. 1949 e 1950 dall'altro), la dottrina è ormai concorde nell'affermare la presenza nel nostro ordinamento di due distinti tipi di solidarietà passiva non assoggettabili a disciplina unitaria: una solidarietà ad interesse comune ed una solidarietà nell'interesse esclusivo di uno dei coobbligati, la c.d. «solidarietà disuguale»<sup>12</sup>.

La solidarietà fideiussoria risulterebbe, rispetto al modello normativo di cui all'art. 1298, una solidarietà impropria rispondente allo schema della solidarietà solo riguardo al profilo recuperatorio ispirato però al *favor fideiussoris* posto a fondamento della complessiva

<sup>11</sup> In tal senso F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 427. L'autore (p. 39) accanto alla fideiussione annovera tra le obbligazioni solidali: l'obbligazione dell'espromittente (art. 1272), dell'accollante (art. 1273) e l'obbligazione *ex lege* del proprietario del veicolo nei confronti dell'obbligazione da fatto illecito del conducente (art. 2054), tutte accomunate dallo stesso schema: ad un'obbligazione principale è collegata, attraverso il vincolo della solidarietà, un'obbligazione accessoria (dall'identica prestazione), avente funzione di garanzia (convenzionale ovvero legale).

<sup>12</sup> Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, p. 243 e poi 245 ss. in senso parzialmente diverso, dando rilievo piuttosto ai profili strutturali, F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, specialmente p. 60 ss.; ID., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *EdD*, XXIX, Milano, 1979, p. 329 ss. Sul punto cfr. anche BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 151. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 59 considera la solidarietà fideiussoria al di fuori della figura dell'obbligazione solidale e anche di quella diseguale. D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, sub art. 1292-1313, Bologna-Roma, 1968, p. 141 ss., nega la riconducibilità della fideiussione all'art. 1298 ritenendo tale ipotesi una «solidarietà spuria».

disciplina. Da un punto di vista strutturale, poi, l'ipotesi dei rapporti tra fideiussore, debitore principale e creditore risulta distante dalle obbligazioni solidali caratterizzate per la presenza di tre requisiti: la pluralità di soggetti dalla medesima parte del rapporto; la prestazione è intrinsecamente ed *originamente* unica e identica per tutti i più debitori o creditori; infine l'*eadem causa obligandi* ovvero il medesimo fatto generatore del rapporto obbligatorio<sup>13</sup>.

In tale prospettiva il diritto di regresso nelle obbligazioni solidali, a differenza di quanto avviene nel rapporto di fideiussione, non sarebbe un nuovo diritto di credito fondato sul pagamento di un debito altrui<sup>14</sup>, ma sarebbe una situazione soggettiva parte del rapporto solidale<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Si veda L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, 181 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 130; F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., p. 2 ss.

<sup>14</sup> Così invece G. F. CAMPOBASSO, voce *Regresso*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1991, 1, invece, il termine regresso indica, in modo più generico, «il diritto e la conseguente azione riconosciuti a colui che abbia adempiuto un'obbligazione di riversare in tutto o in parte su altri le conseguenze dell'adempimento». Nello stesso senso M. MAGGIOLÒ, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 307; G. VILLANACCI, *Cofideiussione e obbligazioni solidali*, Napoli, 2005; A. RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in *Le obbligazioni*, vol. I, *L'obbligazione in generale* a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 1209 ss.; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993; A. RAVAZZONI, *op. loc. cit.*; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, ed. 9, Milano, 1959, 480 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 268; R. CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953.

<sup>15</sup> Sul punto A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, in *EdD*, XXIX, 1979, p. 318 ss., il quale precisa «che il problema dei rapporti interni tra i debitori e i creditori non è altro dalla solidarietà ma riguarda l'aspetto interno di essa e cioè la rifrazione dell'*idem debitum* nei rapporti interni tra consorti. [...] Se si assume questo diverso angolo visuale, potrà recuperare il suo valore anche il riferimento alla divisione dell'obbligazione in solido, ove appunto quell'espressione dovrà essere intesa quale necessaria «rifrazione» dell'obbligazione nei rapporti tra i diversi debitori e creditori e ciò non nel significato di un suo dividersi in senso naturalistico ma nel significato di un particolare atteggiarsi dell'obbligazione solidale *post factum* (e cioè dopo il pagamento) nei rapporti interni tra i debitori (o i creditori). E dovendosi dunque qualificare il regresso ex art. 1299 c.c. non quale credito *ex novo* e sia pure *pro quota* ma quale effetto

Del resto da tempo è stato affermato che il regresso non sarebbe una categoria unitaria, ma una sintesi semantica cui sarebbero riferibili ipotesi diverse<sup>16</sup>. Nel caso della fideiussione l'azione di regresso opererebbe in concorrenza con la surrogazione, in caso di solidarietà propria di cui all'art. 1299 l'azione di regresso sarebbe una modalità particolare di operare del pagamento con surrogazione<sup>17</sup>.

Già da queste prime considerazioni emerge una distinzione tra la corresponsabilità di fideiussore e debitore principale e corresponsabilità dei coobbligati in solido.

Da qui l'importanza di parlare di «solidarietà fideiussoria», come nota caratterizzante della posizione debitoria del fideiussore, distinta dalla solidarietà ordinaria per il fatto che il creditore può chiedere il pagamento al fideiussore o al debitore sulla base di un titolo diverso e rispettivamente in base al contratto di fideiussione o in base al rapporto obbligatorio originario. Invece nella solidarietà ordinaria vi è un'identità del titolo che vincola i debitori al creditore. Ne segue che il fideiussore adempie ad un obbligo altrui (paga per altri), ma allo

od aspetto dell'obbligazione solidale nel suo lato «interno», se così può dire, divenendo, dunque, in tal caso superflua l'esigenza di porsi il problema di un «autonomo» fondamento o causa del regresso che sia altro dal fondamento della stessa obbligazione solidale riguardata *post factum*. Potrebbe in tal modo ritenersi anche superata l'annosa querelle tra un regresso quale diritto che è sorto *ex novo* per effetto del pagamento ed un regresso quale risultato di un fenomeno successione-surrogazione nel diritto del creditore soddisfatto».

<sup>16</sup> Si osserva come lo stesso termine regresso venga utilizzato con riferimento ad istituti molto diversi dall'azione che consente il recupero di quanto pagato dal debitore solidale in eccesso rispetto a quanto da lui dovuto.

Così l'art. 2667 nel prevedere il diritto di regresso degli incapaci verso i loro rappresentanti legali per le conseguenze della mancata trascrizione di atti, sentenze e domande giudiziali sembra piuttosto individuare una obbligazione risarcitoria a carico di tali legali rappresentanti. Contro l'autonomia concettuale del termine «regresso» occorre vieppiù ricordare che non si individuano elementi strutturali di detta azione né si spiega come l'unitarietà della stessa possa conciliarsi con l'eterogeneità delle fattispecie in cui è prevista. Così G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Milano, 2010, p. 8 ss.

<sup>17</sup> Così O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, p. 40; M. FRAGALI, *Della fideiussione e del mandato di credito*, in *Comm. Cod. Civ. A. Scialoja - G. Branca*, Bologna-Roma, 1957, p. 53 ss. In giurisprudenza Cass., 18 marzo 1982, n. 1762, cit.

stesso tempo si trova tenuto a tale adempimento in proprio in ragione del titolo di garanzia.

Si tende così a far riferimento nel nostro sistema normativo a due distinti tipi di solidarietà passiva: la solidarietà debitoria in generale, rientrante nello schema della solidarietà c.d. ad interesse comune, e l'ipotesi della solidarietà fideiussoria riconducibile allo schema della solidarietà c.d. ad interesse unisoggettivo<sup>18</sup>, più strettamente permeata dall'interesse di garanzia del credito rilevante anche nei rapporti interni tra condebitori e rappresentata tipicamente dal meccanismo insito nella solidarietà fideiussoria<sup>19</sup>.

Come osservato dalla dottrina sarebbe comunque fuorviante considerare la fideiussione un fenomeno assolutamente estraneo alla solidarietà<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Si vedano, tra gli altri, R. CICALA, *Sulla revoca dell'atto fraudolento del debitore solidale ed in genere sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 397 ss.; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 14; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 330, p. 684; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 155; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *EdD*, XVII, 1968, p. 360; ID., *Della fideiussione e del mandato di credito*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, cit., p. 287; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVIII, 3, Milano, 1998, p. 50. Parla invece di solidarietà perfetta e imperfetta L. BARASSI, *op. cit.*, p. 217, secondo il quale «la distinzione tra solidarietà perfetta ed imperfetta, quest'ultima limitata alla solidarietà legale (o solidarietà propria e impropria), era stata largamente accolta nella dottrina francese, e si era propagata poi nella letteratura civilistica non solo dei codici a tipo latino (così nella dottrina italiana), ma anche in quella dei codici a tipo tedesco. Si era creduto di giustificare anche nel diritto odierno quella distinzione col rilevare che la vera solidarietà presuppone sempre l'unicità dell'affare per tutti i membri del gruppo. Invece quando le cause delle singole obbligazioni che mettono capo a ciascun membro del gruppo siano eterogenee e manchi un unico affare (a cui si ricolleghino) la solidarietà sarebbe imperfetta».

<sup>19</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, *ult. op. loc. citt.*; F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., p. 39. Per contro altri nega la riconducibilità della fideiussione al meccanismo della solidarietà G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 59; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 141 ss.

<sup>20</sup> In tal senso G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 13, *Obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1985, 253:

Considerata la peculiarità della solidarietà fideiussoria veniamo a riflettere su un'ulteriore nota caratterizzante la fideiussione ordinaria: l'accessorietà rispetto ad un rapporto debito-creditorio distinto.

Tale condizione emerge da alcune disposizioni di legge sul contratto di fideiussione. L'art. 1944 riconosce al creditore la facoltà di rivolgersi al debitore principale o al garante per ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale, secondo le regole generali in tema di solidarietà, facendo salva la possibilità per le parti di convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale<sup>21</sup>. In quest'ultimo caso, tuttavia, il fideiussore convenuto, che intenda avvalersi del beneficio dell'escussione, sarà gravato dall'onere di indicare i beni del debitore che intende sottoporre ad esecuzione<sup>22</sup>.

«il meccanismo attuativo della solidarietà ha lo scopo, anche nella fideiussione, di rafforzare la tutela del creditore e di eguagliare le posizioni soggettive dei condebitori nei rapporti esterni con il creditore, consentendogli di esigere indifferentemente da un qualsiasi obbligato la prestazione, dato che con la fideiussione si aggiunge a quella primaria l'obbligazione solidale»

<sup>21</sup> Non sempre il beneficio di escussione è opponibile. Secondo la Suprema Corte «In tema di fideiussione, il beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944, comma 2, c.c. non è esperibile nel caso di fallimento del debitore principale, in considerazione dell'universalità oggettiva che qualifica le procedure concorsuali liquidatorie e che è incompatibile con la struttura del beneficio, poiché la relativa eccezione presuppone l'indicazione, da parte del garante, dei beni del debitore da sottoporre ad esecuzione; nondimeno, il beneficio opera quando le parti abbiano espressamente pattuito l'efficacia della preventiva escussione anche in presenza del fallimento del debitore, ovvero abbiano scelto di collegare l'esigibilità del debito del fideiussore all'impossibilità definitiva, totale o parziale, di recupero del credito nei confronti del debitore principale, conseguente alla conclusione della procedura concorsuale senza soddisfacimento del credito stesso»: Cass., 30 maggio 2013, n. 13661, *Giust. Civ. Mass.* 2013.

<sup>22</sup> Sul punto U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, p. 107: «per dire che il fideiussore è un obbligato di grado successivo occorre far forza alla legge, la quale parla di solidarietà». L'A., in particolare, evidenzia il rischio per l'interprete di «confondere la successività della fonte dell'obbligazione fideiussoria, rispetto alla fonte dell'obbligazione principale, con una permanente [...] successività degli stessi vincoli obbligatori, che allora più non sarebbero puramente e semplicemente in solido»; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 163, secondo il quale, «(q)uando la legge dice che il creditore può pretendere l'intero da ciascun debitore, in ciò è implicito anche che il creditore può scegliere libe-

Tra le disposizioni che segnano l'accessorietà della fideiussione si colloca pure la previsione della possibilità del fideiussore di opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale con la sola esclusione di quella derivante dall'incapacità (art. 1945)<sup>23</sup>. Ricordiamo inoltre la regola per cui il fideiussore è liberato se, per fatto del creditore (si pensi al caso della rinuncia del creditore ad agire verso il debitore garantito), non può aver luogo la surrogazione (art. 1955)<sup>24</sup>. In

ramente il debitore a cui rivolgersi per primo». Con riferimento ai rapporti rispetto al codice del 1865 si veda A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 2 ss., il quale puntualizza che la qualifica di solidale data dal legislatore alla obbligazione del fideiussore non costituisce un'innovazione del codice del 1942, posto che anche nel previgente codice si affermava che la fideiussione senza beneficio di escussione «si regola con gli stessi principi stabiliti riguardo ai debiti in solido».

<sup>23</sup> Tale norma è espressione del principio di accessorietà del rapporto fideiussorio rispetto al rapporto da cui sorge il credito garantito. Si tratta di una disposizione derogabile, la cui deroga però può importare l'inquadramento del contratto in termini di contratto autonomo di garanzia. «Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni «a semplice richiesta» o «a prima richiesta del creditore», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia; infatti, la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.»: così Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Foro padano*, 2013, 4, I, 400 (s.m.). «È corretta la qualificazione come contratto autonomo di garanzia, operata dal giudice di merito, di una polizza fideiussoria caratterizzata: a) dalla fissazione di un termine breve, decorrente dalla ricezione della richiesta da parte del creditore garantito (sebbene quest'ultima non sia definita «semplice»), entro il quale il garante è tenuto a pagare le somme dovute; b) dall'esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all'art. 1952 c.c.; c) dalla previsione, a carico del creditore garantito, degli oneri di cui all'ars. 1957 c.c., ritenuta in concreto compatibile con il carattere autonomo della garanzia.»: così Cass., 5 aprile 2012, n. 5526, in *Foro it.* 2012, 10, I, 2713 (s.m.).

<sup>24</sup> Secondo la interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, affinché si verifichi la liberazione del fideiussore per fatto del creditore, ai sensi dell'art. 1955 cod. civ., occorre che il creditore abbia con il suo comportamento causato al garante un pregiudizio giuridico e non soltanto economico, e cioè la perdita

questo modo si fa dipendere l'obbligo del fideiussore da fatti che possono attenersi al rapporto obbligatorio principale<sup>25</sup>.

Anche dalla disciplina del diritto di regresso del fideiussore si ricavano indici della accessorieta' suddetta. Il rapporto di derivazione diretta tra il diritto di regresso e l'adempimento dell'obbligazione

del diritto di surrogazione ex art. 1949 cod. civ. o di regresso ex art. 1950 cod. civ. (Cass., sez. lav. 23 aprile 04, n. 7719, in *Giust. Civ. mass*, 2004. Nel caso di specie vi era stata una rinuncia dei lavoratori verso il debitore).

<sup>25</sup> Quanto ai profili processuali di operativita' dell'ipotesi di cui all'art. 1955 «la circostanza che il creditore abbia tenuto un comportamento contrario al dovere di buona fede e correttezza contrattuale, tale da comportare la possibile liberazione del fideiussore dai propri obblighi di garanzia nei riguardi del creditore medesimo, puo' essere provata con ogni mezzo consentito dall'ordinamento, ivi compreso il ricorso a presunzioni, secondo la regola generale di cui agli art. 2727 e 2729 c.c.»: cosı' Cass., 1 ottobre 2012, 16667, in *Guida al diritto*, 2013, 1, 64 (s.m).

Altra causa di estinzione dell'obbligazione del fideiussore e' quella di cui all'art. 1957. «Le cause di estinzione della fideiussione previste dagli art. 1955 e 1957 c.c. hanno presupposti diversi: la prima ipotesi (liberazione del fideiussore che, per fatto del creditore, perda il diritto di surrogazione) esige infatti una condotta colposa e antiggiuridica del creditore e l'esistenza di un pregiudizio giuridico nella sfera del fideiussore, rappresentato dalla perdita del diritto, occorrendo, all'uopo, che il creditore abbia ommesso un'attivita' dovuta per legge o in forza di contratto; la seconda ipotesi (liberazione del fideiussore per mancato esercizio del diritto da parte del creditore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione) opera invece in modo oggettivo, a prescindere dall'atteggiamento colposo o meno del creditore e senza che assuma alcun rilievo il danno, conseguendo la invocata decadenza ipso facto al mancato, diacronico esercizio del diritto. Ne consegue che, invocata dal fideiussore la decadenza di cui all'art. 1957 c.c., non e' consentito al giudice dichiarare l'estinzione della fideiussione in base alla previsione di cui all'art. 1955 c.c., stante l'impredicabilita' di una sostanziale omogeneita' dei fatti costitutivi destinati a sorreggere l'applicazione alternativa delle norme indicate. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto integrata la fattispecie estintiva dell'obbligazione di garanzia prevista dall'art. 1955 c.c., rispetto all'originaria eccezione del fideiussore sollevata ex art. 1957 c.c., evidenziando che, attesa la diversita' dei temi di indagine implicati dalle due disposizioni, il giudice non avrebbe potuto, se non illegittimamente, sovrapporre i relativi piani, onde giungere, in via officiosa, a predicare una violazione di legge mai invocata, ne' eccepita, dalla parte interessata a tanto onerata»): cosı' Cass., 27 settembre 2011, n. 19736, in *Giust. civ.* 2012, 1, I, 60.

principale ex art. 1950 incide in modo rilevante sulla stessa natura del diritto in esame. In particolare una caratteristica costante e tipica del diritto di regresso del fideiussore sarà la possibilità per questi di opporre al creditore le eccezioni che poteva opporgli il debitore. Da qui l'importanza della tempestiva comunicazione al debitore da parte del fideiussore dell'avviso che sta pagando il creditore principale ex art. 1952. L'avviso che il fideiussore deve fare al debitore permette a questi di informare il fideiussore delle eccezioni che è possibile opporre al creditore, in modo da bloccare la richiesta di pagamento del creditore, facendo valere ad esempio l'invalidità dell'obbligazione garantita.

Il preavviso deve essere pertanto tempestivo. Se il preavviso manca o non è tempestivo ed il fideiussore paga, il debitore potrà opporre a lui le eccezioni che sarebbero state opponibili al creditore principale in base al dettato di cui all'art. 1952, 2° comma. Si tratta di una disposizione eccezionale, giustificata dal comportamento inerte o negligente del fideiussore.

Se, invece, nonostante la tempestività del preavviso, il debitore rimane inerte, il fideiussore potrà opporre le eccezioni di cui comunque sia venuto a conoscenza, a meno che il debitore non abbia rinunciato ad avvalersi di esse<sup>26</sup>.

Da tali note emerge come il fideiussore non sia solo tenuto a pagare «con» altri, ma prima ancora a pagare «in proprio», «per» altri non condividendo gli interessi del debitore principale<sup>27</sup>. Questo non deve portare a porre al di fuori del tipo «contratto di fideiussione»

<sup>26</sup> «Poiché le eccezioni che il debitore può opporre al fideiussore che agisce in regresso nei suoi confronti, avendo pagato senza dargliene avviso, sono le stesse che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento, il fideiussore, che abbia pagato il debito garantito senza esservi più obbligato per l'intervenuta decadenza di cui al comma 1 dell'art. 1957 c.c., da lui non eccepita, può esercitare contro il debitore principale l'azione di regresso di cui all'art. 1950 c.c. senza che questi possa idoneamente opporgli l'intervenuta decadenza, che costituisce in questo caso eccezione «de iure» tertii, come tale inidonea a paralizzare la pretesa di regresso del fideiussore, ed a vanificare l'obbligazione sussistente in capo al debitore di ripristinare il patrimonio del fideiussore per l'importo corrispondente a quanto pagato in adempimento del debito garantito»: così Cass., 1 luglio 2005, n. 14089, in *Giust. Civ. mass.* 2005.

<sup>27</sup> In tal senso da ultimo Cass., 22 settembre 2015, n. 18619, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015.

qualsivoglia possibile variante che possa incidere su quelle che abbiamo indicato come caratteristiche della funzione fideiussoria. È possibile che il contratto preveda deroghe alla disciplina della fideiussione, ad esempio escludendo la possibilità per il fideiussore di opporre eccezioni, senza che ciò possa portare a negare che si tratti di un contratto di fideiussione tipico disciplinato dalle norme relative per quanto non derogato dalle parti contraenti.

Sul profilo dell'accessorietà e sulla deroga alle disposizioni su cui essa è fondata nel contratto di fideiussione poggia la distinzione concettuale tra contratto di fideiussione e polizza fideiussoria.

Difficile pare concludere che l'inserimento o meno di una clausola *solve et repete* rilevi ai fini della qualificazione del contratto come fideiussione ordinaria o come polizza fideiussoria. Indubbiamente una simile previsione negoziale permette di ottenere immediata escussione della garanzia dando vita ad un'autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello principale. Si sostiene così che qui verrebbe meno il vincolo di accessorietà e il legame di dipendenza propri del contratto di fideiussione<sup>28</sup>. Il garante, infatti, assume l'impegno di pagare al beneficiario della garanzia a semplice richiesta del creditore rinunciando ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito.

Occorre innanzitutto muovere dalla varietà dei fenomeni che gli autori nel tempo hanno evidenziato, dalla pluralità di schemi in cui si concretizza quello che viene chiamato contratto autonomo di garanzia<sup>29</sup>. Ricordiamo i principali:

1) Oggetto della garanzia potrà essere il mantenimento (conclusione del contratto), oppure l'esecuzione del contratto o ancora il rimborso.

2) Inclusione di clausola *solve et repete* che sospende ma non esclude il potere del fideiussore che ha pagato di far valere eccezioni

<sup>28</sup> Si veda in dottrina F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 171; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 173; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 143; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Giappichelli, Torino, 1995.

<sup>29</sup> Problema sentito in Germania H.U. SICKEL, *Personalsicherheiten*, Stuttgart, 2008, p. 331.

relative al rapporto principale con l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore<sup>30</sup>.

3) Inclusione di clausola *solve et repete* con esclusione per il debitore del diritto di agire per il rimborso di quanto pagato e che gli è stato conteggiato rispetto ad un rapporto di valuta nullo e/o inesistente.

4) Inclusione di clausola *solve et repete* con esclusione anche dell'opposizione della *exceptio doli*.

5) Presenza di condizioni che impediscono l'opposizione di eccezioni da parte del garante relative al rapporto principale.

6) Pagamento di indennità da parte del garante oppure pagamento della stessa prestazione del debitore del rapporto principale.

7) Presenza di un mandato a stipulare la polizza fideiussoria conferito dal debitore al garante che può conteggiare quanto pagato al debitore<sup>31</sup>.

Da qui l'importanza di una prospettiva dinamico-procedimentale dell'obbligazione «che non la dissocia dalle sue vicende ma la studia nel suo momento costitutivo, nel suo ciclo di realizzazione, nella sua attuazione»<sup>32</sup>.

Non ci si può limitare ad «etichettare» il vincolo obbligatorio attraverso una mera qualificazione dell'atto costitutivo del vincolo stesso, ma si dovrà anche tener conto dell'intero procedimento che porta a compimento il rapporto.

Del resto la giurisprudenza, già nella Cassazione a sezioni unite

<sup>30</sup> Cfr. G. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, vol. II, Milano, 1978, p. 1054 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa*, 1985, I, p. 182. Dubita che sia un contratto autonomo di garanzia e riconduce l'ipotesi alla fideiussione R. CICALA, *op. ult. loc. cit.*

<sup>31</sup> Occorrerebbe chiedersi di volta in volta se nella costruzione di tale schema non si possa individuare uno schema delegatorio V. R. CICALA, *op. ult. loc. cit.*

<sup>32</sup> L'espressione tra virgolette è di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 433 il quale altresì nota come «all'attenzione del giurista non si presenta più una obbligazione unitaria, ma una pluralità di obbligazioni. L'obbligazione è unitaria sotto il profilo strutturale, ma quando si sposta l'angolo visuale ai diversi titoli e alle molteplici clausole si evidenzia una pluralità di obbligazioni sotto il profilo della disciplina».

del 2010<sup>33</sup>, ha dato rilevanza alla compresenza di altri indici, oltre alla apposizione della clausola *solve et repete*, al fine di qualificare il negozio posto in essere in termini di fideiussione o di contratto autonomo.

Come affermato dalla Suprema Corte: «È corretta la qualificazione come contratto autonomo di garanzia...di una polizza fideiussoria caratterizzata: a) dalla fissazione di un termine breve, decorrente dalla ricezione della richiesta da parte del creditore garantito (sebbene quest'ultima non sia definita «semplice»), entro il quale il garante è tenuto a pagare le somme dovute; b) dall'esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all'art. 1952 c.c.; c) dalla previsione, a carico del creditore garantito, degli oneri di cui all'art. 1957 c.c., ritenuta in concreto compatibile con il carattere autonomo della garanzia»<sup>34</sup>.

Più recentemente la Cassazione ha escluso l'accessorietà in un caso in cui mancava la clausola *solve et repete*. Osserva la Corte che in materia di contratto autonomo di garanzia, la previsione, nel testo contrattuale, della clausola «a prima richiesta e senza eccezioni» fa

<sup>33</sup> Cass. SS.UU., 18 Febbraio 2010 n. 3947, in *Giust. Civ.* 2010, 1365 con nota di A. Lamorgese, *Garantievertrag secondo le sezioni unite*.

<sup>34</sup> Cass., 5 aprile 2012, n. 5526, in *Foro it.* 2012, 10, I, 2713. In senso analogo già prima «La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore costituisce una garanzia atipica, in quanto, ferma restando l'invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite, l'insostituibilità di queste ultime comporta che il creditore può pretendere dal garante solo il risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento dell'obbligato principale, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto, venendo così vulnerato il meccanismo della solidarietà che, nella fideiussione, attribuisce al creditore la libera electio, cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile»: così Cass. SS.UU., 18 Febbraio 2010 n. 3947, cit. Si afferma inoltre che «la polizza che contiene la clausola “a prima richiesta”, nonostante sia chiamata anche “fideiussoria”, non è soggetta alla disciplina degli art. 1941 e 1945 c.c.: costituisce invece un contratto autonomo di garanzia. Di conseguenza, il termine per l'escussione della garanzia, fissato dall'art. 1957 c.c., non si applica salvo che non sia previsto esplicitamente dalle parti»: così Cass., 28 ottobre 2010, n. 22107, in *Diritto e Giustizia online* 2010. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma, 15 novembre 1996, in *Banca borsa*, 1998, II, 197.

presumere l'assenza dell'accessorietà della garanzia, assenza che, tuttavia, può derivarsi, in difetto della clausola *solve et repete*, anche dal tenore dell'accordo. Nel caso di specie, si era in presenza di una clausola che fissava per il garante il ristretto termine di trenta giorni per provvedere al pagamento dietro richiesta del creditore, termine insufficiente per l'effettiva opposizione delle eccezioni, e, al contempo, si escludeva la possibilità per il debitore principale di eccepire alcunché al garante in merito al pagamento stesso<sup>35</sup>.

Se in un primo momento i giudici avevano considerato la presenza di una clausola a prima richiesta come sufficiente ai fini della qualificazione del negozio nei termini di un contratto autonomo di garanzia<sup>36</sup>, in tempi più recenti la Suprema Corte con una sentenza a sezioni unite ha precisato che «la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte ...assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Così Cass., 14 giugno 2016, n. 12152, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016.

<sup>36</sup> Si veda Cass. SS.UU., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Riv. dir. Comm.* 1988, II, 330: «È valido il contratto di garanzia che consente al creditore a prima richiesta e senza eccezioni, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito in quanto l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa. È infatti possibile, in caso di pagamento ingiusto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse. La clausola, con la quale il fideiussore si impegna a soddisfare il creditore su semplice richiesta del medesimo, senza la possibilità di eccepire l'eventuale adempimento del debitore garantito, configura una valida espressione di autonomia negoziale, che assegna alla fideiussione carattere di atipicità, in deroga al principio accessorietà, ma che non fa venire meno la connessione fra il rapporto fideiussorio e quello principale, anche al fine della giurisdizione del giudice italiano, ai sensi dell'art. 4, n. 3, Codice di procedura civile, nei confronti del convenuto straniero, tenuto conto che il suddetto impegno, non potendo autorizzare il creditore a conseguire due volte la prestazione, non lo sottrae a rivalsa ove si sia già verificato l'adempimento dell'obbligazione garantita».

<sup>37</sup> Così Cass. SS.UU., 18 Febbraio 2010 n. 3947, cit. In dottrina, a commento della sopracitata pronuncia tra i numerosi contributi si veda G. BARILLA, *Le sezioni unite e il Garantiervertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa*, 2010, II, 257; D. CERINI, *Le sezioni unite sulle polizze fideiussorie: un'oc-*

Nelle motivazioni osserva la Corte che la funzione del *Garantievertrag* è quella non tanto di prestare garanzia quanto di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione dovuta dal debitore principale, che non sempre consiste in un dare ma può anche riguardare un fare infungibile. Da qui la distanza rispetto al contratto di fideiussione mediante il quale si garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui stante l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante. Pure il fideiussore assume un'obbligazione in proprio, ma si trova a pagare «con altri» e «per altri».

L'autonomia del rapporto, in caso di contratto autonomo di garanzia, non giustifica comunque l'esclusione di altre eccezioni opponibili dal debitore principale al creditore. È il caso dell'*exceptio doli generalis* ricorrente nell'ipotesi in cui si solleva un'eccezione avente ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che si ha quando questi, nell'esercizio di un diritto in sede giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute al perfezionamento del titolo da cui ha origine il diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque al solo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui<sup>38</sup>.

*casione per una riflessione*, in *Dir. econ. assic.*, 2011, 227; C. GALANTINI, *Le sezioni unite della Cassazione e le polizze fideiussorie: una decisione discutibile e inadatta al settore assicurativo*, ivi, 227; M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2010, 453; F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca, borsa*, 2010, II, 425; C. PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 904; F. ROCCHIO, *Le garanzie autonome e in particolare le polizze fideiussorie viste dalle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2010, I, 2032; F. ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grandarret delle sezioni unite tra massime ed obiter dicta*, in *Corr. giur.*, 2010, 1022; G. TRAVAGLINO, *Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltatore a garanzia delle obbligazioni verso la p.a.*, in *Corr. merito*, 2010, 516.

<sup>38</sup> Cfr. Trib. Bari, 13 ottobre 2015, in *Redazionegiuffrè*; Trib. Prato, 6 maggio 2013, in *Banca Borsa*, 2015, 397. Tra le sentenze della Cassazione più re-

Va detto che in questa ipotesi l'eccezione trova fondamento nella «condotta abusiva» del creditore, che deve essere sanzionata a prescindere dal debitore a cui è rivolta sia esso il debitore principale sia esso il garante<sup>39</sup>.

### 1.1. *Garanzie personali e garanzie del credito assicurative*

Anche rispetto alla distinzione tra fideiussione, polizza fideiussoria e assicurazione del credito occorre superare gli steccati strutturali e considerare il profilo dinamico relazionale del rapporto obbligatorio dal momento della sua costituzione al momento della sua esecuzione.

Si è in passato dato rilevanza, al fine di considerare le c.d. polizze fideiussorie o fideiussioni cauzionali un contratto di assicurazione disciplinato dagli artt. 1882 ss., al fatto che il contratto fosse stato stipulato da un'impresa assicuratrice e che il garantito pagasse un premio inteso meramente come prestazione periodica<sup>40</sup>.

centi: Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass., 11 maggio 2012, n. 7320, *ivi*, 2012.

<sup>39</sup> Si afferma pertanto che «L'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale, che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta che, ai fini dell'«exceptio doli», il garante non può limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore ma debba far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui»: così Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, *cit.* È vero che la Suprema Corte precedentemente ha affermato che «in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento della «exceptio doli» circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale»: così Cass., 11 maggio 2012, n. 7320, *cit.*

<sup>40</sup> In tal senso Cass. 29 dicembre 1970, n. 2753, in *Giust. Civ. Mass.*, 1970.

Pure rispetto a questo assunto occorre considerare che alcune connotazioni strutturali non valgono di per sé a qualificare il fenomeno.

Volendo precisare la natura di tali contratti si deve considerare che con le polizze fideiussorie o cauzionali l'impresa assicuratrice si impegna a pagare una determinata somma in caso di inadempimento del soggetto «assicurato» verso il corrispettivo di un premio rinunciando al beneficio di escussione e salvo il diritto di regresso verso l'assicurato stesso.

Il fenomeno ha trovato da tempo espressione con riferimento ai diritti doganali per il cui pagamento operano spesso polizze cauzionali mediante le quali l'impresa assicuratrice si impegna per le spese di ogni specie dovute dall'assicurato a norma di legge anche per inadempienze ed irregolarità relative alle operazioni descritte nella polizza.

Dalla stessa descrizione del contenuto del regolamento contrattuale emerge come l'impresa assicuratrice non garantisca un rischio, ma un credito<sup>41</sup>.

Altro sono le assicurazioni del credito con cui l'assicuratore garantisce il creditore-assicurato dal rischio di insolvenza dei propri debitori verso il pagamento di un premio.

Il sinistro è rappresentato dall'insolvenza del debitore da accertarsi come indicato in polizza, ad esempio a seguito di procedimento esecutivo non andato a buon fine. Gli eventi generatori del sinistro possono essere i più vari: da quelli di natura politica soprattutto in caso di debitore estero a quelli di natura commerciale.

In questo caso il soggetto assicurato è il creditore che trova garanzia per un evento futuro ed incerto causativo del sinistro.

Altro ancora sono le già ricordate *Payment Protection Insurance* ovvero le polizze solitamente abbinate ai finanziamenti di banche e

<sup>41</sup> Sul punto A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 37; M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 528 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Garanzie fideiussorie e attività assicurativa*, in *Assic.*, 1981, I, p. 502 ss.; M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. Civ.*, 1986, II, p. 138 ss.; M. SESTA, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Digesto sez. comm.*, Torino, 1995, vol. XI, p. 174 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 43 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 10 ss.

altri intermediari finanziari che hanno lo scopo di proteggere il cliente da eventi pregiudizievoli che possano limitare la sua capacità di rimborso del finanziamento. Si tratta di polizze che mirano a coprire il rischio per il cliente di non poter onorare il suo debito verso la banca. In tal modo le polizze dovrebbero non solo garantire l'istituto di credito rispetto a possibili *default* del proprio debitore, ma anche garantire il debitore dall'impossibilità di pagare il proprio debito con conseguenze dal punto di vista patrimoniale (esecuzione immobiliare sull'immobile oggetto di ipoteca in caso di mutuo ipotecario). Si pensi alla polizza vita, alla polizza per il caso della perdita di lavoro. Per quanto indirettamente tali polizze vengano a garantire interessi creditori, si tratta in realtà di polizze che coprono rischi diversi come si evince dalle basi attuariali considerate nella determinazione dell'equilibrio rischio/premio<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> In Italia il fenomeno delle polizze collegate ai mutui ha dato vita ad interventi volti ad evitare che l'assicurato si trovasse a stipulare contratti che non erano di suo interesse e che la banca offriva in conflitto di interessi con il proprio cliente (si pensi alla banca che obbliga il proprio mutuatario a stipulare una polizza vita con una compagnia di assicurazione appartenente al suo stesso gruppo).

Ivass (Autorità italiana di controllo del mercato assicurativo), all'interno del provvedimento 2946/2011, che ha introdotto il comma 1 bis dell'art. 46 del Reg. 5/2006, ha vietato alle banche e a qualsiasi istituto che eroga mutui di essere intermediari e beneficiari di una polizza assicurativa collegata ad un mutuo. L'articolo 36 bis del dl 24.1.2012, n. 1 detto «Salva Italia» considera espressamente scorretta la pratica commerciale che obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla stessa banca, istituto o intermediario che concede il mutuo. L'articolo 28 inserito nel dl del 24 gennaio 2012 sancisce inoltre che, se l'erogazione del mutuo è condizionata alla stipula di un'assicurazione sulla vita, gli intermediari sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi.

È inoltre importante, per possibile affinità di problematiche rispetto al tema più generale delle polizze collegate, ripercorrere le osservazioni da ultimo compiute da Corrado Baldinelli su «regolamentazione e autoregolamentazione. La tematica delle PPI».

Il segretario generale IVASS ha focalizzato la propria attenzione in particolare su: possibili conflitti in caso di prodotti venduti dalle Banche ai propri correntisti laddove la compagnia faccia parte del gruppo bancario o si tratti di polizze emesse dalle banche. L'attenzione in questi casi è posta sulla determinazione delle provvigioni.

Non sempre la distinzione tra polizze fideiussorie e assicurazione è però immediata e attuabile attraverso criteri astratti sulla base della rigida partizione tra polizze aventi funzione cauzionale (polizze fideiussorie), volte a coprire l'inadempimento, e polizze aventi funzione assicurativa (assicurazioni del credito), volte a garantire il creditore dal rischio di insolvenza del debitore. È possibile che si copra il rischio di insolvenza qualificando la stessa nei termini di un inadempimento prolungato nel tempo. Né è rilevante avere attenzione a chi è il soggetto pagante il premio. È anche possibile che un'assicurazione del credito veda il pagamento del premio da parte del debitore che non sarebbe il soggetto assicurato.

Sarà invece da porre attenzione sul fatto che la polizza copra le incerte vicende del credito (ad esempio diminuzione del valore dei beni sottoposti a garanzia o incapacienza del ricavato dalla loro vendita) e non importi l'assunzione dell'obbligo a pagare un debito altrui.

Ciò posto, al fine di distinguere polizze fideiussorie da assicurazioni del credito occorrerà guardare alla funzione in concreto svolta dal contratto anche avuto riguardo al fatto che il corrispettivo della garanzia rappresenti un premio in senso tecnico ovvero una presta-

È stata messa all'indice la «vendita di prodotti assicurativi fatui» ovvero non adeguati. Ad esempio una polizza che comprenda delimitazioni del rischio che finiscono per rendere i contraenti (o gli assicurati) inassicurabili in termini di rischio o che finiscono per rendere inoperativa in concreto la copertura (si pensi ad oneri di difficile attuazione e inutili, addossati all'assicurato o al beneficiario ai fini della soddisfazione del proprio credito indennitario).

L'autorità di controllo ha poi messo all'indice la vendita di una pluralità di coperture secondo un combinato standardizzato che non risponde alle esigenze del singolo contraente/assicurato.

A tali osservazioni sono seguite iniziative, apprezzate dall'Authority, di autoregolamentazione con protocolli di intesa sottoscritti da soggetti portatori di interessi confliggenti.

Più recentemente, nella propria lettera al mercato del 26 agosto 2015, IVASS ha individuato le seguenti criticità in caso di polizze abbinate a contratti di finanziamento:

1. contratti assicurativi caratterizzati da esclusioni, limitazioni e carenze tali da ridurre significativamente la portata delle garanzie;
2. modalità di offerta dei contratti non sempre improntate a canoni di trasparenza e correttezza;
3. costi che potrebbero essere eccessivi e poco giustificati.

zione proporzionata, secondo basi attuariali, all'entità di un rischio incombente in capo all'assicurato (il creditore) ovvero il rischio di insolvenza del debitore.

Non riteniamo, invece, che possano avere rilevanza le condizioni che comportano l'inserimento del contratto nel ramo crediti o viceversa nel ramo cauzioni. Si tratta infatti di elementi relativi al momento della vigilanza non decisivi ai fini della qualificazione del contratto<sup>43</sup>.

Per qualificare il negozio in termini di contratto di assicurazione occorrerà insomma porre attenzione al fatto che ci si trovi in presenza di un contratto con cui un'impresa di assicurazione assume un rischio altrui verso il pagamento di un premio (ex art. 1882 c.c.). L'obbligazione dell'assicuratore sarà quindi solo eventuale, ove l'evento coperto si realizzi, e l'assicurato sarà tenuto a pagare un premio di entità notevolmente ridotta rispetto all'indennizzo che eventualmente l'assicuratore dovrà corrispondergli. Alla base di un simile costruito negoziale vi è una certa operazione economica che giustifica la rilevanza ai fini qualificatori della presenza della obbligazione di: trasferimento del rischio e pagamento del premio inteso come valore attuale della speranza matematica della prestazione aleatoria futura dell'assicuratore<sup>44</sup>.

Da qui ancora la rilevanza della determinazione del premio in ragione del rischio ai fini della qualificazione del contratto in termini di contratto di assicurazione e la rilevanza di operazioni di discriminazione del rischio alla base della formazione del contratto.

In ciò andrebbe rinvenuta la distanza tra polizze fideiussorie e contratti di assicurazione del credito, che rispondono funzionalmente alle suddette esigenze di trasferimento del rischio verso il corrispettivo di un premio.

Simili orientamenti sembrano essere stati fatti propri dalla Cassazione in una recente pronuncia con riferimento all'applicabilità alle prime delle norme in materia di effetti, sulle polizze, della dichiarazione di liquidazione.

<sup>43</sup> Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 168.

<sup>44</sup> Cfr. A. CAPIELLO, *Lineamenti normativi ed economici delle imprese assicurative*, Milano, 2003, p. 253.

La fluidità dei fenomeni evidenzia comunque la comunicazione tra i diversi ambiti del mercato finanziario assicurativo, bancario e finanziario.

La disciplina di riferimento era l'art. 83 del dpr 13.2.1959 n. 449 ove si prevedeva che «Salvo disdetta da parte degli assicurati, i contratti di assicurazione in corso continuano a coprire i rischi fino a sessanta giorni dopo la pubblicazione del decreto di liquidazione nella *Gazzetta Ufficiale*. Gli aventi diritto a capitali assicurati o ad indennizzi per polizze scadute o sinistrate concorrono al riparto dell'attivo secondo le norme dell'articolo successivo.» Tale norma è stata abrogata dall'art. 354 del codice delle assicurazioni private (dlgs 209/2005).

Il vigente art. 169 del codice delle assicurazioni private intitolato «Effetti della liquidazione coatta di imprese di assicurazione» prevede che ad integrazione di quanto sancito dall'articolo 1902, secondo comma c.c., i contratti di assicurazione in corso di esecuzione alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del provvedimento di liquidazione, ad eccezione di quelli di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, continuano a coprire i rischi fino al sessantesimo giorno successivo. Gli assicurati hanno facoltà di recesso, dopo la pubblicazione del provvedimento di liquidazione

Sulla questione parte della giurisprudenza ha concluso nel senso che le polizze fideiussorie emesse *in bonis*, fanno parte dell'esercizio di attività assicurativa, sicché nel caso di specie deve trovare applicazione la disciplina sopra richiamata, in quanto anche la polizza fideiussoria è un contratto di assicurazione, pur con la peculiare natura di negozio autonomo di garanzia<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> «La polizza fideiussoria è un contratto di assicurazione, pur con la peculiare natura di negozio autonomo di garanzia (Nella specie, ritenuto applicabile l'art. 83 d.P.R. 449/1959 – la cui funzione va individuata con riferimento al dissolvimento del sinallagma contrattuale, che consegue alla sottoposizione dell'assicurazione a liquidazione coatta amministrativa e non alla specifica natura delle polizze sottoscritte e quindi dei rischi garantiti –, la Corte ha dichiarato coperti dalla norma stessa i rischi assicurati)»: così C. App. Roma 11 febbraio 2013, Redazione Giuffrè 2013.

La giurisprudenza di legittimità successiva enuncia il seguente principio di diritto: la disciplina dei contratti di assicurazione dell'impresa in caso di liqui-

Ne segue che l'impresa di assicurazione non è obbligata alla prestazione indennitaria per i sinistri avvenuti dopo il termine di copertura indicato nelle discipline sopra riportate.

In vero tali disposizioni risultano strettamente legate al concetto di rischio assicurativo, che è assente nel caso di polizze fideiussorie come detto. Per esse potrà aversi un rischio creditizio, ma la prestazione dell'impresa assicuratrice non dipende dal verificarsi di un evento futuro ed incerto. In caso di polizze fideiussorie l'assicuratore ha assunto invece un impegno attuale a pagare per conto del debitore, a prima richiesta del creditore, salva surroga o diritto di regresso<sup>46</sup>.

Osserva la Corte di Cassazione che «In particolare, con riguardo alle differenze tra polizza fideiussoria e contratto di assicurazione, occorre evidenziare che, pur quando prestata da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza si differenzia da quella del contratto di assicurazione: essa non è la copertura di un rischio, la quale mantiene un aspetto marginale, ma quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche se l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile. Inoltre, la modifica del rischio assunto è rilevante nel contratto di assicurazione tipico, ma non nell'assicurazione fideiussoria, che ha come causa non il rischio assunto dal primo fideiussore, ma la garanzia dell'adempimento del debitore principale. Né, in presenza di polizza fideiussoria, è possibile parlare di sinistro assicurativo in senso tecnico o di evento aleatorio tipico dell'assicurazione, giacché l'obbligazione diventa esigibile non già in dipendenza dell'oggettiva realizzazione del sinistro, ma in forza dell'esercizio del diritto potestativo riconosciuto al creditore garantito. A ciò si aggiunga che la circostanza secondo cui il garante, una volta adempiuto il proprio impegno, ha azione di regresso o di surroga non è compatibile con il

dazione coatta assicurativa «non si applica alla polizza fideiussoria, differenziandosi quest'ultima dai primi sia sotto il profilo funzionale, in quanto diretta non tanto alla copertura di un rischio ma specialmente a garantire al beneficiario l'adempimento degli obblighi assunti dal contraente, sia come disciplina, attesa l'irrelevanza delle modifiche del rischio assunto e l'esperibilità dell'azione di regresso»: così Cass., 10 Marzo 2015, n. 4751, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015.

<sup>46</sup> Così Cass., 10 Marzo 2015, n. 4751, cit.

modello assicurativo, ove il pagamento dell'indennità da parte del terzo trova la propria giustificazione nella sopportazione di un rischio e nel pagamento del premio da parte dell'assicurato. Infine, posto l'art. 1938 c.c., il contratto con cui si garantisce la reintegrazione dei danni derivanti dall'inadempimento può essere ancora ricondotto alla fideiussione, sotto il profilo della garanzia dell'obbligazione futura ed eventuale di risarcimento dei danni».

Da questa disamina pare emergere come la giurisprudenza abbia trovato una corretta via nella fuga da indagini tipologiche, volte a ricondurre i fenomeni della prassi negoziale nelle caselle dei tipi legali anche attraverso la categoria del negozio misto, preferendo un'indagine che guarda al complesso delle pattuizioni nel caso concreto secondo una prospettiva dinamico-procedimentale del rapporto obbligatorio<sup>47</sup>.

Emerge anche una forte commistione tra mercato creditizio (finanziamenti e fideiussioni) e prodotti assicurativi a differenti livelli.

Come già più volte evidenziato in ambito agricolo il rischio creditizio (insolvenza dell'agricoltore finanziato) viene a correlarsi a rischi idrogeologici e climatici che impattano sui beni produttivi e quindi anche sulla capacità solutoria del debitore finanziato.

A questo profilo si collega anche la rilevanza nei modelli proposti dei c.d. geodata sia nella valutazione dell'esposizione al rischio da calamità naturali assicurato sia nella valutazione del merito creditizio ai fini della concessione del prestito e/o della garanzia.

Infine l'assicurazione del credito all'agricoltura diventa parte del processo di concessione del finanziamento nel momento in cui l'assicuratore interviene nel *credit management process* in una prospettiva di massimizzazione *cash flow* (flusso di cassa ovvero differenza tra entrate e uscite) e della *profitability* (profitto relativo all'ammontere di un investimento).

L'ambito del credito in agricoltura rappresenta quindi un punto di osservazione privilegiato per chi voglia indagare sulla comunicazione tra i differenti ambiti del mercato finanziario (bancario, assi-

<sup>47</sup> V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 433.

curativo, finanziario) che trovano una stella polare nella tutela del risparmio di cui all'art. 47 della Carta Costituzionale<sup>48</sup>.

Non vi è dubbio che la relazione con il risparmio nei tre ambiti presenti delle differenze che la dottrina tende a ridurre in una prospettiva che nella complessità postmoderna diventa di particolare attualità<sup>49</sup>.

La prima, anche storicamente, attività di intermediazione finanziaria è stata quella creditizia, svolta in modo prevalente dalle banche, che raccolgono risparmi tra i clienti con l'obbligo di rimborso.

L'intermediazione finanziaria in senso stretto comprende tutte le attività non creditizie e non assicurative ordinate alla raccolta di risparmi di massa e all'investimento degli stessi in prodotti finanziari scambiati in mercati regolamentati, ma anche al di fuori di questi.

Anche l'attività assicurativa può essere considerata un momento di raccolta del risparmio, in quanto ha rappresentato nel tempo un canale in cui confluivano liquidità eccedenti di imprese e famiglie verso la prestazione di servizi assicurativi.

La separazione tra tali ambiti, che ancora è visibile nella partizione tra gli organi deputati al controllo dei differenti settori (Banca d'Italia, Consob, Ivass), risulta di fatto e di diritto superata nel contesto nazionale e in quello internazionale da un'evoluzione fondata su un processo di globalizzazione che ha portato ad una comunicazione e integrazione tra le diverse attività finanziarie ormai solitamente svolte da conglomerati finanziari internazionali che condividono le medesime reti per produrre e distribuire i differenti servizi: bancari, assicurativi e finanziari in senso stretto.

<sup>48</sup> Sulla funzione sociale del mutuo si veda in particolare M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *I contratti Bancari* a cura di E. Capobianco, Torino, 2017, pp. 845-846; G. FAUCEGLIA, *art. 1813, Dei singoli contratti* a cura di D. Valentino, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 119 ss.; P. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. di diritto civile del consiglio notarile*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 8 ss.

<sup>49</sup> Vedi S. AMOROSINO, *Principi «costituzionali». Poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2014, p. 8 ss.

## 2. Credito Agricolo e mutuo fondiario

Il mutuo fondiario è solitamente assistito da ipoteca sull'immobile che si va ad acquistare con il finanziamento concesso, si tratta quindi di un mutuo finalizzato in quanto il finanziamento in virtù del collegamento con il contratto costitutivo dell'ipoteca viene ad essere indirizzato inequivocabilmente all'acquisto dell'immobile su cui grava la stessa ipoteca<sup>50</sup>. In questo caso quindi la finalità del finanziamento non è indicata nel contratto ma si ricava dal vincolo ipotecario. La conseguenza, secondo la nostra giurisprudenza, è che si avrà «nullità» del contratto di mutuo se il cliente mutando idea investe il denaro ricevuto in mutuo nell'acquisto di un diverso immobile<sup>51</sup>. Una prima riflessione merita l'uso del termine nullità. Se si ritiene che il vincolo di destinazione sia parte del regolamento contrattuale e che sia parte della prestazione del mutuatario, la mancata destinazione delle somme ricevute in merito alla finalità prevista sarà valutabile, come detto, piuttosto in termini di inadempimento contrattuale.

Un simile orientamento deve essere riletto alla luce dell'economia del contratto<sup>52</sup>, per come prefigurata dalle parti contraenti con riferi-

<sup>50</sup> L'ipoteca trova un limite nei vincoli di indisponibilità che mirano a conservare la potenzialità economica del fondo nella propria unitarietà. Di conseguenze non sarebbe ammessa neppure la ipoteca parziale che porterebbe ad un possibile esproprio parziale. Si veda sul punto G. PETTERUTTI e D. PODETTI, *Problematiche concernenti i trasferimenti immobiliari nel settore agricolo*, in *fondazione-notariato.it*.

<sup>51</sup> In tal senso in giurisprudenza si afferma che: «Il mutuo di scopo è connotato dall'obbligo del mutuatario di realizzare l'attività programmata, perciò la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi voluto dalle parti. La presenza della clausola di destinazione comporta, quindi, che, qualora non sia poi realizzato il progetto il contratto è nullo»: Cass., 9 febbraio 2015, n. 2409, in *Diritto & Giustizia* 2015, 10 febbraio.

<sup>52</sup> Col termine si fa riferimento a quell'insieme di interessi, sottesi ad una data operazione, che le parti hanno ritenuto di condividere nelle regole che si sono date. S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, p. 25 sottolinea attraverso un'attenta indagine sulla giurisprudenza francese «une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention, protège les intérêts très concrets attendus par les parties».

Il termine è mutuato dalla «économie du contrat» di cui parlava Henry Ca-

mento ai finanziamenti all'agricoltura. Occorrerà ad esempio valutare se la finalizzazione del finanziamento risponda a requisiti di legge per le agevolazioni perché come visto in questo caso il diverso impiego farà venir meno le agevolazioni stesse mutando le condizioni di erogazione del finanziamento. Occorrerà valutare se la diversa finalizzazione incida in maniera rilevante sulle garanzie offerte al mutuante e quindi sull'equilibrio economico contrattuale. Non si avrà allora risoluzione del mutuo, in caso di acquisto di un bene diverso da quello oggetto di ipoteca, ove il mutuatario offra una modifica del bene oggetto di garanzia provvedendo alla sostituzione del bene concesso in ipoteca sempre che il nuovo immobile abbia valore pari o maggiore rispetto a quello inizialmente ipotecato.

Si avrebbe in questo caso una esecuzione difforme, ma non così grave da poter far ritenere presente il requisito di cui all'art. 1455 ai fini della risoluzione del contratto<sup>53</sup>.

## 2.1. *Mutuo fondiario e surrogazione*

Le dinamiche del mutuo fondiario in genere sono accompagnate a surrogazione del mutuante nella posizione del creditore venditore del fondo o di altri beni funzionali all'esercizio dell'impresa agricola.

L'ipotesi della surrogazione per volontà del debitore è disciplinata all'art. 1202 ove si prevede che il debitore, mutuatario di una somma di danaro o di altra cosa fungibile, onde pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di quest'ultimo. In tal caso gli effetti della surrogazione si determinano al verificarsi delle seguenti condizioni: 1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa; 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;

pitant a inizio '900, termine ancora presente nella giurisprudenza francese. La Cassazione in Francia con la sentenza 6 luglio 1996 in *R.T.Civ.*, 1996, 901 ha affermato che «l'esecuzione del contratto deve essere conforme all'economia voluta dalle parti» ispirandosi all'idea di causa voluta da H. CAPITANT, *La causa des obligations*, Paris, 1923, p. 31. Ancora, sempre con riferimento alla giurisprudenza francese, la Cassazione con sentenza 3 gennaio 1996, in *R.T.Civ.* 1997, 901 ha identificato la legge che lega le parti con l'economia del contratto.

<sup>53</sup> V. *supra* cap. 1 nota 41.

3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. L'inserimento di una simile dichiarazione nella quietanza è obbligatorio per il creditore dal momento e per effetto della richiesta del debitore.

Si nota quindi come la surrogazione per volontà del debitore risulti essere l'effetto di due atti tra loro collegati: il contratto di mutuo e il pagamento. Il collegamento risulta dal fatto che il mutuo dev'essere stipulato al fine specifico di effettuare il pagamento e nella quietanza di quest'ultimo dev'essere menzionato il primo.

L'operazione parrebbe mancare di utilità in quanto si tratta nella sostanza della creazione di un nuovo vincolo obbligatorio finalizzato ad estinguere il debito che trovava la sua fonte in un precedente rapporto obbligatorio. Si nota però come, sin dalle origini dell'istituto, questo si prestava ad essere uno strumento attraverso cui consentire al debitore di ottenere la liquidità necessaria a far fronte al proprio debito a condizioni di mercato vantaggiose (dilazioni di pagamento, interessi ridotti, ecc.). Dal lato del finanziatore l'interesse al compimento di una simile operazione consisterebbe nel subentro nelle garanzie del credito originario<sup>54</sup>. Da qui il collegamento con il mutuo ipotecario.

L'argomento ci spinge a considerare un problema evidenziato dalla dottrina con riferimento alla ricostruzione del fenomeno circa la coesistenza o meno del credito originario e del credito del mutuante.

La dottrina si è infatti chiesta se il mutuante conservi il credito alla restituzione della somma o dei beni dati in mutuo oppure se tale credito si estingua a seguito della surrogazione.

Alcuni sostengono che, avvenuta la surrogazione, il credito del mutuante si estingua. In capo al mutuatario non sorgerebbe solo l'obbligo alla restituzione, ma pure quello di impiegare la somma per la specifica finalità di estinguere il debito originario. Mediante tale pa-

<sup>54</sup> In merito alla surrogazione per volontà del debitore la dottrina nota come si tratti di un istituto desueto, le cui origini sarebbero da ricondurre ad un editto di Enrico IV del 1609 ove si prevedeva la possibilità di estinguere il debito originario prendendo a prestito la somma occorrente a condizioni di mercato più favorevoli con surrogazione del finanziatore nei diritti dei creditori originari. Sul punto si veda F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 668.

gamento il debitore permette al mutuante di acquistare la titolarità del credito originario che gli consente di recuperare la somma o i beni consegnati oggetto dell'obbligazione restitutoria *ex mutuo*. Si avrebbe, secondo questa dottrina, un adempimento indiretto all'obbligo di restituzione e, quindi, estinzione del credito del mutuante. Nel caso in cui il debitore non impieghi la somma datagli in mutuo per il pagamento del creditore originario con surrogazione del mutuante, quest'ultimo conserva il credito alla restituzione in base al contratto di mutuo<sup>55</sup>.

Ove si sostenga la tesi dell'estinzione del credito del mutuante con conservazione del credito originario, occorrerà interrogarsi sul decorso del termine prescrizione di questo. Quanto all'eccezione di prescrizione del credito, sul punto si rileva che, essendo il pagamento effettuato dal debitore medesimo, anche se con somme provenienti dal creditore surrogato, deve ritenersi interrotto il termine di prescrizione del credito originario<sup>56</sup>.

Ne segue che il mutante (creditore surrogato) avrà diritto ad agire nei confronti del debitore in via di surroga per il termine prescrizione del credito originario che inizierà a decorrere *ex novo* dal momento del pagamento effettuato a favore del creditore iniziale.

Altri, per contro, parlano di estinzione del credito originario per effetto del pagamento con conservazione delle sole garanzie in cui subentrerebbe il mutuante il quale conserverebbe il credito alla restituzione *ex mutuo*<sup>57</sup>.

La dottrina muovendo da una concezione statica del rapporto obbligatorio ritiene difficile ammettere che sopravvivano le garanzie laddove si sia estinto il credito originario cui le stesse erano collegate<sup>58</sup>.

Al riguardo si può affermare come altro sia l'estinzione del rapporto, cui conseguirebbe l'estinzione del credito nonché delle garanzie accessorie, altro sia l'estinzione del credito cui non necessaria-

<sup>55</sup> Così B. CARPINO, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>56</sup> Cfr. B. CARPINO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>57</sup> Sul punto G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, 1927, p. 216 dalle cui parole B. CARPINO, *op. cit.*, p. 61 deduce che si dà per scontata la sopravvivenza del credito del mutuante.

<sup>58</sup> Per questa critica si veda B. CARPINO, *op. cit.*, p. 62.

mente deve conseguire l'estinzione delle garanzie che accedono in realtà al rapporto.

Osserva peraltro la dottrina, in una prospettiva dinamica del rapporto obbligatorio<sup>59</sup>, che questo non significa che passino sempre e solo le garanzie stante la coincidenza economica del credito originario rispetto al credito derivante dal mutuo. Significa soltanto che il mutuante può essere anche surrogato nelle sole garanzie con estinzione del credito originario. Si precisa infatti che, se il debitore ha ottenuto termini di pagamento più vantaggiosi di quelli contenuti nel debito originario, non si vede perché dovrebbe continuare ad essere obbligato verso il mutuante nei termini previsti nel credito originario. D'altra parte non si può neppure concludere che si estingua sempre il credito originario. Si osserva infatti come una volta avvenuta la sostituzione del creditore, l'obbligazione può anche mutare contenuto e oggetto in conformità con quanto statuito tra debitore originario e creditore mutuante. Potrebbe infatti essere pattuito il subentro del terzo nel vecchio credito con estinzione del credito *ex mutuo*<sup>60</sup>.

Il problema teorico relativo alla estinzione o meno del credito originario e/o del credito *ex mutuo* trova solitamente soluzione nella espressione dell'autonomia delle parti. È infatti possibile che la parte

<sup>59</sup> V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 433 il quale altresì nota come «all'attenzione del giurista non si presenta più una obbligazione unitaria, ma una pluralità di obbligazioni. L'obbligazione è unitaria sotto il profilo strutturale, ma quando si sposta l'angolo visuale ai diversi titoli e alle molteplici clausole si evidenzia una pluralità di obbligazioni sotto il profilo della disciplina».

<sup>60</sup> Così F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 670-671. Osserva al riguardo Cass., 25 marzo 2009, n. 7217, cit. «In tema di pagamento con surrogazione per volontà del debitore in una obbligazione solidale, l'avvenuta sostituzione del creditore originario con il creditore surrogato per effetto del pagamento effettuato da uno dei condebitori solidali non muta la posizione degli altri condebitori solidali, ai quali il surrogato può chiedere il pagamento dell'intero, in quanto la surrogazione determina la successione nel lato attivo dell'obbligazione solidale, attesa l'unicità dell'obbligazione, indipendentemente dalla configurabilità di distinti rapporti tra i singoli condebitori ed il creditore, i quali rilevano esclusivamente nei rapporti interni tra coobbligati, e possono dar luogo ad diritto di regresso (art. 1299 c.c.) ed alla surrogazione legale (art. 1203, comma 1, n. 3 c.c.) a vantaggio del condebitore escusso dal surrogato».

mutuataria dia mandato alla mutuante di versare la somma dovuta da essa parte debitrice nelle mani del creditore originario ai fini dell'estinzione del relativo credito.

In merito alle sorti del rapporto originario, le parti possono optare per la sua estinzione con conservazione delle garanzie. In tal caso le parti daranno espressamente atto che il rapporto originario si è anticipatamente ed integralmente estinto con tutti i suoi diritti, azioni e accessori. Quanto alle garanzie accessorie al credito originario si può prevedere che, allo scopo di restituire la somma mutuata, nonché il pagamento degli interessi, accessori ecc., la parte mutuataria consente alla parte mutuante di surrogarsi nelle garanzie suddette. In alcuni casi, al fine di rafforzare tale facoltà del mutuante, si prevede che, ove non sia possibile la effettiva surrogazione nelle garanzie (si pensi alla mancata annotazione di surroga, alla garanzia ipotecaria che risulta non prima in grado, ecc.), l'intero contratto di mutuo debba dirsi risolto.

Per quanto riguarda la struttura della surrogazione di cui all'art. 1202 si evidenziano quattro atti: quello in cui è manifestata l'intenzione del debitore di surrogare il mutuante nei diritti del creditore originario, il contratto di mutuo, il pagamento e la quietanza.

Riguardo al mutuo e alla quietanza la norma detta specifiche disposizioni con riferimento al loro contenuto: il mutuo e la quietanza devono riportare una data certa; nell'atto di mutuo deve essere indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata e nella quietanza deve essere data menzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento.

La dottrina si è interrogata sull'inquadramento giuridico di un simile formalismo negando che possa trattarsi di documentalità riconducibili al requisito della forma *ad substantiam*<sup>61</sup>, per cui la loro man-

<sup>61</sup> Si precisa in particolare che «per l'accordo surrogatorio non sono previsti vincoli di forma scritta, e tuttavia vi sono altri requisiti, volti ad assicurare la certezza circa l'operazione ed i suoi contenuti, attraverso i quali la scrittura si appalesa come elemento praticamente immancabile: la data certa del mutuo e della quietanza; la dichiarazione nella quietanza circa la provenienza delle somme. Ed inoltre tali requisiti possono, essi medesimi, ascrivere ad un ampio concetto di formalismo negoziale»: così F. VENOSTA, *op.cit.*, p. 674. In senso analogo A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, p. 1534.

canza non darebbe luogo a nullità per difetto di forma per la validità. Si rileva peraltro come il fatto che la norma richieda l'indicazione espressa della data e delle altre menzioni, non importa che sia necessaria la forma scritta. La richiesta di tali indicazioni documentali sarebbe solo al fine di escludere la rilevanza di comportamenti concludenti<sup>62</sup>.

L'individuazione della data potrà essere utile in caso di conflitto tra una pluralità di mutuanti ove si aderisca alla tesi che applica la regola *prior temporis potior iure* in caso di conflitto tra potenziali creditori surrogati<sup>63</sup>. L'indicazione della provenienza delle somme servirà al fine di identificare il soggetto che ha facoltà di surroga. Infine l'indicazione della destinazione della somma di denaro servirà ad identificare, in caso di pluralità di debiti a carico del medesimo soggetto, quale debito viene estinto con surrogazione tramite il mutuo stipulato.

Rispetto al contratto di mutuo si prevede inoltre che in esso debba esservi espressa menzione della specifica destinazione della somma data in mutuo. La dottrina maggioritaria, in linea con quanto sopra-detto in merito alla natura dell'atto di surrogazione, rileva come tale indicazione risulti essere espressione di un accordo surrogatorio che troverà attuazione negli altri due atti di cui si compone la fattispecie ex art. 1202: il pagamento e la quietanza<sup>64</sup>.

Movendo dall'idea che la surrogazione trova il proprio presupposto in un accordo concluso con il terzo dal medesimo debitore si arriva a mettere in discussione il principio affermato, con riferimento alla surrogazione per volontà del creditore, in base al quale le eccezioni già spettanti al debitore verso il creditore originario sono opponibili al nuovo creditore. Se è vero che in questo caso la surrogazione avviene sulla base di un accordo tra il terzo e il debitore sembra difficile sostenere che qui operi il principio espresso nell'art. 1201<sup>65</sup>,

<sup>62</sup> Così B. CARPINO, *op. cit.*, p. 63.

<sup>63</sup> V. *supra* nota 61.

<sup>64</sup> Così F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 673; A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, p. 1533. Parte della dottrina per contro non ritiene necessaria tale dichiarazione. Cfr. B. CARPINO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>65</sup> La fattispecie della surroga per volontà del creditore è descritta nell'art. 1201 ove si prevede la compresenza dei seguenti elementi: il pagamento fatto da un terzo, la dichiarazione del creditore di surrogare il terzo nei propri diritti.

per cui il debitore non può essere penalizzato dal procedimento surrogatorio.

L'opponibilità delle eccezioni al nuovo creditore trova un limite nelle norme che proteggono il terzo acquirente dalla caducazione del titolo in base al quale il suo dante causa ha acquisito il diritto di credito. Saranno pertanto non opponibili al terzo in buona fede le eccezioni fondate sull'annullamento per causa non dipendente da incapacità legale, sulla rescissione e sulla risoluzione del contratto originario.

Anche l'aspetto dell'opponibilità al mutuante delle eccezioni fondate sul rapporto originario è di norma disciplinato in via convenzionale con la previsione che la parte debitrice e la parte creditrice danno espressamente atto che il rapporto originario è anticipatamente ed integralmente estinto per cui entrambe rinunciano ad opporre alla parte mutuante ogni eventuale eccezione relativa al mutuo originario. In altri casi si ha un atto unilaterale di rinuncia da parte del mutuatario ad opporre alla parte creditrice qualsiasi eccezione in ragione del rapporto originario.

Altro atto costitutivo dell'intera operazione, in base al contenuto di cui all'art. 1202 parrebbe essere la quietanza contenente la riproduzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma utilizzata per il pagamento anch'esso indicato nella norma *de qua* come momento essenziale della surrogazione per volontà del debitore.

La quietanza viene di norma considerata come un atto puramente dichiarativo in quanto si esaurisce in una mera attestazione di aver ricevuto il pagamento.

La dottrina afferma pertanto che la stessa non può avere valore costitutivo della fattispecie essendo essa un atto puramente ricognitivo di un fatto già verificatosi<sup>66</sup>.

La norma sancisce infatti il diritto del creditore di surrogare il terzo, ricevendo il pagamento di questi, attraverso un atto di surrogazione espresso e contemporaneo al pagamento stesso. Si indicano così i presupposti dell'atto di surrogazione da parte del creditore, ovvero il pagamento del terzo, gli effetti dello stesso e le modalità con cui deve essere eseguito.

Primario implicito fondamento della surrogazione rimane l'esistenza di un rapporto obbligatorio non ancora eseguito. Cfr. B. CARPINO, *op. loc. cit.*

<sup>66</sup> Cfr. B. CARPINO, *op. cit.*, p. 65.

Lo stesso potrebbe dirsi con riferimento al pagamento che rappresenta un atto dovuto in base ad un vincolo costituito in precedenza.

Va detto però che, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 1202, il pagamento avrebbe un valore costitutivo in quanto importa il raggiungimento dello scopo cui il mutuo è destinato. La mancanza del pagamento renderebbe inattuabile il processo surrogatorio.

Con riferimento alla quietanza, essa ha come detto, di norma, un valore probatorio rappresentando una dichiarazione meramente confessoria avente ad oggetto la ricezione del pagamento. Il fatto che ad essa si aggiunga una dichiarazione riproduttiva di un fatto relativo alla provenienza delle somme, non dovrebbe cambiare il valore di tale dichiarazione.

La quietanza e la dichiarazione sulla provenienza delle somme sembrano avere, ai fini della surrogazione di cui all'art. 1202, valore probatorio del perfezionamento della fattispecie attuato con il pagamento cui era ordinato il contratto di mutuo. La dichiarazione servirebbe però anche ad individuare il mutuante surrogato e dovrà essere contenuta nell'atto di quietanza<sup>67</sup>.

L'eventuale rifiuto del creditore di rilasciare quietanza o di inserire detta dichiarazione darà luogo a responsabilità del creditore per violazione degli obblighi nascenti dal rapporto<sup>68</sup>. L'art. 1202 sancisce infatti, con riferimento alla dichiarazione sulla provenienza della somma impiegata per il pagamento, che «sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione».

<sup>67</sup> F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 675.

<sup>68</sup> La quietanza, può essere di diritto pretesa dal debitore all'atto del pagamento, tantoché egli si può rifiutare di adempiere in caso contrario (C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 328-330; U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 574.). Il diritto alla quietanza è infatti espressamente riconosciuto dall'art. 1199 c.c. L'eventuale rifiuto sarà valutato alla stregua del principio di correttezza (art. 1175, nn. 1-4, c.c.) e potrà essere ritenuto giustificato in casi limite come nell'ipotesi di pagamento talmente inferiore al dovuto che sarebbe assurdo pretendere anche la quietanza. Tuttavia il rilascio della quietanza è subordinato sia al pagamento che alla richiesta e all'anticipazione delle spese per la medesima al creditore (art. 1199, co. 1, c.c.). La quietanza non è comunque un onere per il debitore che avrà facoltà di provare il pagamento con ogni mezzo. Sul punto C. GRANELLI, *La quietanza*, in *Studium Juris*, 1999, p. 132 ss.

Alla luce di tali considerazioni andrebbe letta la dizione contenuta nell'art. 1202: «la surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni» ovvero 1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa; 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata; 3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento.

### 3. *La circolazione delle garanzie*

La rilevanza delle garanzie nel credito agricolo quale strumento di accesso al credito offre la possibilità di approfondire il tema della circolazione delle garanzie<sup>69</sup>.

Con il termine circolazione delle garanzie ci riferiamo a differenti fenomeni caratterizzati dal mutamento della persona che può avvantaggiarsi della garanzia nella escussione del proprio credito come originariamente costituita dal debitore a favore del creditore originario<sup>70</sup>.

Per quanto i fenomeni presentino notevoli distanze la loro disamina ci consente di proporre soluzioni a problemi emergenti in ambito creditizio e in particolare negli ambiti creditizi, come quello del credito all'agricoltura, in cui il credito è solitamente, spesso necessariamente, assistito da garanzie: il problema della mobilità del finanziamento, intesa come possibilità per il finanziato di trovare condi-

<sup>69</sup> Come detto gli eco-contributi e gli incentivi pubblici come i contributi AGEA richiedono spesso la stipulazione di una fideiussione.

Questa garanzia è disciplinata dai regolamenti I Reg. (CEE) n. 2220/85 del 22/07/1985 e viene richiesta all'impresa aggiudicataria del contributo per garantire all'ente il rimborso dei fondi emessi qualora l'azienda non porti a compimento il progetto per cui ha ricevuto denaro.

AGEA con la polizza fideiussoria si garantisce contro possibili usi impropri rispetto alla destinazione iniziale per cui sono stati rilasciati. Ora scopriamo cosa succede se il contraente non riesce a rimborsare quanto dovuto all'AGEA. Scendiamo nei dettagli.

<sup>70</sup> Il tema si lega ai rapporti tra credito e garanzia reale e alla accessorietà dell'ipoteca rispetto al diritto di credito su cui recentemente A. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Bologna, 2017, p. 18.

zioni di finanziamento più favorevoli e sostituire il precedente finanziatore con un altro con portabilità delle garanzie; il problema della cessione di NPL (*not performing loans* ovvero crediti non performanti) del garante in quanto titolare di una posizione collegata a quella del creditore principale.

### 3.1. *Surroga e circolazione delle garanzie*

La fattispecie di cui all'art. 1202 ruota intorno al contratto di mutuo. Si prevede, infatti, che nel caso in cui il debitore prenda a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile, al fine di estinguere un debito pregresso, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di quest'ultimo purché il mutuo abbia data certa e presenti la espressa indicazione della specifica destinazione della somma mutuata.

La dottrina sottolinea la necessità che sia indicato esattamente il debito in vista del quale è concesso il prestito, per cui una generica destinazione della somma al fine di estinguere il debito originario non potrebbe integrare la fattispecie surrogatoria di cui all'art. 1202.

La norma in esame richiama un'ipotesi configurabile nei termini di un mutuo di scopo essendo previsto che, ai fini dell'effetto surrogatorio, la somma o i beni fungibili consegnati dal mutuante devono essere corrisposti per estinguere il debito pregresso<sup>71</sup>.

La figura del mutuo di scopo non trova un'espressa definizione e disciplina da parte del legislatore ad eccezione di alcune norme speciali in materia di credito agevolato. La dottrina, nel tentativo di ordinare la copiosa normativa in materia di credito agevolato e speciale, lo definisce come quel contratto in cui «una parte appresta all'altra i mezzi finanziari per il raggiungimento di uno scopo, legislativamente o pattiziamente previsto, e quest'ultima è obbligata a restituire la somma ricevuta ed a svolgere l'attività concordata secondo i tempi e le modalità prestabiliti»<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> V. *supra* cap. 1 par. 5.

<sup>72</sup> Così M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa*, 1961, I, p. 471; R. CLARIZIA, *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1982, III, p. 756. Si veda altresì R. TETI, *I mutui di scopo*, in *Tratt. Rescigno*, XII, 2, Torino, 2007;

In senso analogo si muovono le definizioni giurisprudenziali in base alle quali i contratti di mutuo di scopo o di destinazione, ovvero preordinati per legge o per volontà delle parti al perseguimento di determinate finalità, si distinguono dai negozi di mutuo ordinari: per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale; sotto il profilo strutturale perché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo l'attività in concreto programmata; e sotto il profilo causale, «giacché nel sinallagma contrattuale quest'ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma, con la conseguenza la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del denaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse (pubblico nel mutuo di scopo) di conseguire la finalità stabilita<sup>73</sup>.

S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico delle imprese*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, p. 655; ID., voce *Mutuo di scopo*, *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1995; M. CAPECCHI, *La qualificazione giuridica del mutuo di scopo*, in *Contratto e impresa*, 1997, II, p. 539; G. FAUCEGLIA, *Il mutuo di scopo*, in *Contratti di impresa*, a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 1993; G. COLLURA, *Finanziamento agevolato e mutuo di scopo*, Milano, 1986; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985.

<sup>73</sup> Così Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro It.*, 1982, I, 1687, con nota di L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*. Dall'altra, Cass., 20 gennaio 1994 n. 474 in *Vita not.*, 1994, I, 1169 con nota di S. DI BLASI, *Collegamento negoziale e mutuo di scopo*, ha affrontato il tema del collegamento negoziale in tale contesto.

Secondo la nostra giurisprudenza il mutuo di scopo sarebbe preordinato alla realizzazione di una finalità convenzionale necessaria, e tale quindi da contrassegnare la funzione del negozio, consistente nel procurare al mutuatario mezzi economici destinati a utilizzazione vincolata (Cass., 21 dicembre 1990 n. 12123, in *Mass. Foro it.*, 1991). Esso si caratterizza per il fatto che una somma di danaro viene consegnata al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità la quale viene espressamente inserita nel sinallagma contrattuale (Cass., 12 aprile 1988 n. 2876 in *Mass. Foro it.*, 1988). Il mutuo di scopo si differenzia dallo schema tipico del contratto di mutuo sotto differenti profili: sotto il profilo strutturale, in ciò che il sovvenuto si obbliga non solo a restituire la

In dottrina il dibattito circa natura e rilievo della clausola di destinazione si è legato alla questione della qualificazione del contratto. Si dice infatti che la c.d. clausola di destinazione consisterebbe in una vera e propria obbligazione a carico del mutuatario avente ad oggetto una prestazione di *facere* la cui utilità si dirige, non solo verso il creditore originario, ma anche nei confronti dello stesso debitore<sup>74</sup>. Ne segue che il mutuatario sarebbe obbligato non solo alla restituzione del *tantundem* e alla corresponsione degli interessi, ma anche ad adempiere un obbligo ulteriore e diverso, segnatamente il dovere di impiegare quanto ricevuto per la realizzazione dello scopo per cui il finanziamento è stato concesso<sup>75</sup>.

somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata; sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma negoziale quest'ultima prestazione assume rilievo essenziale in corrispettività dell'attribuzione della somma erogata (Cass., 10 giugno 1981 n. 3752, cit.). La giurisprudenza prevalente indica un ulteriore elemento differenziale in ordine alle modalità di perfezionamento del contratto, nel senso che il mutuo di scopo ha carattere consensuale e non reale nel senso che «si perfeziona nel momento in cui si forma l'accordo sulle varie clausole, di modo che l'erogazione della somma rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione a carico del mutuante, mentre il mutuatario assume l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura agevolata prevista e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione del denaro ha avuto luogo» (così Cass., 15 giugno 1994 n. 5805, in *Mass. Foro it.*, 1994). Inoltre, e accessoriamente, per garantire l'adempimento da parte del mutuatario dell'obbligo di destinazione, può essere prevista con pattuizione aggiuntiva l'ingerenza del mutuante nella gestione dei mezzi economici forniti (Cass., 21 dicembre 1990 n. 12123, in *Mass. Foro it.*, 1990).

<sup>74</sup> Così L. NIVARRA, G. ROMAGNO e G. WERTHER, *op. cit.*, p. 429. In senso analogo L. TONNI, *Promessa di mutuo, apertura di credito ed applicabilità dell'art. 1853 c.c.*, in *Banca e borsa*, II, 290-306; V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di Costi e Libertini, Milano, 1982, p. 264; M. RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, cit., 724; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grasso e Santoro Passarelli, Milano, 1972.

<sup>75</sup> A sostegno di tale tesi si è significativamente affermato che «a livello di rapporto trova conferma il rilievo primario della destinazione e la sua attitudine a consentire la convivenza di interessi diversi. (...) Questo è vero, tuttavia l'esattezza del rilievo non compensa la parzialità della visione cui esso pone capo imputabile, a nostro avviso, alla mancata percezione del sacrificio dell'imprenditore sovvenuto. Questi attivando il procedimento di agevolazione e stipulando il

Come detto, sebbene il mutuo di scopo trovi riscontro nella legislazione speciale nulla esclude che possa sussistere un mutuo di scopo volontario. Al riguardo secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale il mutuo di scopo opera come fattispecie consensuale, onerosa e atipica assolvente una funzione creditizia senza distinzioni fra la figura legale e quella volontaria.

L'unica vera distinzione operabile è quella tra mutuo di scopo e mutuo ordinario, che si differenzerebbero in particolare sotto il profilo strutturale, in quanto il mutuatario nel primo non è tenuto solo alla restituzione della somma presa a mutuo e alla corresponsione dei relativi interessi, ma anche alla realizzazione dello scopo previsto, che assume rilevanza come prestazione corrispettiva rispetto alla prestazione del mutuante<sup>76</sup>.

La mancata realizzazione dello scopo potrebbe allora rilevare sul piano della risoluzione del contratto di mutuo, senza automatismi. Se lo scopo entra nel sinallagma il suo mancato raggiungimento rileverà solo ove ricorrano tutti i presupposti previsti nelle ipotesi di risoluzione giudiziale. Come detto, ove lo scopo non sia raggiunto per sopravvenienze che lo hanno reso impossibile (ad esempio per mancata concessione dei provvedimenti amministrativi autorizzatori necessari

contratto di finanziamento, ha accettato di imprimere alla propria azienda un indirizzo produttivo o una collocazione geografica conformi alle esigenze del pubblico interesse. In questa sorta di funzionalizzazione volontaria dell'impresa, che si traduce in una temporanea compressione della libertà di iniziativa economica e nella correlativa rinuncia al compimento di investimenti in settori probabilmente più remunerativi, in cambio dell'agevolazione finanziaria, va riconosciuta la prestazione suscettibile di valutazione economica di cui parla l'art. 1174 c.c., necessaria-sebbene non sufficiente-per l'esistenza di un vincolo obbligatorio in senso stretto.» Così L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, cit., 1694-1695. Per contro parte della giurisprudenza ha ritenuto che la previsione della clausola relativa allo scopo del prestito costituisca una mera enunciazione dei motivi, inidonea, pertanto, a conformare la causa del contratto. In tal senso Cass., 14 aprile 1970, n. 1019, in *Foro pad.*, 1972, I, 274: «la consapevolezza, da parte del mutuante, della destinazione della cosa mutuata ad un determinato scopo proprio del mutuatario, costituisce elemento destinato a restare relegato nel campo dei motivi». Per la dottrina pronunciatisi in tal senso si veda R. TETI, *op. cit.*, p. 656, il quale rinvia a M. FRAGALI, *ult. op. cit.*, p. 480.

<sup>76</sup> V. *supra* capitolo 1, par. 5.

per il compimento dell'attività dedotta nella clausola di destinazione), la prestazione del mutuatario sarà solo parzialmente impossibile, residua la prestazione principale alla restituzione del capitale e degli interessi, e non potrà aversi automatica risoluzione, ma troverà applicazione l'art. 1464 c.c. Ove vi sia un inadempimento rispetto alla condotta attuativa dello scopo occorrerà verificare se ciò integri un inadempimento grave ai sensi dell'art. 1455 valutando se il venir meno ad esempio della agevolazione condizionata ad una certa destinazione del mutuo possa avere una incidenza determinante sulla prestazione complessiva del mutuatario<sup>77</sup>.

Come accennato, un ulteriore tratto distintivo fra le due figure concerne la modalità di perfezionamento del contratto. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza affermano la natura consensuale del mutuo di scopo. Il mutuo ordinario per contro, secondo la definizione del codice, sarebbe un contratto reale<sup>78</sup>. Sul punto, è ormai consolidata la massima giurisprudenziale secondo la quale il contratto di mutuo di scopo «si perfeziona nel momento in cui si forma l'accordo sulle varie clausole, di modo che l'erogazione della somma rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione a carico del mutuante, mentre il mutuatario assume l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura agevolata prevista e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione del denaro ha avuto luogo<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> V. *supra* pp. 39-42.

<sup>78</sup> Non è questa la sede per ripercorrere il vasto dibattito sulla natura del contratto di mutuo, che costituisce uno dei temi classici nella ricostruzione di tale figura. Vedi A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1968; M. FRAGALI, *ult. op. cit.*, p. 479; V. FRATTAROLO e E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009; F.A. MAGNI, *Il mutuo*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Volume III - tomo III - *Obbligazioni. I contratti*, Milano, 2009; R. TETI, *op. loc. cit.*

<sup>79</sup> Così Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass., 21 luglio 1998 n. 7116, in *Contratti*, 1999, I, 378 con nota di E. GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna Contra* vedi Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Foro it.*, 1992, I 152 e Cass. 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Vita not.*, 2008, 161 con nota di L. RUGGERI, *Il mutuo di scopo: una conferma dalla cassazione*. In particolare sul profilo della consensualità in quest'ultima pronuncia si afferma che: «(a) differenza di quanto si verifica nel contratto di mutuo regolato dal codice civile, si rileva che in quello di finanziamento la consegna di una determinata quantità

Infine tratto caratterizzante la figura del mutuo di scopo è, come già accennato, il vincolo di destinazione della somma data a mutuo, vincolo che potrà essere contenuto in una clausola in caso di mutuo di scopo convenzionale o in una disposizione di legge. Sul punto in giurisprudenza è ormai consolidata la massima secondo cui: «(l)a clausola di destinazione della somma mutuata si inserisce nel contratto, in modo da conformarlo alle esigenze che si intendono raggiungere, ragion per cui, secondo la terminologia corrente, il contratto si funzionalizza. Con il cosiddetto contratto di mutuo di scopo, cioè, il mutuante pone un vincolo alla utilizzazione delle somme concesse in mutuo. La destinazione da imprimersi alle somme dalla sfera dei motivi si inserisce nel negozio, fino a tradursi nella funzione»<sup>80</sup>.

In genere nel contratto di mutuo si prevede che la parte mutuataria nel ricevere l'importo (o una data quantità di beni fungibili) dichiara di averla mutuata per far fronte al pagamento del pari debito che essa ha nei confronti del creditore originario. La parte mutuata-

di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto. In altri termini, la caratteristica di questo contratto va ravvisata nel fatto che con l'incontro dei consensi delle parti si perfeziona il contratto consensuale di finanziamento, ma non si trasferisce in capo al soggetto finanziato la proprietà delle somme oggetto del finanziamento stesso, occorrendo per tale trasferimento l'elemento ulteriore della «traditio» delle somme medesime. Infatti, con l'incontro delle volontà delle parti sorge solo l'obbligazione a carico del finanziatore di erogare la somma mutuata ed a favore del mutuatario il diritto di credito a tale erogazione, ma non si trasferisce la proprietà di tale somma, che resta nella piena disponibilità patrimoniale e giuridica del finanziatore. Ne consegue che, pur se l'erogazione attinge alla fase esecutiva del contratto, la disponibilità giuridica della somma mutuata, da parte del mutuatario, sorge solo quando quest'ultimo può disporre della somma stessa, giacché soltanto da questo momento la somma esce dal patrimonio del finanziatore per entrare in quello del soggetto finanziato».

<sup>80</sup> Così Cass., 20 gennaio 1994 n. 474, cit. Tale considerazione era, peraltro, già condivisa prima di tale importante pronuncia. Già nel 1970 la Suprema Corte aveva avuto modo di affermare che «la finalità del mutuo, in quanto prevista e imposta dalla legge, qualifica la causa del negozio e ne delimita il contenuto rispetto allo schema tipico, acquistando in tal modo rilevanza causale»: così Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro It.*, 1970, I, 1367 e in senso analogo Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Banca borsa tit. cr.*, 1973, II, 485; Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, cit.

ria, nel contratto di mutuo, dichiara altresì di surrogare ai sensi dell'art. 1202 la parte mutuante in tutti i diritti, azioni, privilegi e garanzie che competono al creditore originario.

Come abbiamo visto è però possibile che lo scopo del mutuo sia attuato in via diretta attraverso la immediata messa a disposizione della somma a favore del creditore originario. È infatti possibile che all'atto del mutuo la parte mutuataria, cui è consegnata la somma di denaro o altri beni fungibili, nel dichiarare lo scopo di destinazione del mutuo deleghi la mutuante a versare l'importo (o la quantità di beni fungibili consegnati) alla parte creditrice originaria.

Analogamente è possibile che, se il credito originario è pecuniario, nel dare atto della consegna della somma di denaro alla parte mutuataria si dia altresì atto che nello stesso giorno è stato emesso per l'importo corrispondente alla somma mutuata un assegno circolare non trasferibile intestato alla parte creditrice originaria e a quest'ultima contestualmente consegnato.

Come detto la circolazione delle garanzie rappresenta un momento di fondamentale interesse nella surrogazione per volontà del debitore, tanto da rappresentarne in generale la ragione costitutiva<sup>81</sup>.

In realtà la successione nelle garanzie accessorie al credito non riguarda solo la surrogazione per volontà del debitore, ma il fenomeno surrogatorio in generale.

Con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 1202, sarà frequente la presenza di ipoteche a garanzia del credito originario in cui il mutuante ha interesse a subentrare.

<sup>81</sup> V. quanto osservato *supra* p. 77.

La figura del mutuo di scopo ha trovato una nuova attenzione con riguardo alla normativa contenuta nel Codice del Consumo (Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206) nonché nel TUB e segnatamente negli artt. 121 ss., come modificati dal recente Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141, ove trova disciplina il «contratto di credito collegato».

L'art. 121 lo definisce come un contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni: 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.

### 3.2. Circolazione delle garanzie nella cessione del credito

Va detto che le garanzie hanno una posizione accessoria e servente rispetto al credito tanto che, anche in base a quanto statuito dall'art. 1263 in tema di cessione del credito, è in linea di principio escluso che una garanzia possa circolare indipendentemente dal credito<sup>82</sup>.

La norma da ultimo citata prevede infatti che «per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori. Il cedente non può trasferire al cessionario, senza il consenso del costituente, il possesso della cosa ricevuta in pegno; in caso di dissenso, il cedente rimane custode del pegno».

Per quanto l'ipotesi della surrogazione sia distinta dalla cessione del credito, le disposizioni in materia di cessione del credito rappresentano le regole della circolazione del credito per eccellenza e, nei limiti in cui non siano incompatibili con l'operazione surrogatoria, possono trovare applicazione anche rispetto a questa.

Veniamo quindi a considerare le modalità con cui si trasferiscono i privilegi e le garanzie personali o reali e gli altri accessori tra cui possono essere annoverate anche le cauzioni e le altre situazioni giuridiche ancillari rispetto al credito<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260-1267 c.c.)*, in *Commentario del codice civile* Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 130 ss.

<sup>83</sup> Sul punto P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, p. 131. Sul concetto di «altri accessori» si veda in particolare Cass., 15 settembre 1999 n. 9823, in *Mass. Foro it.*, 1999, secondo cui «la previsione dell'art. 1263 c. 1 c.c., in base alla quale il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie reali e personali, anche con gli «altri accessori», deve essere intesa nel senso che nell'oggetto della cessione rientri la somma delle utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, cioè ogni situazione giuridica direttamente collegata con il diritto stesso, la quale, in quanto priva di profili di autonomia, integri il suo contenuto economico o ne specifichi la funzione, ivi compresi tutti i poteri del creditore relativi alla determinazione, variazione e modalità della prestazione, nonché alla tutela del credito». In senso conforme più recentemente Cass., 5 Gennaio 2012, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 1, 6.

La giurisprudenza ha incluso tra gli accessori anche i contratti autonomi di garanzia. «Il contratto di garanzia autonoma è «un accessorio» del rapporto giuridico garantito, destinato a circolare automaticamente (salvo diversa previsione) in caso di trasferimento del rapporto garantito, secondo il principio generale ri-

La dottrina ritiene, infatti, che col credito si trasmettano pure i poteri connessi al contenuto e all'esercizio del credito come il potere di variare la prestazione o le modalità di esecuzione della prestazione oggetto del diritto di credito medesimo.

Si discute della trasmissibilità della penale nonché della caparra confirmatoria o penitenziale in quanto strumenti comunque rafforzativi del vincolo obbligatorio. Sul punto parte della dottrina ritiene che tali strumenti siano funzionali al contratto piuttosto che al credito e ne nega pertanto la circolazione insieme al credito<sup>84</sup>.

Per contro altri autori sostengono che la clausola penale, avendo l'effetto di incentivare l'esecuzione della prestazione, si trasferisce unitamente al credito ceduto ove questo si sostanzia nella prestazione cui si riferisce la penale. Diversamente le caparre non avrebbero una posizione ancillare rispetto al credito dal momento che la caparra penitenziale sarebbe nella sostanza un corrispettivo del recesso, mentre la caparra confirmatoria sarebbe posta a garanzia non di una singola prestazione, ma del vincolo negoziale complessivamente considerato<sup>85</sup>.

I diritti di garanzia si trasferiscono in genere unitamente al credito purché siano stati costituiti in data anteriore alla cessione.

I privilegi sorgono in ragione di una determinata causa prevista dalla legge la quale ha dato origine al credito. Ne segue che il privilegio risulta fortemente collegato con il credito sin dal momento della genesi del vincolo e fino all'attuazione della relativa garanzia<sup>86</sup>.

La dottrina ha pertanto sostenuto che, per quanto concerne i privilegi speciali, l'indisponibilità fa sì che gli stessi siano irrinunciabili da parte del cessionario o comunque di colui che è succeduto nella posizione del creditore originario<sup>87</sup>. Per contro altri, stante il silen-

cavabile dall'art. 1263 c.c.»: così Trib. Verona, 14 novembre 2012, in Redazione Giuffrè 2012.

<sup>84</sup> Cfr. V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *EdD*, vol. VI, Milano, 1960, p. 851.

<sup>85</sup> Sul punto P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, p. 132.

<sup>86</sup> Vedi G. GAETANO, *Dei privilegi*, in *Commentario al cod. civ., Libro della tutela dei diritti*, Firenze 1943, p. 455 ss.; V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, IV ed., Bologna-Roma, 2002, p. 204. Sui privilegi in ambito di credito agrario si veda l'art. 44 T.U.B.

<sup>87</sup> In tal senso P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, p. 134.

zio della legge sul punto, ritengono ammissibile la rinuncia al privilegio<sup>88</sup>.

Per quanto riguarda il pegno la dottrina maggioritaria, muovendo dal tenore letterale dell'art. 1263 ritiene che questo si trasmetta immediatamente ed automaticamente al momento della cessione salva diversa volontà delle parti<sup>89</sup>. Dal dettato dell'art. 1263 risulta infatti che il cedente è obbligato ad immettere nel possesso dell'oggetto del pegno il cessionario dietro autorizzazione di chi ha concesso la garanzia. Se il datore di pegno non rilascia una tale autorizzazione, il pegno rimane al cedente che diviene il custode nell'interesse del datore di pegno e del cessionario. La norma non si occuperebbe del trasferimento del diritto appunto perché questo passerebbe in via automatica<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Così V. PANUCCIO, *ult. op. loc. cit.*

<sup>89</sup> Vedi in particolare E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile diretto* da R. Sacco, Torino, 2005, p. 89.

<sup>90</sup> Così C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 593; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 795. Si ritiene invece che non passino le azioni previste dalla legge a tutela del credito poiché queste spettano al cessionario in base al generale principio della tutela giurisdizionale dei diritti. Qualcosa di diverso può dirsi con riguardo alle concrete posizioni processuali nell'ipotesi in cui il credito ceduto sia oggetto di un giudizio in corso. La procedura civile conosce la regola secondo la quale, se il diritto controverso si trasferisce per atto tra vivi, il processo prosegue tra le parti originarie (art. 111 c. p. c.), e la regola secondo la quale la sentenza spiega comunque i suoi effetti nei confronti del successore (art. 2909 c. c.) per cui si riconosce che il cessionario può giovare del titolo esecutivo costituito a nome del cedente. In tal senso P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, p. 145.

Quanto alle spese processuali si osserva che «In tema di cessione del credito, la previsione del comma 1 dell'art. 1263 c.c., in base alla quale il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie reali e personali, anche con gli «altri accessori», deve essere intesa nel senso che il cessionario di un credito, il cui diritto sia stato riconosciuto con sentenza nei confronti del cedente e che sia rimasto estraneo al processo relativo a tale accertamento, pur potendo utilizzare come titolo esecutivo la sentenza favorevole al suo dante causa, non potrà avvalersi di tale sentenza nella parte in cui la stessa reca la condanna alle spese della controparte rimasta soccombente, spettando dette spese al suo dante causa, che le ha effettivamente sostenute, atteso che le pronunce relative alle spese del giudizio producono i loro effetti solo nei confronti delle parti processuali»: così Cass., 23 Febbraio 2006, n.3998, in *Giust. Civ. Mass.* 2006, 2.

Per quanto concerne il subentro nella garanzia ipotecaria occorre muovere da alcune caratteristiche centrali dell'istituto ovvero la funzione di garanzia e la realtà, che trova estrinsecazione nel c.d. diritto di seguito<sup>91</sup>.

L'art. 1263 in tema di cessione del credito non detta alcuna specifica disposizione in tema di trasmissione dell'ipoteca limitandosi a ripetere la regola generale della successione delle garanzie accessorie insieme al credito.

Una disposizione particolare al riguardo è invece contenuta nell'art. 2843 ove si prevede che la trasmissione dell'ipoteca si deve annotare in margine all'iscrizione del diritto reale di garanzia. Si precisa quindi che la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca non ha effetto finché l'annotazione suddetta non sia stata eseguita<sup>92</sup>. Dopo l'anno-

<sup>91</sup> In argomento v. A. CICU, *L'ipoteca*, Bologna, 1929; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 12; F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961; C. MAIORCA, voce *Ipoteca*, (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 53 ss.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca* (*diritto privato*), in *EdD*, XXII, Milano, 1972, p. 751; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1976; G. TUCCI, voce *Ipoteca (ipoteca mobiliare)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 2001, p. 4.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 200; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Vol. X, Torino, 1993, p. 158; ID. *I diritti reali*, vol. 6, in *Trattato* diretto da R. Sacco, Torino, 2010, p. 49 ss.

<sup>92</sup> Le annotazioni sono le menzioni che il conservatore (ora funzionario dell'Agenzia del Territorio) compie per ordine del magistrato, o su richiesta delle parti corredata da titolo autentico, a margine delle trascrizioni e iscrizioni al fine di portare a conoscenza dei terzi eventuali variazioni di queste ultime.

Tra le annotazioni vengono poi nella pratica incluse le cancellazioni (cfr. R. VINCI, *La responsabilità del conservatore dei registri immobiliari nell'attuale sistema pubblicitario*, in *Riv. dir. ipot.* 1985, p. 9) anche se la dottrina ha notato come la cancellazione acquista una sua autonomia avendo funzione non integrativa ma piuttosto risolutiva. Si tratterebbe insomma di una pubblicità che tende a distruggere un'altra pubblicità e quindi di un'autonoma «pubblicità negativa»: così A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali. Artt. 111 c.p.c. e 2652-2653 c.c.*, Napoli, 1968, p. 409. L'Autore osserva come la funzione negativa farebbe sì che «il procedimento di cancellazione sia circondato a particolari cautele: perché si possa procedere alla cancellazione è necessario un atto giuridico formale che abbia per oggetto la cancellazione stessa e consista

tazione, l'iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei diritti indicati nell'annotazione medesima e le relative intimazioni o notificazioni che occorrono in dipendenza dell'iscrizione devono essere loro fatte nel domicilio eletto.

L'esigenza di certezza e di completezza dei registri immobiliari è a fondamento anche della suddetta previsione<sup>93</sup>.

Sul punto parte della dottrina afferma che l'adempimento della an-

nel consenso delle parti interessate ovvero in un ordine dell'autorità giudiziaria; il titolo su cui si fonda la richiesta di cancellazione non è destinato a diventare pubblico, ma si ritiene che esso debba possedere egualmente i requisiti di autenticità indicati nell'art. 2657, perché tale articolo, per quanto dettato con riguardo soprattutto al momento di attuazione della pubblicità, deve certo applicarsi anche con riguardo al momento della sua eliminazione data la particolare gravità di un tale atto». In tal senso si era già espresso sotto il vecchio codice N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 474. Cfr. più recentemente sul punto L. FERRI e P. ZANELLI, *Trascrizione*, Bologna- Roma, 1995, 3<sup>a</sup> ed., p. 437.

Ancora contro l'ascrivibilità delle cancellazioni alla categoria delle annotazioni si veda S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, t. II, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1989, testo curato ed aggiornato da G. GIACOBBE e M.E. LA TORRE, p. 409. L'A. distingue le due ipotesi considerando la cancellazione una forma di pubblicità autonoma prevista in via generale atta a ristabilire l'armonia tra i piani delle due fattispecie. Laddove «l'annotazione costituisce uno sviluppo o in genere un complemento della trascrizione (o dell'iscrizione), mentre la cancellazione è l'unica operazione pubblicitaria che ha funzione di paralizzare una precedente operazione pubblicitaria, ove la fattispecie primaria sia divenuta inefficiente». *Quid* in ipotesi in cui concorrano annotazione e cancellazione? Pugliatti risponde che «si può concedere all'interessato (o al legittimato) la facoltà di scelta, accompagnandola col principio: *electa una via non datur recursus ad alteram*».

<sup>93</sup> In generale la dottrina ha sottolineato l'importanza di individuare un concetto unitario di pubblicità quale strumento ordinato a soddisfare la «esigenza di certezza dei rapporti umani»: Così R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal Corso di Diritto Civile tenuto dal Prof. Rosario Nicoló*, a cura di R. Moschella e M.C. Andrini, Milano, 1973, p. 3.

Anche S. PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 2 fa riferimento ad una generale idea di «pubblicità» come insieme di situazioni in cui si rende necessario agevolare l'acquisto nonché la diffusione della conoscenza. L'Autore, però, non manca in altre situazioni di rilevare la particolarità della funzione della pubblicità immobiliare individuando in essa l'impronta di un interesse pubblico alla certezza del diritto e alla risoluzione dei conflitti S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 220.

notazione nei registri immobiliari di cui all'art. 2843 c.c. avrebbe effetti meramente oppositivi. Si tratterebbe insomma di una pubblicità di tipo dichiarativo analoga al meccanismo della trascrizione<sup>94</sup>.

Altra parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria individuano invece un valore costitutivo dell'annotazione in considerazione della gravità degli effetti dell'ipoteca nonché dell'operatività della regola dell'iscrizione del diritto di ipoteca nei registri immobiliari<sup>95</sup>. L'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria del trasferimento dell'ipoteca a seguito di cessione di credito, quindi, ai sensi dell'art. 2843 c.c. avrebbe natura costitutiva ai fini del subentro del nuovo creditore nel rapporto di garanzia. Ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il credito munito di causa di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione<sup>96</sup>.

Come precisato dalla Suprema Corte in tema di iscrizione di ipoteca e di successiva annotazione della surrogazione, ai sensi dell'art. 2843, qualora l'adempimento dell'obbligazione sia avvenuto con surrogazione per volontà del debitore, è legittima la sottoscrizione della nota di iscrizione dell'ipoteca da parte del creditore surrogato, po-

<sup>94</sup> Cfr. A. CHIANALE, *ult. op. cit.*, p. 330.

<sup>95</sup> P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, p. 139. Per la giurisprudenza si veda Cass., 9 settembre 2004, n. 18188, in *Giust. Civ.*, 2005, 10, 2379: «L'annotazione nei registri immobiliari dei negozi dispositivi del grado di ipoteca (al pari degli altri atti dispositivi presi in considerazione, con elencazione non tassativa, dal comma 1 dell'art. 2843 c.c.) ha carattere necessario e, quindi, costitutivo del nuovo rapporto ipotecario; essa rappresenta, pertanto, un elemento integrativo indispensabile della fattispecie della postergazione, il cui compimento in data anteriore alla dichiarazione di fallimento è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale. Conseguentemente, deve escludersi che l'efficacia dell'annotazione possa retroagire ad un momento anteriore all'esecuzione della pubblicità (ad esempio, al momento della proposizione della relativa istanza al Conservatore dei registri immobiliari), vale a dire ad un momento in cui il negozio dispositivo del grado di ipoteca, per non essere stato annotato, non ha ancora giuridica efficacia.» Nel senso che l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca ha valore costitutivo e si configura come elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo, cfr. Cass. 12 settembre 1997 n. 9023, in *Vita not.* 1998, 929. Per la giurisprudenza di merito Trib. Firenze, 23 marzo 2001, in *Foro toscano*, 2002, 167.

<sup>96</sup> In tal senso Cass., 21 marzo 2003, n. 4137, in *Fallimento*, 2004, 164.

tendo essere il richiedente persona diversa dal creditore, ed essendo il richiedente successore nella medesima posizione del creditore originario; l'iscrizione deve peraltro avvenire a favore del creditore originario, quale risultante dal titolo costitutivo presentato, mentre l'annotazione della vicenda surrogatoria a margine dell'iscrizione ipotecaria non può che essere successiva, potendo la trasmissione dell'ipoteca verificarsi solo dopo la sua accensione, che consegue all'iscrizione costitutiva<sup>97</sup>.

### 3.3. Portabilità del mutuo e circolazione delle garanzie

La «portabilità del mutuo» è stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (noto come Bersani bis) convertito nella l. 2 aprile 2007, n. 40, denominato «Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche, la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli», che ha disposto una nuova regolamentazione dei contratti di mutuo. In particolare all'art. 8 del decreto si prevede la possibilità, per colui il quale abbia precedentemente ottenuto un finanziamento, di rimborsare anticipatamente il capitale residuo alla banca ovvero all'intermediario finanziario che lo aveva prestato, facendo subentrare nel contratto un nuovo finanziatore, pur in presenza di un termine a favore del creditore o della non esigibilità del credito<sup>98</sup>. Al

<sup>97</sup> Così Cass., 25 marzo 2009, n. 7217, in *Vita not.* 2009, 2, 915.

<sup>98</sup> Sul punto in particolare si veda D. FARACE, *Portabilità del mutuo e atto di surrogazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 617 ss; G. MUCCIARONE, *Sulla surrogazione nei finanziamenti bancari non perfezionata nel termine*, (art. 120-quater, co. 7, T.U.B., modificato dalla l. n. 27/2012), in *www.ilcaso.it*; G. MUCCIARONE e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d. lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca, borsa*, 2012, I, p. 48; A. BARRATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, Torino, 2011; P. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 449; A. BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari. Atti del convegno*, I quaderni della fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008, p. 154 ss.; A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge*

fine di avere un quadro normativo più completo della «portabilità» occorre altresì considerare le norme relative al divieto, sotto pena di nullità, delle clausole dispositive di particolari prestazioni o oneri a carico del mutuatario in caso di estinzione anticipata del finanziamento (art. 7)<sup>99</sup>, nonché i due documenti comunitari, il «Libro verde

*n. 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 2008, p. 395; A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contratti*, 2007, p. 453 ss.; G. FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40/2007*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 722; A. GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 467 ss.; A. BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, AA.VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari. Atti del convegno*, I quaderni della fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008, p. 154 ss.

<sup>99</sup> Riportiamo il Testo del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, coordinato con la legge di conversione.

Art. 7 Estinzione anticipata dei mutui immobiliari divieto di clausole penali  
«1. È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto ((o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche,)) sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante.

2. Le clausole apposte in violazione del divieto di cui al comma 1 sono nulle di diritto e non comportano la nullità del contratto.

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai contratti di mutuo stipulati a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. L'Associazione bancaria italiana e le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'articolo 137 del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, definiscono, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regole generali di riconduzione ad equità dei contratti di mutuo in essere mediante, in particolare, la determinazione della misura massima dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo.

6. In caso di mancato raggiungimento dell'accordo di cui al comma 5, la misura della penale idonea alla riconduzione ad equità è stabilita ((entro trenta giorni)) dalla Banca d'Italia e costituisce norma imperativa ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere.

sul credito ipotecario nell'UE» del 19 luglio 2005 e il «Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario» del 18 dicembre 2007, nati con l'intento di stimolare la concorrenza a livello

7. In ogni caso i ((soggetti mutuanti)) non possono rifiutare la rinegoziazione dei contratti di mutuo stipulati prima della data di entrata in vigore del presente decreto, nei casi in cui il debitore proponga la riduzione dell'importo della penale entro i limiti stabiliti ai sensi dei commi 5 e 6.

Art. 8. Portabilità del mutuo; surrogazione

1. In caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di ((finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari,)) la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.

2. Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

3. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. ((La nullità del patto non comporta la nullità del contratto.))

4. La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali.

((4-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, né le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto. 4-ter. All'onere derivante dall'attuazione del comma 4-bis, valutato in 2,5 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2007, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2007-2009, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2007, allo scopo parzialmente utilizzando, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2007 e a decorrere dall'anno 2009, l'accantonamento relativo al medesimo Ministero e, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2008, l'accantonamento relativo al Ministero della solidarietà sociale.

4-quater. Il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri derivanti dall'applicazione del comma 4-bis, anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 11-ter, comma 7, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e trasmette alle Camere, corredati da apposite relazioni, gli eventuali decreti emanati ai sensi dell'articolo 7, secondo comma, numero 2), della citata legge n. 468 del 1978. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.))

europeo tra istituti mutuanti prevedendo il contenimento dei costi in caso di rimborso anticipato del mutuo e l'ammissibilità di operazioni volte a consentire la libera circolazione dei finanziamenti tra diversi operatori finanziari, senza penalità a danno del mutuatario<sup>100</sup>.

In particolare nel libro bianco la Commissione riconosce che in prevalenza i consumatori si informano in merito ai mutui ipotecari solo a livello locale e che la maggioranza continuerà probabilmente a muoversi secondo le presenti dinamiche anche in un futuro prossimo. L'integrazione dei mercati ipotecari della UE sarà pertanto promossa sostanzialmente dall'offerta tramite varie forme di stabilimento degli operatori nello Stato membro del consumatore.

Si rileva in particolare la necessità di agevolare la c.d. mobilità dei clienti (punto 3.4) favorendo la propensione dei consumatori a passare da un erogatore di mutui ipotecari all'altro in modo da influenzare positivamente il livello della concorrenza nel mercato. La Commissione desidera agevolare la mobilità dei clienti garantendo la possibilità di cambiare l'erogatore del mutuo senza ostacoli giuridici o economici che non rispondano a canoni di ragionevolezza e di proporzionalità.

Un ruolo chiave in tal senso lo ha la trasparenza dei prezzi garantita dalla messa a disposizione di informazioni chiare e comparabili. Le iniziative volte a migliorare la qualità e la chiarezza delle informazioni precontrattuali sono pertanto fondamentali al fine di garantire la piena consapevolezza dei clienti rispetto alle scelte economiche da questi fatte. Le informazioni non bastano tuttavia ad agevolare la mobilità dei mutuatari. Talune pratiche di vendita abbinata di prodotti (la Commissione porta l'esempio dell'imposizione al consumatore di aprire un conto corrente o di sottoscrivere una polizza assicurativa quando si accende un mutuo ipotecario) aumentano i costi del passaggio da un erogatore all'altro e vincolano pertanto i mutuatari ad un determinato prestatore di servizi finanziari, restringendo così la mobilità a danno della concorrenzialità del mercato. La Commissione conclude quindi che, alla luce del riesame compiuto, le questioni fondamentali di cui occuparsi sono le seguenti: l'informativa

<sup>100</sup> Cfr. A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: eu-roiipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa*, 2009, p. 560.

precontrattuale; il tasso percentuale annuo (APRC); la concessione responsabile dei mutui e il rimborso anticipato.

A ciò si aggiunga che il contratto di mutuo, in quanto operativamente primario strumento di accesso al credito per l'acquisto della proprietà dell'abitazione, non può essere considerato in maniera avulsa dal dettato costituzionale ed in particolare dall'art. 47 Cost.

Successivamente con l'art. 2, comma 1 bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito nella l. 28 gennaio 2009, n. 2 sono state introdotte alcune innovazioni nel T.U.B. In particolare l'art. 120 *quater* T.U.B. (dopo le ultime modifiche introdotte dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 e dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27) intitolato «*Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità*» dispone che, in presenza di contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari, l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione di cui all'articolo 1202 del codice civile non è precluso dalla non esigibilità del credito o dalla pattuizione di un termine a favore del creditore.

Il procedimento di portabilità del mutuo viene descritto all'art. 120 *quater* ove si fa riferimento al caso di contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari in cui il debitore esercita la facoltà di surrogazione di cui all'articolo 1202.

Per effetto della surrogazione il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce. La surrogazione inoltre comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura.

Quanto alle formalità richieste si prevede che l'annotazione della surroga può essere richiesta al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

«Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo finanziamento, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione tra intermediari improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. In ogni caso, gli intermediari non applicano alla clientela costi di alcun genere, neanche

in forma indiretta, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di surrogazione».

Anche quando il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione, è fatta salva la possibilità del finanziatore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata. Si prevede così la compresenza di due opzioni per il debitore: surrogazione di un nuovo finanziatore nel rapporto originario e rinegoziazione del contratto di mutuo con l'istituto finanziatore originario<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Come osservato in dottrina «Il fenomeno della c.d. «rinegoziazione» ha origine e sviluppo soprattutto nell'ambito del commercio internazionale, dove ha raggiunto livelli di «istituzionalizzazione», identificando l'operazione attraverso la quale le parti ridefiniscono il contenuto del regolamento contrattuale a seguito di sopravvenienze idonee ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico prefissato al momento della stipulazione del contratto. Più precisamente, si tratta di una tecnica di gestione del rischio legato al mutamento delle circostanze intervenute nella fase di esecuzione del vincolo contrattuale, che permette di conservare il rapporto «modificato», evitando il ricorso a rimedi risolutivi. La ragione di questa diffusione deriva essenzialmente dai caratteri che connotano le relazioni in ambito internazionale e che possono indurre le parti a preferire, in presenza di determinati presupposti e circostanze concrete, modelli di adeguamento e modificazione del contenuto del contratto rispetto ad interventi mirati allo scioglimento del vincolo negoziale.

In sintesi, le caratteristiche delle suddette relazioni sono le seguenti: a) lunga durata del rapporto, derivante dalla normale rilevanza degli interessi economici gestiti nelle operazioni internazionali...b) natura complessa dei rapporti – che non si esauriscono in quanto tali in relazioni contrattuali isolate ed occasionali – presupponendo il più delle volte una serie numerosa di contratti finalizzati al raggiungimento di un obiettivo economico di portata generale...La prassi contrattuale maturata in ambito internazionale è stata nel tempo importata nei mercati «interni» (anche) italiani per la regolamentazione soprattutto dei contratti di durata e ha ricevuto una discreta diffusione applicativa. Il nostro legislatore non ha, però, inteso disciplinare, con norma di carattere generale, l'istituto della rinegoziazione, optando, sul piano civilistico, per la gestione delle sopravvenienze nei limiti consenti dalla regola contenuta nell'art. 1467 c.c.»: così V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006, p. 9. Si veda altresì P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., voce *Revisione del contratto*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione*

Al fine di tutelare la posizione di contraente debole del mutuatario è prevista la nullità necessariamente parziale di ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione<sup>102</sup>.

*all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 193; V.M. CESARO, *Clause di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 13; A. DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, p. 491 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 405; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, p. 160 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, *ivi*, pp. 701-724; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 478 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, p. 160 ss.

<sup>102</sup> Parrebbe di essere in presenza di una «nullità di protezione». Si tratta di una categoria di invalidità ormai fatta propria dal nostro legislatore che all'art. 36 del codice del consumo (d.lg. 206/2005) parla espressamente di «nullità di protezione». Cfr. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, in part. p. 206 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 841-843; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1*, a cura A. Gentili, in *Trattato del contratto*, a cura di E. Roppo, IV, Milano, 2006, p. 155 ss.

Per contra la dottrina pronunciata sul punto tende ad escludere che nell'ipotesi in esame, stante il silenzio del legislatore possa applicarsi la disciplina della nullità di protezione connotata da relatività dell'azione e parzialità necessaria. Così V. LEMMA, *sub art. 120-quater*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dir. da F. Capriglione, ed. 3, III, Padova, 2012, p. 1781. Si applicherebbe quindi nell'ipotesi in esame lo statuto della nullità ordinaria. Sul punto vale la pena ricordare come la dottrina da tempo abbia posto in luce la necessità di valutare lo statuto della nullità tenuto conto, non solo della lettera della legge, ma piuttosto degli interessi protetti dalla sanzione. Solo attraverso una approfondita analisi di questi si può addivenire alla qualificazione della nullità in esame in termini assoluti o relativi. Cfr. in particolare il contri-

Particolari regole di condotta guidano il finanziatore surrogante e quello surrogato nell'attuazione della surroga secondo canoni di correttezza. La surrogazione deve infatti perfezionarsi entro il termine di trenta giorni dalla data in cui il cliente chiede al mutuante surrogato di acquisire dal finanziatore originario l'esatto importo del proprio debito residuo. Nel caso in cui la surrogazione non si perfezioni entro tale termine, per cause dovute al finanziatore originario, quest'ultimo è comunque tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'1 per cento del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. La norma mantiene ferma la possibilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a cause allo stesso imputabili.

Si prevede inoltre che la surrogazione per volontà del debitore e la rinegoziazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali.

Quanto all'ambito di applicazione si prevede che le disposizioni dell'art. 120 *quater* T.U.B. si applichino, nei casi e alle condizioni ivi previsti, anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti; ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con «persone fisiche o micro-imprese» (ex articolo 1, comma 1, lettera *t*), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11), non si applicano ai contratti di locazione finanziaria. L'inclusione delle micro-imprese è di particolare rilevanza nel settore agricolo tenuto conto della composizione del tessuto imprenditoriale.

La portabilità è stata sovente ricostruita come ipotesi di surrogazione per volontà del debitore. La norma, come detto, infatti fa espresso riferimento ad un «trasferimento del contratto di mutuo esistente», che però avverrebbe «alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante»; nonché alla «portabilità» del debito di restituzione delle somme prese a mutuo e all'art. 1202. Tali termini parrebbero evocare l'idea di una successione nel credito e in particolare l'istituto della «surrogazione»<sup>103</sup>.

buto di S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, p. 692.

<sup>103</sup> Sul punto A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 395 ss.; D. FARACE, *op. cit.*, p. 618.

Per contro altra parte della dottrina ha qualificato la portabilità del mutuo come una particolare forma di cessione *ex lege* del contratto per la quale la surrogazione svolgerebbe un ruolo meramente strumentale<sup>104</sup>.

In realtà la norma contenuta nell'art. 120 *quater* T.U.B. evidenzia che l'effetto realizzato non riguarda tanto un trasferimento della posizione contrattuale quanto un subentro nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce. La surrogazione di cui all'art. 120 T.U.B. inoltre comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura.

Non dimentichiamo che con la surroga si ottengono, in genere, condizioni contrattuali nuove e vantaggiose, che il nuovo finanziatore tenderà a concedere per l'interesse a subentrare nelle garanzie del credito originario. Si avrà conseguentemente estinzione del vecchio mutuo e stipulazione di un nuovo mutuo con un altro istituto di credito.

La surrogazione si pone peraltro, come detto, in alternativa con la rinegoziazione del mutuo attraverso la quale è possibile chiedere al mutuante originario la modifica delle condizioni contrattuali accordate in precedenza. Generalmente, la rinegoziazione del mutuo viene richiesta per apportare modifiche al tasso d'interesse oppure alla durata del mutuo<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, in *Le Nuove Leggi civ. comm.*, 2008, p. 268.

<sup>105</sup> In base all'art. 8 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (in Gazz. Uff., 13 maggio 2011, n. 110). - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2012, n. 106. La materia della «rinegoziazione dei contratti di mutuo ipotecario» è regolata come segue:

a) fino al 31 dicembre 2012 il mutuatario che – prima dell'entrata in vigore del presente decreto – ha stipulato, o si è accollato anche a seguito di frazionamento, un contratto di mutuo ipotecario di importo originario non superiore a 200 mila euro, per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione, a tasso e a rata variabile per tutta la durata del contratto, ha diritto di ottenere dal finanziatore la rinegoziazione del mutuo alle condizioni di cui alla lettera b), qualora al momento della richiesta presenti un'attestazione, rilasciata da soggetto abilitato, dell'indicatore della situazione economica equi-

Altri Autori ricostruiscono la portabilità come una particolare ipotesi di novazione considerandola un procedimento che determina la

valente (ISEE) non superiore a 35 mila euro e non abbia avuto ritardi nel pagamento delle rate del mutuo;

b) la rinegoziazione assicura, in funzione delle esigenze del cliente, per un periodo pari alla durata residua del finanziamento o, con l'accordo del cliente, per un periodo inferiore, l'applicazione di un tasso annuo nominale fisso non superiore al tasso che si ottiene in base al minore tra l'IRS in euro a 10 anni e l'IRS in euro di durata pari alla durata residua del mutuo ovvero, se non disponibile, la quotazione dell'IRS per la durata precedente, riportato alla data di rinegoziazione alla pagina ISDAFIX 2 del circuito Reuters, maggiorato di uno spread pari a quello indicato, ai fini della determinazione del tasso, nel contratto di mutuo;

c) il mutuatario e il finanziatore possono concordare che la rinegoziazione di cui alle precedenti lettere comporti anche l'allungamento del piano di rimborso del mutuo per un periodo massimo di cinque anni, purché la durata residua del mutuo all'atto della rinegoziazione non diventi superiore a venticinque anni;

d) le garanzie ipotecarie già prestate a fronte del mutuo oggetto di rinegoziazione ai sensi del presente comma continuano ad assistere il rimborso, secondo le modalità convenute, del debito che risulti alla originaria data di scadenza di detto mutuo, senza il compimento di alcuna formalità o annotazione. Resta fermo quanto previsto dall'art. 39 TUB».

L'art. 120 quater comma 5° TUB prevede ora che «Nel caso in cui il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione di cui al comma 1, resta salva la possibilità del finanziatore originario e del debitore di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata».

In merito ai rapporti tra surrogazione e rinegoziazione la dottrina ha osservato «Da un punto di vista economico, la surrogazione (nell'ambito della portabilità) e la rinegoziazione (pure e semplice), hanno la stessa natura e le stesse caratteristiche, in quanto entrambe consentono di stabilire nuove condizioni, nell'ambito di una medesima operazione finanziaria caratterizzata dallo stesso margine di rischio finanziario. Per portabilità, pertanto, si intende la possibilità di procedere, per un nuovo istituto di credito, alla rinegoziazione di una specifica operazione finanziaria, in senso più favorevole, per il soggetto finanziato, operando sulla base di un livello di rischio economico e finanziario consolidato, avendo riguardo alla originaria operazione economica (il che si ottiene con il subentro in tutte le garanzie e in tutti i mezzi di tutela del credito progressivo), il tutto senza costi e spese aggiuntive»: così A. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità della fattispecie*, cit., p. 198.

estinzione del precedente rapporto giuridico con contestuale creazione di una nuova obbligazione con trasferimento automatico delle garanzie ad eccezione dell'ipoteca per la quale si richiede l'annotazione secondo i principi generali previsti per tale forma di garanzia.

Va detto che, mentre il meccanismo della portabilità evidenzia una estinzione del contratto di mutuo posto a fondamento del vincolo obbligatorio con costituzione di un nuovo contratto di mutuo con un differente ente finanziatore, la novazione di cui all'art. 1230 prevede che si abbia una sostituzione dell'obbligazione originaria con una nuova obbligazione tra le medesime parti avente oggetto o titolo diverso<sup>106</sup>. Si tratterebbe quindi di una novazione speciale in quanto si ha un meccanismo di trasferimento delle garanzie in deroga all'art. 1232 c.c. ove si prevede che nella novazione le garanzie del credito originario si estinguono se non è diversamente convenuto dalle parti<sup>107</sup>.

Sembra quindi da accogliere la tesi che riconduce la portabilità alla surrogazione per volontà del debitore. Va comunque precisato che la disciplina della portabilità del mutuo prevede una norma che deroga alla disciplina generale di diritto comune in tema di pagamento con surrogazione e ancor più in generale alla norma sul tempo dell'adempimento rendendo irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 1202, la eventuale stipulazione di un termine per l'adempimento in favore del creditore, ovvero in favore di entrambe le parti del rapporto, come consentito dall'art. 1184 c.c. Se la normativa del 2007 non avesse introdotto tali regole sul punto, non sarebbe stato possibile per il terzo mutuante concludere, unitamente al debitore e allo stesso creditore originario, quella fattispecie di cui all'art. 1202 c.c.,

<sup>106</sup> Mentre il diritto romano conosceva la partizione tra novazione oggettiva e soggettiva, il legislatore del 1942, come risulta anche dalla relazione al codice civile, ha eliminato detta partizione disciplinando unicamente quella oggettiva e sottoponendo quella soggettiva alle regole dettate in materia di delegazione, espromissione e acollo. Sul punto O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 85; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (diritto civile)*, in *EdD*, XXVIII, Milano, 1978, p. 821; N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, p. 266.

<sup>107</sup> Così P. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, p. 535.

in mancanza di un'apposita e previa modificazione del termine per l'adempimento.

Veniamo quindi a considerare l'ambito e i presupposti previsti ai fini dell'operatività della norma in tema di portabilità.

Presupposto fondamentale è l'esistenza di un rapporto giuridico tra il debitore e un istituto bancario avente la sua fonte in un contratto di mutuo bancario o di apertura di credito. La surrogazione può dunque essere eseguita con riferimento a qualsiasi forma di finanziamento, per qualunque finalità, con un qualsiasi contratto concluso tra un soggetto e un intermediario bancario o finanziario.

La norma si riferisce quindi all'attività bancaria, ovvero l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e, in particolare, di esercizio del credito, riservate dall'art. 10 T.U.B. in via esclusiva alle banche o alle società soggette alla vigilanza della Banca d'Italia.

Sempre con riferimento al presupposto soggettivo della disciplina sui rapporti contrattuali con i clienti (artt. 115 ss. T.U.B.), con riguardo alla persona della controparte rispetto all'impresa bancaria, si fa riferimento genericamente al «debitore». Si potrebbe pertanto ritenere applicabile la disciplina a qualunque debitore a prescindere dalle qualità soggettive e dallo scopo con il quale è stato concluso il contratto di finanziamento. In tal senso muovono coloro che danno rilevanza alla collocazione dell'istituto della portabilità del mutuo all'interno del Testo Unico Bancario, invece che nel Codice del consumo<sup>108</sup>. L'art. 120 *quater* inoltre si riferisce espressamente a «persone fisiche e micro-impresе». Per contro vi è chi, in posizione ormai segnatamente maggioritaria, sostiene che la normativa si riferisca unicamente alla categoria dei consumatori, definiti dal d.lgs. 206/2005 come le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, facendo leva su elementi ricavabili dal testo legislativo e sulla ragione della normativa che fu emanata al fine di tutelare i consumatori nel mercato bancario<sup>109</sup>. Ai consumatori si aggiungerebbero le micro-impresе *ex*

<sup>108</sup> Così V. LEMMA, *sub* art. 120-*quater*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dir. da F. Capriglione, 3<sup>a</sup> ed., III, Padova, 2012, p. 1793; P. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 453.

<sup>109</sup> Così P. FAUSTI, *op. loc. cit.*

art. 120 *quater*, comma 9. Soluzione questa che apre ad una serie di dubbi soprattutto in un settore, come quello agricolo, in cui la controparte della banca è un soggetto connotato allo stesso tempo da una segnata debolezza e da una particolare rilevanza sociale per l'impatto dell'attività agricola sul tema globale della *food security*<sup>110</sup>.

Come detto e come avremo modo di puntualizzare ancora è possibile individuare nel codice civile norme che consentano un controllo

Secondo l'art. 3 del codice del consumo è consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Tale limitazione ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo dell'art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento tra il consumatore e la persona fisica non predisponente che agisce per scopi imprenditoriali o professionali anche se al di fuori del settore di mercato in cui opera e che viene pertanto a trovarsi in una condizione analoga a quelle della persona fisica aderente che agisce per scopi privati.

Sul punto in particolare R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti con i consumatori). Una direttiva abusata*, in *Foro it.*, 1994, V, p. 137; L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al capo 14-bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore: art. 1469-bis-1469-sexies*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli e L. Bigliuzzi Geri, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 832.

In senso analogo si era espressa anche la giurisprudenza di merito sancendo che «è consumatore anche colui che acquista un bene o richiede la prestazione di un servizio nel quadro dell'attività professionale svolta, qualora la stipulazione del relativo contratto non sia inquadrabile tra le manifestazioni di tale attività (nella specie si è ritenuto consumatore uno scultore che aveva stipulato un contratto di trasporto per far pervenire ad un concorso una sua opera)»: così Tribunale di Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, 645.

Per contro la Corte costituzionale ha rigettato da sempre tale ricostruzione, più volte proposta sotto differenti profili disciplinari e diverse motivazioni, in base ad un'assunta diversità ontologica tra imprenditori e consumatori fondata sul fatto che questi ultimi agiscono per il soddisfacimento dei propri bisogni di vita mentre i primi agiscono per il fine di realizzare un profitto o un reddito. Tra le prime pronunce in tal senso Corte cost. 23 giugno 1999, n. 252, in *Foro it.*, 1999, 3125 con nota di A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*. Il commentatore della sentenza osserva la rispondenza di questa al «trend legislativo sufficientemente consolidato, dal quale non si può prescindere se si vuol saggiare non tanto la rispondenza della definizione ad un concetto ideale... quanto la congruità degli scopi per cui quella definizione è stata dettata».

<sup>110</sup> V. *infra* p. 191 ss.

sul contenuto al di là delle partizioni settoriali. In ipotesi di condizioni e oneri nel contratto di finanziamento che limitano la portabilità e quindi la mobilità della domanda, principio cardine della concorrenzialità, potrebbe aversi una dichiarazione di nullità al di là dell'applicazione della disciplina del T.U.B., ritenendo simili clausole immeritevoli di tutela contrattuale ex art. 1322 e quindi nulle<sup>111</sup>.

Quanto al creditore originario, come espressamente previsto dall'art. 120 *quater*, deve trattarsi necessariamente di un istituto bancario o di un intermediario finanziario ai sensi degli artt. 106 ss. T.U.B. Al contrario, con riguardo alla persona del nuovo creditore subentrante, la legge fa riferimento genericamente al «mutuante surrogato» senza ulteriori specificazioni. La dottrina maggioritaria ritiene comunque applicabile la disciplina unicamente alle banche e agli istituti ad esse assimilati, stante il dato normativo di cui all'art. 120 *quater* T.U.B.<sup>112</sup>.

L'operazione di portabilità avviene attraverso un procedimento articolato in diversi atti giuridicamente rilevanti: 1) un nuovo contratto di mutuo stipulato al fine di procedere alla estinzione della obbligazione originaria, in quanto l'istituto della portabilità si concentra sul nesso di causalità fra il depauperamento di un terzo mutuante e l'adempimento della prestazione originaria<sup>113</sup>; 2) l'adempimento della obbligazione originaria; l'atto di surrogazione da parte del debitore<sup>114</sup>. Tale atto di surrogazione, come già detto, non può intervenire prima dell'adempimento anche se, come visto, secondo alcuni autori può

<sup>111</sup> V. *infra* p. 195 ss.

<sup>112</sup> Cfr. P. SIRENA, *ult. op. cit.*, p. 453.

<sup>113</sup> Si tratta quindi di un mutuo di scopo. V. *supra* cap. 1 par. 5.

<sup>114</sup> Al riguardo la dottrina rileva distanze tra il contenuto dell'art. 1202 e T.U.B.; si osserva come «piuttosto, la nuova normativa sembra configurare una pluralità di rapporti sconosciuti alla fattispecie codicistica, ponendo in capo ai soggetti interessati una serie di oneri e di obblighi finalizzati a tale operazione – a mero titolo di esempio si possono ricordare le procedure di collaborazione di cui parla l'art. 120 *quater*, comma 7° TUB, che a nostro avviso si inseriscono pienamente nella c.d. fase delle trattative precontrattuali – e ricollegando alla fattispecie della portabilità una serie di agevolazioni per il debitore (ad esempio penali). Emerge un'operazione complessiva che non solo non si lascia ricondurre alla mera conclusione di un nuovo contratto di finanziamento, ma che sembra configurarsi in maniera unitaria»: così D. FARACE, *op. cit.*, p. 625.

intervenire anche anteriormente ma non può essere efficace prima dell'adempimento stesso<sup>115</sup>. 3) La quietanza del creditore originario.

Come osservato in tema di surrogazione, anche in tema di portabilità la quietanza non assume valenza strutturale non risultando preordinata alla produzione dell'effetto della surrogazione ma, piuttosto alla realizzazione della opponibilità della surrogazione stessa<sup>116</sup>.

La dottrina ha distinto in termini causali la fattispecie del contratto di mutuo relativo ad un'operazione di portabilità e la fattispecie del contratto di mutuo relativo ad una mera surrogazione per volontà del debitore. Infatti affinché sussista e si realizzi la fattispecie della portabilità, la surrogazione deve assurgere ad elemento causale essenziale del contratto di mutuo<sup>117</sup>.

Si osserva come il legislatore introducendo il meccanismo di portabilità, ha inteso dare nuova vita all'istituto della surrogazione per volontà del debitore. In particolare l'istituto in esame, come più volte detto, si inserisce in una logica di liberalizzazione dell'operatività finanziaria, che interviene sui contratti di finanziamento, sui relativi costi transattivi e, più in generale, sui rapporti del circuito dei finanziamenti<sup>118</sup>.

In tale logica nel testo di legge sono stati inseriti diversi incentivi quali la previsione del mantenimento dei benefici fiscali ottenuti con il finanziamento originario, previsto dall'art. 120 *quater*, comma 8 T.U.B. e meccanismi sanzionatori come il rimedio del risarcimento del danno in favore del debitore in caso di ritardo nella surrogazione,

<sup>115</sup> B. CARPINO, *op. cit.*, p. 65.

<sup>116</sup> V. *supra*. A. BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in *Il contributo del Notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Milano-Roma, 2008, p. 154 prospetta varie possibilità di realizzazione della fattispecie della portabilità. Si ipotizzano tre differenti strade: stipula di un unico atto, nel quale convergono il mutuatario, la vecchia banca e la nuova banca; stipula di tre diversi atti (il nuovo mutuo, l'atto di quietanza e l'atto di surroga); stipula di due atti: il nuovo mutuo e un altro atto, nel quale siano contenute sia la quietanza che la dichiarazione di surroga. In tale ultimo caso, per l'A., la surrogazione deve avvenire non al momento della stipulazione del contratto di mutuo ma piuttosto al momento del rilascio della quietanza.

<sup>117</sup> Cfr. P. SIRENA, *ult. op. loc. citt.*

<sup>118</sup> Così V. LEMMA, *op. loc. citt.*

la declaratoria di nullità di quelle clausole aventi lo scopo di impedire o comunque limitare l'esercizio della facoltà di surrogazione per il debitore.

Con riferimento al risarcimento del danno per ritardo nella surrogazione l'art. 120 *quater*, comma 7, come detto, dopo aver previsto che la surrogazione di cui al comma primo deve perfezionarsi entro il termine di trenta giorni dalla data in cui il cliente chiede al mutuante surrogato di acquisire dal finanziatore originario l'esatto importo del proprio debito residuo, sancisce che «(n)el caso in cui la surrogazione non si perfezioni entro il termine di trenta giorni, per cause dovute al finanziatore originario, quest'ultimo è comunque tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'1 per cento del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a cause allo stesso imputabili».

La dottrina ha evidenziato i seguenti aspetti problematici proponendo relative soluzioni<sup>119</sup>.

Il primo aspetto riguarda la imputabilità della responsabilità del ritardo al surrogante. Con riguardo alla versione vigente e in particolare dall'inciso «per cause dovute al finanziatore originario», parrebbe logico ritenere che il finanziatore originario è tenuto alla «penale legale» solo quando il ritardo gli sia imputabile.

Non sarebbe imputabile alcuna responsabilità al finanziatore originario quando il ritardo dipende da caso fortuito e/o forza maggiore o da fatto imputabile anche solo in parte al cliente e quando la richiesta di collaborazione del finanziatore subentrante manifesti già che l'operazione non potrà perfezionarsi nel termine<sup>120</sup>.

In pratica l'art. 120 *quater* presume la colpa del finanziatore originario, salva prova contraria che questi potrà dare dimostrando che il ritardo dipende da caso fortuito e/o forza maggiore, dal cliente, dalla tardività della stessa richiesta di collaborazione del finanziatore subentrante.

Va detto che l'ultima parte dell'art. 120 *quater* prevede la possi-

<sup>119</sup> Sul punto G. MUCCIARONE, *op. loc. citt.*

<sup>120</sup> *Ibidem.*

bilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a cause allo stesso imputabili, il che parrebbe essere significativo che il mutuante originario sia sempre tenuto a rispondere in caso di imputabilità a se medesimo e/o al finanziatore responsabile. In quest'ultimo caso però avrà diritto a rivalersi sul responsabile.

Un secondo aspetto riguarda l'applicabilità della norma in esame al caso della mancata surroga. Sebbene la norma faccia riferimento solo ad ipotesi di ritardo, parrebbe illogico che non siano ammesse sanzioni in caso di mancata surroga imputabile al mutuante surrogante o al mutuante surrogato.

Va detto che in tale ipotesi potrà farsi ricorso alla disciplina generale della responsabilità per inadempimento agli obblighi da contratto. Le regole di condotta previste dalla normativa diventano parte del contenuto contrattuale sia del mutuo originario sia del mutuo costituito per estinguere il primo. Sia il finanziatore originario sia il secondo mutuante, infatti, sono tenuti ad una condotta corretta e non ostantiva al tempestivo compimento della procedura mediante cui si attua la portabilità<sup>121</sup>.

Altro aspetto riguarda la quantificazione della penale. La norma parametrizza la penale al valore del finanziamento.

La dottrina individua tre possibilità riguardo al momento cui fare riferimento per la quantificazione del capitale «residuo»: prendere in considerazione il tempo della richiesta del cliente al finanziatore subentrante; oppure il momento in cui il finanziatore subentra; od ancora il tempo in cui viene estinto integralmente il debito. Si nota come quest'ultima soluzione favorirebbe proprio il soggetto responsabile ovvero il finanziatore originario. Si ritiene pertanto ragionevole individuare il capitale residuo cui tener conto in quello dovuto al mo-

<sup>121</sup> L'ABF, Milano, n. 204/2012 ha giudicato un caso di mancata surroga all'origine della quale risultava un ritardo del finanziatore originario nel fornire i conteggi. L'ABF ha applicato l'art. 120 quater ragguagliando la penale al tempo intercorso tra il termine non rispettato ed il momento in cui «era ormai chiaro che l'operazione non si sarebbe perfezionata», individuato in quello del reclamo. Si veda sul punto G. MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 16.

mento della richiesta del cliente, sottratto della parte eventualmente restituita<sup>122</sup>.

Con riferimento alla declaratoria di nullità di cui all'art. 120 *quater*, 6° comma, la norma prevede che qualunque patto, anche successivo alla conclusione del finanziamento, teso a impedire l'esercizio della surrogazione o a renderlo più complesso sia affetto da radicale nullità, per contrarietà a norme imperative.

Inoltre il quarto comma dell'art. 120 *quater* prevede il divieto di addebitare spese al debitore, di qualunque genere, anche in forma indiretta, per le procedure di surrogazione e di istruzione della pratica.

Al riguardo parte della dottrina vede in tale ultimo disposto normativo, regole meramente programmatiche<sup>123</sup>. Tenuto conto dell'interesse generale che tali disposizioni mirano a tutelare, parrebbe più corretto parlare di norme imperative. La loro violazione dovrebbe quindi dar luogo a nullità c.d. virtuale<sup>124</sup>. Sicché la previsione di spese, addebitate al debitore anche in forma indiretta per le procedure di surrogazione e di istruzione della pratica, dovrebbe dirsi nulla.

Le banche hanno creato un sistema di prassi che vengono adottate contrattualmente per operare il meccanismo della surroga in caso

<sup>122</sup> Si veda sul punto G. MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 18.

<sup>123</sup> Cfr. V. LEMMA, *op. cit.*, p. 1795.

<sup>124</sup> La categoria della nullità virtuale risulta essere una categoria ormai comunemente accolta dagli interpreti. V. per tutte da ultimo Cass. 28.3.2006, in *Mass. Foro it.*, 2006.

In dottrina: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 471 ss.; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 68 ss.; F. CHIAPPETTA, *I contratti d'investimento, la violazione della disciplina sulla sollecitazione del pubblico risparmio ed il problema della nullità c.d. virtuale*, in *Riv. dir. comm.* 1991, II, p. 80 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 25 ss.; G. DIMITO, *Nullità, nullità virtuale ed interessi tutelati*, in *Giur. pugliese*, 1995, p. 62 ss.; P. ZANELLI, *La nullità inequivoca*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 1256-1259; F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in *Simulazione, nullità del contratto e annullabilità del contratto*, a cura di Galgano F., Peccenini F., Franzoni M., Memmo D., Cavallo Borgia R., in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, continuato da F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, p. 79 ss.

di estinzione di un mutuo bancario con contemporanea costituzione di altro mutuo bancario e subentro del nuovo mutuante nelle garanzie.

Una prima modalità riguarda la concessione di mutuo finalizzato alla estinzione del precedente con un mandato emesso nelle casse della banca mutuante stessa e contenente l'ordine di versare alla parte mutuataria la somma da questa dovuta. Questa dichiara di aver stipulato il mutuo al solo scopo di destinare le somme rinvenienti al pagamento del precedente finanziamento che si intende estinguere. A tal fine il mutuatario delega la banca mutuante a versare l'importo erogato alla banca creditrice originaria attraverso, ad esempio, l'emissione di assegni circolari muniti di clausola di non trasferibilità ed intestati a detta parte creditrice originaria.

Si prevede poi che, al fine di garantire la restituzione della somma mutuata ed il pagamento degli interessi, degli accessorie e di quant'altro dovuto in dipendenza del contatto, la parte mutuataria consente alla seconda banca di surrogarsi mediante annotazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2843 nell'ipoteca iscritta concessa in favore della prima banca.

È anche possibile che la seconda banca conceda a titolo di mutuo la somma dovuta destinata al pagamento del mutuo originario con surroga nella ipoteca, ad esso collegata, prevedendo che il pagamento sia effettuato con accredito presso il conto corrente intestato alla parte mutuataria con emissione di assegno circolare non trasferibile intestato alla parte creditrice e a quest'ultima contestualmente consegnato.

Ancora è possibile che si preveda la concessione di un mutuo da parte di una seconda banca con versamento della somma mutuata alla parte finanziata la quale dichiara di averla mutuata per far fronte al pagamento del debito che ha nei confronti della banca surrogata. La parte finanziata dichiara inoltre di surrogare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1202 la seconda banca mutuante in tutti i diritti, azioni, privilegi e garanzie che competono alla prima banca mutuante in dipendenza del primo contratto di mutuo.

### 3.4. *La cessione dei crediti deteriorati e garanzie*

La crescita dei crediti deteriorati, anche nel settore del credito al-

l'agricoltura, vede come risposta una corrispondente crescita delle operazioni volte alla cessione dei portafogli NPLs.

Si dice che vi è una «debancarizzazione» delle sofferenze, in quanto i crediti deteriorati vengono ceduti a investitori finanziari anche con azioni giudiziali già pendenti<sup>125</sup>.

Ricorre in queste ipotesi l'istituto della cessione in blocco di cui all' art. 58 T.U.B. ove si prevede:

<sup>125</sup> Ne segue il problema dell'applicabilità dell'art. 111 al processo esecutivo. L'art. 110 c.p.c. stabilisce che se la parte viene meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore a titolo universale o nei suoi confronti.

L'art. 111 c.p.c., invece, prevede che la successione a titolo particolare nella titolarità del diritto controverso ha un'incidenza specifica sullo svolgimento del processo solo se avviene *mortis causa*, perché in tal caso la prosecuzione è possibile solo nei confronti del successore; in mancanza il processo è interrotto.

Cfr. Cass., 1 luglio 2005, n. 14096, in *Giust. civ. Mass.*, 2005 dove si legge: «la successione a parte creditoris non è prevista espressamente dalla legge con riferimento al processo esecutivo, ma è stata ripetutamente considerata dalla giurisprudenza di questa Corte per consentire la prosecuzione del processo esecutivo dopo l'alienazione del credito sia al creditore originario, sia a quello subentrante (Cass. 8 dicembre 2003, n. 73; 6 luglio 2001, n. 9211; 15 settembre 1995, n. 9727; 20 marzo 1991, n. 2955; 7 aprile 1986, n. 2405). La Corte, infatti, ha considerato che al processo esecutivo può essere applicato il principio generale dettato dall'art. 111 cod. proc. civ. per il giudizio contenzioso, che consente la successione nel diritto controverso anche quando essa si determini in pendenza del processo esecutivo. La conferma del principio richiede che siano chiari i limiti dell'estensione soggettiva del titolo esecutivo, con la precisazione che in questo giudizio interessa la portata attiva di tale estensione. Con riferimento a questo particolare tema, in una fattispecie in cui il titolo esecutivo era costituito da sentenza di condanna ad un fare specifico, è stato già ritenuto che per la soluzione del problema soccorre la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 475 cod. proc. civ., secondo il quale il titolo esecutivo spiega la sua efficacia in favore del titolare del credito e di tutti i suoi successori, siano essi a titolo universale o a titolo particolare. Ognuno di questi soggetti, infatti, può giovare dell'estensione degli effetti del giudicato favorevole contenuto nella sentenza fatta valere come titolo esecutivo, secondo la disposizione indicata dall'art. 2909 cod. civ., e può chiedere la spedizione del titolo in forma esecutiva, naturalmente quando questa è chiesta dalla legge: Cass. 17 dicembre 2003, n. 601. 2». Contro l'applicazione dell'art. 111 nel processo di esecuzione C. App. di Napoli, 11 settembre 2009, *De iure*.

- a) la notificazione della cessione mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale;
- b) l'iscrizione della cessione presso il Registro delle Imprese;
- c) la conservazione dei privilegi e delle garanzie ipotecarie stabilite a favore del cedente senza bisogno di alcuna formalità. Vi è, dunque, l'esonero della disposizione di cui all'art. 2843 c.c.

La norma introduce una semplificazione dell'operazione dato che, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la cessione dei crediti diviene opponibile *erga omnes*. La formalità della pubblicazione ed iscrizione è quindi equiparata, a tutti gli effetti, alla notificazione ed all'accettazione della cessione da parte dei debitori ceduti, secondo la previsione dell'art. 1264 c.c.<sup>126</sup>.

Inoltre a decorrere dal medesimo momento, tutte le garanzie, reali e personali, rispetto ai crediti ceduti, si trasferiscono automaticamente al cessionario, senza la necessità di osservare le speciali formalità richieste dalla legge per il trasferimento delle diverse tipologie di garanzie.

L'art. 58 T.U.B. che disciplina la cessione dei crediti in massa, condiziona l'applicabilità della disciplina in esso contenuta al requisito della individualità in blocco della pluralità dei crediti ovvero deve trattarsi di crediti raggruppabili secondo criteri tali da assicurare la omogeneità economica e/o finanziaria degli stessi.

La Banca d'Italia<sup>127</sup> ha definito i rapporti giuridici individuabili in blocco come quei crediti, debiti e contratti che presentano un comune elemento distintivo rinvenibile: nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell'area

<sup>126</sup> Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Giust. Civ. mass.*, in tema di notificazione della cessione di crediti, ha evidenziato come l'art. 58 del T.U.B. abbia inteso agevolare la realizzazione della cessione «in blocco» di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti e degli aventi causa, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale, e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti o, l'annotazione nei registri.

<sup>127</sup> Cfr. Bollettino di vigilanza n. 7 /2001

territoriale e in qualunque altro elemento che possa accomunare il complesso dei rapporti ceduti.

Ciò posto anche il garante può trovarsi a subire le sofferenze del credito principale e non potrà cedere il credito non essendo il creditore. Ove il credito principale sia ceduto, per contro, la garanzia personale cirolerà unitamente al credito, come detto, in base all'art. 58 T.U.B. per le cessioni in blocco. Il principio si trova espresso anche nella disciplina codicistica della cessione del credito all'art. 1263 su cui abbiamo già avuto modo di soffermarci.

Il garante potrà cedere la propria posizione creditoria verso il garantito consistente nel diritto alla rivalsa per quanto pagato al creditore in virtù della garanzia personale prestata. Si tratta di una posizione creditoria puramente futura ed eventuale che si realizzerà nel momento in cui il creditore principale azionerà il suo diritto verso il garante che potrà essere tenuto a pagare in via subordinata rispetto al debitore originario oppure a prima richiesta. Si tratterà quindi di una cessione inquadrabile nei termini della «cessione di crediti futuri». Da tempo sulla base del disposto dell'art. 1348 la nostra dottrina e giurisprudenza ammettono anche la cessione dei crediti non ancora esistenti<sup>128</sup>.

#### 4. *Mutualità nel credito agricolo*

Ormai il fenomeno della mutualità anche in ambito imprenditoriale ha preso una evidenza ed un pieno riconoscimento da parte dello stesso legislatore. Non vi è dubbio che le cooperative e i consorzi tra imprenditori sviluppano funzioni mutualistiche dirette all'ausilio

<sup>128</sup> P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, vol. II, 1967, pp. 502 e ss. In giurisprudenza si veda Cass., 18 dicembre 2007, n. 26664, in *Giust. civ. mass.*, 2007; Cass., 05 giugno 1978, n. 2798, *ivi*, 1978: «In applicazione dei principi generali sull'oggetto del contratto, di cui agli artt 1346 e 1348 Cod. civ., deve ritenersi consentito un negozio di cessione di credito futuro, ove questo sia determinabile con riferimento ad uno specifico rapporto, e, quindi, anche un accordo che preveda una cessione futura da perfezionarsi con riferimento ad un credito determinato, quando esso venga ad esistenza».

e all'incremento dei profitti di tutti gli imprenditori facenti parte del consorzio<sup>129</sup>. La stessa distinzione tra cooperativa e consorzio<sup>130</sup>, in-  
contra un ridimensionamento dal momento che, dopo la riforma so-  
cietaria del 2003, l'art. 2538 in materia di assemblea delle società coo-  
perative prevede espressamente al quarto comma la possibilità che i  
soci realizzino lo scopo mutualistico «attraverso l'integrazione delle  
relative imprese o di talune fasi di esse»<sup>131</sup>.

La mutualità nel credito agricolo trova espressione in differenti  
momenti e in particolare: nell'accesso al credito, laddove l'impresa  
agricola si associa a cofidi per ottenere garanzie richieste al fine di  
beneficiare di erogazioni e finanziamenti; nella partecipazione al ri-  
schio creditizio nel momento in cui l'impresa agricola partecipa al fi-

<sup>129</sup> Osservava G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della pro-  
duzione e degli scambi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico  
dell'economia*, diretto da Galgano, Padova 1981, p. 351 ss. la necessaria distin-  
zione tra cooperative di lavoratori e consorzi tra imprenditori: «Lo scopo mu-  
tualistico dei soci cooperatori è profondamente diverso da quello dei consorzi-  
ati. I primi, in quanto lavoratori o consumatori, si propongono di realizzare  
un incremento del salario o un risparmio nelle proprie economie individuali o  
familiari, i secondi, in quanto imprenditori, mirano a conseguire un aumento  
del profitto, sia riducendo i costi di produzione, sia aumentando il prezzo di  
vendita dei prodotti». Osservano A. PEZZINI e M. DI CESARE, *Le piccole e me-  
die imprese*, in *Europa. Innovazione, ricerca e sviluppo tecnologico, responsabi-  
lità sociale e finanza d'impresa*, Catanzaro, 2003, p. 4 «L'impresa, prima ancora  
che una realtà economica regolata da procedure e disciplina, è un soggetto ideale  
fatto di ...tensioni morali e sociali da coniugare con il mercato e la competi-  
zione».

<sup>130</sup> Si soleva osservare che il consorzio non svolge un'attività d'impresa, ma  
mette in comune singole fasi parziali delle attività delle imprese consorziate par-  
tecipanti, oppure realizza un coordinamento delle attività delle singole imprese.  
Laddove la cooperativa è una forma associativa tra soggetti che decidono gesti-  
scono in comune una impresa che si prefigge lo scopo di fornire innanzitutto  
agli stessi soci quei beni e servizi oggetto dell'attività della cooperativa stessa. V.  
R. COSTI, *op. loc. cit.*

<sup>131</sup> Si veda lo Studio n. 5700/I del Notaio Gaetano Petrelli, *I CONFIDI  
COSTITUITI IN FORMA DI SOCIETÀ COOPERATIVA*; G. BONFANTE,  
*Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Bonfante, Cot-  
tino, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, p. 2387. Prima della riforma si veda  
F. CARABBA, *Il problema della forma giuridica per le garanzie mutualistiche*, in  
*Riv. not.*, 2002, p. 62 ss.

nanziamento di fondi finalizzati alla erogazione di controgaranzie o co-garanzie; nella adesione a consorzi al fine di ottenere consulenze e aderire a forme di garanzia assicurativa collettive per favorire l'accesso al credito.

Per tal via il rischio del credito viene condiviso tra le imprese agricole attraverso varie modalità di compartecipazione allo stesso. Non si prevede quindi un reciproco aiuto attraverso una condivisione di mezzi e di servizi in funzione collaborativa ai fini del raggiungimento di risultati di comune interesse, ma piuttosto un condivisione del rischio che permetta una sostenibilità delle relative perdite.

Il concetto di mutualità del rischio trova una particolare espressione nell'ambito assicurativo in cui opera un meccanismo di inversione del ciclo produttivo con una ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati i quali sembrano pagare un premio senza ricevere il corrispettivo di una prestazione dell'assicuratore. Sarà possibile che il singolo assicurato, pur pagando un premio, non riceva alcun indennizzo perché non ha subito alcun sinistro nel periodo di copertura. In pratica l'assicurato con la stipula di un contratto di assicurazione verrebbe a partecipare ad una mutualità tra assicurati sostenendo in parte le perdite altrui. Tale mutualità pone in ombra la natura sinallagmatica del rapporto individuale tra assicurato e assicuratore. Varie sono le teorie addotte a fondamento della natura sinallagmatica del contratto di assicurazione. Alcuni individuano la corrispettività nella correlazione tra l'obbligazione certa dell'assicurato e la prestazione dell'assicuratore che qualificano come condizionata<sup>132</sup>. Altri diversamente individuano una correlazione tra la prestazione di pagamento del premio e la prestazione di garanzia dell'assicuratore, entrambe attuali<sup>133</sup>. Vi è infine chi, movendo dalla considerazione circa l'irrelevanza nel nostro ordinamento di forme di sinallagma genetico risultante sul mero piano delle promesse tra le parti, parlano di una corrispettività tra le utilità conseguite dalle parti me-

<sup>132</sup> Cfr. F. HAYMANN, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, in *Assicurazioni*, 1938, I, 49 ss.; VITERBO, *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, p. 145.

<sup>133</sup> V. E. BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, p. 364 ss.

dianche l'esecuzione delle prestazioni<sup>134</sup>. Non è poi forse neppure corretto operare una netta distinzione tra mutualità e scambio in quanto l'uno non esclude l'altra come la dottrina ha recentemente evidenziato in ambito di credito cooperativo con particolare riguardo alle cooperative a mutualità prevalente<sup>135</sup>.

Ci pare che altra sia la mutualità «di garanzia» propria dei Cofidi che poggia come detto su un fenomeno associativo e che porta ad una condivisione del rischio creditizio tra i soci del Cofidi attraverso il versamento di contributi che vanno a costituire il fondo di garanzia a prescindere dal fatto che le garanzie vengano poi concesse ai soci che hanno versato il contributo<sup>136</sup>.

La questione ha trovato un'evidenza applicativa con riferimento al diritto alla restituzione dei contributi versati in caso di recesso del socio che non ha esercitato il diritto di accesso al fondo. Sul punto si pronunciato anche recentemente l'ABF - Collegio Napoli con la decisione n. 4665 del 19 maggio 2016. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerneva il tema della liceità del rifiuto opposto dall'intermediario alla richiesta di restituzione delle somme versate a titolo di «fondo rischi» collegate alla prestazione di garanzie da parte di un Confidi in favore di un proprio associato dopo l'e-

<sup>134</sup> In tal senso G. SCALFI, *Corrispettività e alea*, Milano, 1960, p. 121.

<sup>135</sup> E. CAPOBIANCO, *Mutualità e scambio nelle banche del credito cooperativo*, in *DIMAF*, 2017, p. 7 ss. Per la dottrina tra i primi commenti alla riforma del 2016 cfr. F. CAPRIGLIONE, *Approvata la legge di conversione del d.l. n. 18/2016. Un'opzione normativa poco convincente*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); G. BONFANTE, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, in *Dir. econ. impr.*, 2016, n. 2, p. 104 ss.; F. FIORDIPONTI, *Banche di credito cooperativo: una riforma a due velocità*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, n. 6, p. 1 ss.; S. AGOSTINI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, in *Cooperative e enti non profit*, 2016, n. 6, p. 7 ss.

<sup>136</sup> F. CARABBA, *Atto costitutivo, autonomia contrattuale e aspetti mutualistici nel tipo societario cooperativo*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1090; M.C. TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano 2002, p. 62 ss.; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 130 ss.; A. BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli 1976, p. 101 ss.; ID., *I consorzi-fidi nella legge di riconversione industriale*, in *La crisi dell'impresa industriale*, a cura di G. Minervini, Napoli 1980, p. 285.

stinzione delle garanzie e del conseguente recesso del socio. Il Collegio si richiama a sue precedenti decisioni<sup>137</sup> e chiarisce «che là dove la prestazione patrimoniale di cui si chiede la restituzione si correla causalmente con la partecipazione al Confidi, e dunque si possa qualificare, sotto un profilo funzionale, come eseguita *societatis causa*, la controversia esula dall'ambito dei poteri di cognizione dell'Arbitro. Questo principio appare applicabile anche al caso di specie. Sembra al Collegio che la somma versata dalla ricorrente, a titolo di quota «fondo rischi», debba essere considerata espressione del generale obbligo di contribuzione gravante a carico dei soci e, dunque, riconducibile al rapporto sociale piuttosto che non come componente di costo della garanzia in favore del singolo consorziato e in quanto tale, in qualche misura, indipendente dalla qualità di «socio» di quest'ultimo».

##### 5. *Credito Agricolo e coperture assicurative*

Anche il legame più volte sottolineato tra assicurazioni contro calamità naturali e erogazione del credito ripropone aspetti di mutualità.

Il carattere biologico dell'attività agricola caratterizza il relativo rischio di impresa, in quanto le decisioni assunte dagli imprenditori in tale settore sono condizionate nella loro resa dal susseguirsi di eventi sui quali hanno limitate possibilità di intervento.

Per far fronte a tali rischi l'impresa agricola ha davanti a sé due possibili linee operative: misure di internalizzazione del rischio con strategie volte a sostenerlo direttamente, misure di esternalizzazione del rischio attraverso l'intervento pubblico o attraverso il trasferimento del rischio ad altri operatori economici privati come le imprese di assicurazione<sup>138</sup>.

In tale prospettiva non si può mancare di evidenziare come i cambiamenti climatici abbiano enfatizzato il problema imponendo una ri-

<sup>137</sup> Collegio di Napoli, nn. 7793/2015, 7784/15; 2365/12.

<sup>138</sup> Cfr. C. CAFIERO, F. CAPITANIO, A. CIOFFI e A. COPPOLA, *La gestione del rischio nelle imprese agricole tra strumenti privati e intervento pubblico*, in *Agriregionieuropa*, 2007, fasc. 8, p. 1.

flessione sulla gestione dei rischi agricoli. I cambiamenti climatici rappresentano la maggiore incognita del settore agricolo a livello mondiale.

Per quanto riguarda l'Italia vari progetti sugli scenari climatici indicano un innalzamento delle temperature medie di circa 1,5°-2° fino al 2050 in particolare nel Sud Italia e una contestuale riduzione delle precipitazioni annue, con un aggravamento della desertificazione nelle zone più mediterranee del Paese e un anticipo delle fasi variabile a seconda della coltura<sup>139</sup>.

Le politiche e le misure di mitigazione di tali cambiamenti non risultano ancora sufficienti. Pertanto nel breve periodo le soluzioni andranno ricercate piuttosto nell'adattamento delle pratiche agricole ai nuovi scenari climatici e ambientali.

Con riferimento alla possibilità di gestire tali rischi attraverso meccanismi di esternalizzazione verso i privati, non si può mancare di rilevare come l'offerta di contratti assicurativi per la copertura di rischi di produzione in agricoltura è segnatamente condizionata da due profili problematici: l'asimmetria informativa e la sistemicità del rischio. La prima è determinata dal fatto che le compagnie assicurative non conoscono perfettamente il profilo di rischio dell'impresa agricola. Questo determina che anche in presenza di rischi controllabili da parte degli agricoltori, non sia possibile per l'assicuratore adottare i consueti strumenti di gestione del rischio attraverso incentivi a condotte prudenziali dell'assicurato quali l'inserimento nelle condizioni generali di contratto di clausole bonus/malus, franchige, classi di rischio ecc. Il secondo problema è dato dalla alta correlazione tra le perdite dei singoli assicurati, condizione questa che impedisce ad una compagnia di assicurazione tradizionale di avere successo fatta eccezione per alcuni rischi poco sistemici come la grandine o gli incendi.

I seguenti aspetti sono stati affrontati in Italia secondo una combinazione tra intervento pubblico e privato con un progressivo contenimento delle misure compensative pubblicistiche.

L'Italia è stata uno dei primi Paesi europei ad aver affrontato, in modo sistematico, la gestione dei rischi in agricoltura con l'istituzione

<sup>139</sup> Per tali considerazioni si rinvia al Quaderno Inea, *Prospettive della gestione del rischio in agricoltura. Riflessione per un sistema integrato per la PAC post 2013*, Roma, 2012, p. 14.

del Fondo di Solidarietà Nazionale (di seguito FSN) avvenuto con Legge n. 364 del 25 maggio 1970, uno strumento che ha istituzionalizzato il principio della solidarietà per le imprese che subiscono danni causati da variabili al di fuori del proprio controllo<sup>140</sup>.

Complessivamente la spesa pubblica destinata agli interventi del FSN nei primi trenta anni è stata assorbita per più del 70% da interventi compensativi e per impianti di difesa attiva. A partire dagli anni novanta si è registrata un'inversione di tendenza: la spesa per i suddetti interventi di soccorso ha subito, tranne poche isolate eccezioni, riduzioni continue; i volumi assicurativi e le rispettive agevolazioni pubbliche hanno fatto registrare, una costante anche se graduale crescita, fino alla profonda riforma del FSN sancita dal D.lgs. 102/2004, adottato in attuazione della Legge n. 38 del 7 marzo 2003, recante «Interventi finanziari a sostegno delle imprese agricole»<sup>141</sup>.

Tale atto normativo, oltre a ordinare in chiave sistematica la precedente legislazione, ha aggiornato la disciplina nazionale della gestione dei rischi agricoli, soprattutto al fine di adattarla ai nuovi orientamenti comunitari e modernizzare gli strumenti di gestione dei rischi a disposizione delle imprese agricole.

Il D.lgs. 102/2004, pur confermando in sostanza sia i precedenti strumenti di tipo *ex-ante* per la promozione delle coperture assicurative, attraverso il contributo pubblico sul premio, sia quelli di tipo *ex-post*, tramite interventi compensativi per danni alle produzioni e alle strutture agricole nonché gli interventi per il ripristino delle infrastrutture, ha introdotto importanti novità dal punto di vista operativo. Ricordiamo i livelli di contributo pubblico sul premio stabiliti in base alle soglie di danno, così come disposto dalla regolamentazione comunitaria in materia, e l'obbligo di assicurare almeno l'intera produzione comunale del singolo prodotto che l'azienda intende

<sup>140</sup> La disciplina del FSN è stata nel tempo aggiornata con una serie di provvedimenti, alcuni di carattere organico (Legge n. 590 del 15 ottobre 1981, Legge n. 185 del 14 febbraio 1992, D.lgs. n. 102 del 29 marzo 2004) altri di carattere specifico (il DPR n. 324 del 17 maggio 1996; art. 127 della Legge n. 388 del 23 dicembre 2002; Decreto legge n. 200 del 13 settembre 2002 convertito nella Legge n. 256 del 13 novembre 2002, il D.lgs. 18 aprile 2008 n. 82).

<sup>141</sup> Per tale analisi si rinvia al Report ISMEA, *L'assicurazione agricola agevolata in Italia*, Roma, 2011, p. 5 ss..

coprire con la garanzia assicurativa. Anche le condizioni in presenza delle quali è possibile concedere contributi alle imprese agricole sono state definite dal D.lgs. 102/2004 conformemente alla normativa comunitaria.

Gli interventi che possono essere attivati a carico del FSN sono essenzialmente di due tipi: misure volte a incentivare la stipula di contratti assicurativi e interventi compensativi, esclusivamente nel caso di rischi non assicurabili.

Inoltre, è previsto che annualmente venga adottato, dopo la valutazione di proposte discusse da una specifica Commissione tecnica, con Decreto del Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, il Piano assicurativo agricolo, un provvedimento che individua le tipologie di polizza, le aree territoriali, i prodotti e tutte le altre variabili di interesse ai fini della concessione e quantificazione del contributo pubblico sui premi.

Già nel piano assicurativo agricolo 2013 risultano strategie volte ad innovare il passato sistema di copertura con interventi volti a consentire una migliore sostenibilità del sistema assicurativo, favorendo così la propensione degli assicuratori a farsi carico dei rischi, e da un altro a muovere in concreto, attraverso misure incentivanti, l'interesse degli agricoltori verso la stipulazione di nuove e più adeguate coperture assicurative.

Tra gli elementi di maggiore novità del piano ricordiamo: l'abbandono del sostegno alle polizze monorischio e la concentrazione invece delle risorse pubbliche, comunitarie e nazionali, sulle forme di copertura pluri e multi-rischio, mediante la rimodulazione delle percentuali massime di intervento; maggiori incentivi ai nuovi assicurati; differenziazione tra eventi catastrofali, come ad esempio la siccità, da quelli sistemici, come la grandine, per consentire una migliore sostenibilità del sistema ed una maggiore propensione delle imprese assicurative a prendere in carico i rischi; possibilità per le imprese agricole di indirizzare la copertura assicurativa verso i rischi che hanno concreta possibilità di verificarsi nei territori di riferimento; associazione del rischio «colpo di sole» con quello di «venti sciroccali», e «gelo/brina» con «sbalzi termici», per garantire una migliore distribuzione territoriale dei rischi stessi; ampliamento delle possibilità assicurative per la zootecnia, come ad esempio le riduzioni di produ-

zione di latte bovino a seguito di squilibri termo-igrometrici, introdotte a livello sperimentale; possibilità per i produttori di mais di assicurare le produzioni contro le fitopatie responsabili delle aflatoxine nel mais.

Il sistema sembra insomma continuare a muoversi in una logica di modernizzazione della gestione del rischio in agricoltura con strumenti di razionalizzazione delle agevolazioni pubbliche sui premi assicurativi per la promozione di polizze innovative.

Non bisogna inoltre dimenticare, a complemento di ciò, l'importanza dell'adeguamento delle modalità di intervento riassicurativo.

Al riguardo già dal 2013 si notano interventi innovatori:

– l'ampliamento delle tipologie di polizze riassicurabili, incluse tutte le polizze sperimentali e innovative compatibili con la normativa comunitaria, evitando vincoli a tipologie contrattuali prefissate. Potranno essere utilizzate tutte le tecniche riassicurative presenti sui mercati internazionali, ampliando l'offerta e la concorrenza dei prodotti assicurativi, con conseguente diminuzione dei costi di riassicurazione.

– la previsione della possibilità di ricorrere alla riassicurazione non proporzionale «stop loss» al fine di incrementare la leva riassicurativa e gli effetti sulle polizze multi rischio incentivate dal Piano assicurativo, anche in termini di contribuzione, in quanto unica tipologia assicurativa che consente di prendere in considerazione i rischi catastrofali, come siccità e alluvioni.

Il programma di sviluppo rurale 2014-2020 conferma la tendenza della Commissione a considerare primario il sostegno all'accesso degli agricoltori agli strumenti assicurativi e mutualistici per la gestione dei rischi e lo sviluppo di forme di copertura che siano coerenti con la diversità dei quadri nazionali<sup>142</sup>.

Nello specifico l'insieme degli strumenti disegnato dalla bozza di regolamento sullo sviluppo rurale si compone di tre misure:

1. contributi ai premi assicurativi per perdite derivanti da avver-

<sup>142</sup> Sul punto R. D'AURIA, F. CAPITANIO, F. ADINOLFI, M. DI DOMENICO e M. GUIDO, *La gestione del rischio in agricoltura nella futura politica di sviluppo rurale dell'UE*, in *Agriregionieuropa*, Dic 2011, p. 45

sità atmosferiche, malattie degli animali e delle piante e infezioni parassitarie;

2. contributi a fondi mutualistici diretti a indennizzare gli agricoltori per perdite derivanti da malattie degli animali o piante o in caso di incidenti ambientali;

3. uno strumento di stabilizzazione del reddito, consistente nel versamento di contributi finanziari ai fondi di mutualizzazione per il pagamento di compensazioni finanziarie agli agricoltori che subiscono un drastico calo di reddito.

Difficile è fare delle valutazioni prospettiche dei risultati ottenibili con tali strumenti. Molto dipenderà dalle scelte che verranno adottate da ciascuno Stato membro e dal livello di integrazione e combinazione delle varie misure<sup>143</sup>.

Per il momento si rileva come molto vi sia da fare a livello nazionale.

<sup>143</sup> Al riguardo nel Paper, ricordato nella precedente nota, di R. D'AURIA, F. CAPITANIO, F. ADINOLFI, M. DI DOMENICO e M. GUIDO, *op. cit.* si evidenzia come: « Dal regolamento non appare chiara, al momento, la possibile strategia di integrazione degli strumenti o eventuali trade-off nelle scelte sul loro utilizzo. I primi due interventi sono senza dubbio da considerarsi complementari in quanto sono destinati a coprire perdite derivanti da cause in parte diverse. Il terzo strumento può essere utilizzato in alternativa ai due precedenti, operando a compensazione delle perdite di reddito che possono derivare anche dai rischi di produzione coperti dai primi due strumenti. Tuttavia, l'utilizzo complementare di tutti gli strumenti sembra contemplato dal regolamento nel momento in cui prevede che gli Stati adottino misure dirette ad evitare sovra-compensazioni derivanti dall'utilizzo congiunto degli strumenti di gestione del rischio. Naturalmente, su questi aspetti sarà necessario attendere i regolamenti applicativi della Commissione per avere delle indicazioni più precise. È ovvio, che qualora i Programmi di sviluppo rurale optassero per l'attuazione di tutte le misure di gestione del rischio, sarà necessario operare delle scelte, o comunque stabilire dei vincoli rispetto alle possibilità di accesso della singola impresa ai vari strumenti. La struttura del regolamento proposto dalla Commissione, in realtà, contiene delle misure idonee ad evitare doppi pagamenti per rischi assicurati contemporaneamente con polizza assicurativa/fondo mutualistico e IST. Questo effetto è garantito da due norme: il principio per cui devono essere stabilite delle procedure dirette ad evitare sovra-compensazioni; il meccanismo di contribuzione ai fondi, in base al quale – con riferimento alle perdite della singola impresa – lo stato paga un rimborso al fondo per le sole perdite effettivamente risarcite al beneficiario».

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 297 del 21 dicembre 2017 è stato pubblicato il Decreto del MIPAAF del 6 novembre 2017 recante «Approvazione del Piano assicurativo agricolo per l'anno 2018». Il piano risulta fermo alle posizioni degli anni passati.

Confagricoltura, Asnacodi e ANIA avevano sollecitato un deciso cambio di impostazione chiedendo una maggiore flessibilità.

La copertura delle calamità naturali in agricoltura continua a non avere livelli soddisfacenti ai fini di una mutualizzazione del rischio anche in funzione di una mitigazione del rischio del credito.



## Linee evolutive del credito e delle garanzie in agricoltura

SOMMARIO: 1. Moneta e credito. - 1.1. Funzioni della moneta nella dinamica contemporanea. - 1.2. Moneta e credito agricolo profili evolutivi nel sistema delle garanzie. - 1.2.1. Problemi di circolazione del bene su cui è iscritta ipoteca nei mutui fondiari. - 1.2.2. La attuale crisi delle garanzie reali. - 1.3. Pagamenti e credito. Le lettere di credito nel commercio internazionale dei prodotti agricoli. - 2. Credito agricolo dopo Basilea 2 e Basilea 3. - 2.1. La ricerca del finanziato «iperperformante». - 2.2. La progressiva disintermediazione del credito in agricoltura. - 2.3. Il crowdfunding e il social lending. Aspetti economico giuridici. - 3. Il rischio nella produzione e nel credito: coperture assicurative, derivati e mutualità in agricoltura.

### 1. *Moneta e credito*

Il rapporto che si crea tra finanziato e finanziatore costituisce in capo a quest'ultimo una situazione creditoria ovvero un centro di interessi nei confronti del debitore. Varie sono le forme. È possibile parlare di prestito nel caso della cessione temporanea di denaro in cambio di un interesse. È possibile considerare credito la dilazione di pagamento come nel caso del pagamento di un bene in un tempo successivo a quello che è il termine per la esigibilità secondo le regole generali.

Altre sono le distinzioni che si danno in economia. Il credito può essere consuntivo, se è richiesto dai consumatori per poter soddisfare tutti i propri bisogni (come nel caso di un pagamento rateizzato), oppure produttivo, se è richiesto da imprenditori per compiere investimenti (come nel caso di un mutuo finalizzato al finanziamento di un'impresa). Si distingue inoltre un credito diretto, attraverso uno spostamento di ricchezza diretto tra i due soggetti interessati (finanziato e finanziatore) da un credito indiretto che si ha tipicamente nel caso di un'intermediazione bancaria laddove la banca svolge la fun-

zione allocativa tipica del sistema finanziario consistente nel trasferire temporaneamente i saldi finanziari attivi inutilizzati da un operatore ad un altro che acquisisce questi *assets* per acquisire beni. Questo secondo modello ci conduce al mercato del credito e ai legami tra credito e moneta. I prestiti monetari si realizzano nel mercato monetario se il prestito è a breve termine o sul mercato finanziario se il prestito è a lungo termine (negoziazioni di attività finanziarie come azioni, obbligazioni e titoli di Stato).

Da qui i legami tra credito e moneta. Solo attraverso riflessioni sulle dinamiche monetarie si potranno cogliere a pieno le correlazioni tra innovazioni nel sistema dei pagamenti e della funzione della moneta e le nuove realtà nel sistema creditizio.

### 1.1. *Funzioni e caratteristiche della moneta nella dinamica contemporanea*

Gli studi giuridici che si sono interessati della moneta, in specie coloro che si sono occupati della definizione di obbligazione pecuniaria<sup>1</sup>, tendono ad individuare tre accezioni di moneta: moneta di conto (come parametro misuratore di valori), moneta merce (come oggetto di scambio), moneta bancaria o scritturale.

<sup>1</sup> Si dice comunemente che si tratta di obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro fra i primi a qualificare le obbligazioni pecuniarie all'interno delle obbligazioni di dare v. A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1947, p. 214 ss. Si tende peraltro a perdere la distinzione all'interno delle obbligazioni pecuniarie tra valore e valuta. V. in tal senso già V. LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955; G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, 2112; F. D'AQUINO, *Verso il tramonto dei crediti di valore?*, in *Foro it.*, 1981, 2644; F. MASTROPAOLO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Trecc.*, Roma, 1990; B. INZITARI, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. Disc.priv. sez. civ.*, Torino, 1993, vol. XII, p. 470 ss.; R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti obbligatori*, in *Foro it.*, 1944, p. 48 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni Pecuniarie*, 1996, p. 89 ss.; S. MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, p. 33; P. LAGHI, *Moneta, equilibrio patrimoniale e tutela della persona*, Milano, 2011, p. 4 ss.; A. MALOMO, *Risarcimento da inadempimento di obbligazione pecuniaria*, Napoli, 2012, p. 13 ss.; V. PICCININI, *I debiti di valore*, Milano, 2012, p. 3.

Movendo da tali accezioni del concetto di moneta si sono formati, in sintesi, i seguenti orientamenti:

- moneta come strumento di scambio<sup>2</sup>
- moneta come una *ideal unity*<sup>3</sup>
- moneta come «strumento di intermediazione di scambi»<sup>4</sup>

Tali posizioni fanno da sfondo al problema avvertito dalla scienza giuridica in materia di obbligazioni pecuniarie e di moneta. I giuristi, nell'ancorare il concetto di moneta alle categorie civilistiche, si preoccupano infatti della possibilità di considerare la moneta bene ai sensi dell'art. 810 c.c. Predomina al riguardo la posizione che nega la natura reale della moneta alla quale non sarebbero applicabili le regole proprie della circolazione dei beni<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Si veda T. ASCARELLI, *La moneta*, Padova, 1928, p. 59 ss.; ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, in Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1963, p. 71 ss.

<sup>3</sup> In tal senso A. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Recht*, Tubinga, 1925, p. 1 ss.; V. NEWLIN, *Theory of Money*, Oxford, 1962; O. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlino, 1851, p. 440 ss.; G. SCADUTO, *I debiti pecuniarie e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 68 ss.; A. LUMINOSO, *Orientamenti della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno*, in *Dir. giur.*, 1968, p. 145 ss.; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *EdD*, vol. XXIX, 1979, p. 222; N. DI STASO, *Somma di denaro (debito di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1980, p. 867; B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato diretto da Galgano*, Padova, 1983, p. 18; ID., *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 693 ss.; E. QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, in *Studi senesi*, 1978, p. 140; ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984; A. MAGAZZÙ, *Pagamento*, in AA.Vv., *Diritto monetario*, in *Dizionario di diritto privato*, a cura di N. Irti e G. Giacobbe, V, Milano, 1987, p. 537; V. SANTORO, *L'efficacia solutoria dei pagamenti a mezzo di intermediari*, in G. Carriero-V. Santoro, *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, p. 80; G. LICCARDO, *Equivalenti del denaro nel prezzo*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Napoli, 2009, pp. 514-515; G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 172.

<sup>4</sup> Sul punto G. STAMMATI, *Moneta*, in *EdD*, XXVI, Milano, 1976, p. 747; B. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 694 ss.

<sup>5</sup> Anche chi guarda al denaro nelle vicende circolatorie non può fare a meno di considerare come la disciplina della circolazione delle cose generiche non si

La veste giuridica della moneta acquista rilievo anche sotto l'aspetto dell'esatto adempimento in caso di obbligazioni pecuniarie.

attaglia al denaro a cui non sono applicabili varie disposizioni in materia (A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 6.; M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, p. 55. Analoghe osservazioni nel diritto tedesco sono compiute da K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, Monaco, 1967, p. 142). Si osserva al riguardo che la tutela è piuttosto possessoria che non proprietaria (A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1990, p. 35; M. KASER, *Das Geld im Sachenrecht*, in *AcP*, 1937, p. 143). Si è anche osservato come le dinamiche proprietarie rispetto ai beni immateriali mal si attagliano alla circolazione della moneta (O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 145; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 281). Si nota peraltro (V. A. DI MAJO, *op. cit.*, 7) che nell'attuale codice civile è sparita la norma di cui all'art. 1240, II comma del codice del 1865, che condizionava la validità del pagamento al legittimo possesso del denaro. Quindi anche il pagamento con denaro illegittimamente posseduto ha funzione solutoria. Si rileva anche come sono sempre più presenti nel sistema economico «forme di disponibilità finanziaria di tipo obbligatorio»: D. SALOMONE, *Obbligazioni pecuniarie e nuove forme di moneta*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, p. 533. Già prima nello stesso senso parla della necessità di guardare al pagamento secondo una concezione obbligatoria piuttosto che reale S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 99. Si sottolinea come per tal via si vada sostituendo la consegna delle banconote con modalità di pagamento che vedono l'intervento di un terzo nel pagamento secondo una procedimentalizzazione dell'adempimento all'obbligazione pecuniaria e con una scissione di momento estintivo del debito e momento satisfattivo del credito: così M. ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi: il pagamento con la «carta»*, Milano, 2013, p. 19. Di smaterializzazione dei documenti rappresentativi in generale parlano: D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 820; R. LENER, *La «dematerializzazione» dei titoli azionari e il sistema Monte titoli*, Milano, 1989, fa riflettere anche su un altro fenomeno ovvero la smaterializzazione del concetto di consegna. Sul punto in particolare P. FORCHIELLI, *I limiti oggettivi del concetto di consegna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 75; C. ANGELICI, voce *Consegna*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 468.

Il denaro rimane come parte del patrimonio ed è in quanto tale suscettibile di tutela (V. A. DI MAJO, *op. cit.*, 7 e C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1994).

In altri ordinamenti la possibilità di considerare il denaro come «bene» oggetto di circolazione è esclusa dalla definizione di cosa come «bene corporale» (v. Germania § 90 BGB). Pertanto gli autori tedeschi in genere considerano il denaro in termini di «potere patrimoniale» rapportato alle cifre numeriche (S.

L'abbandono di una concezione reale del pagamento porta a ripensare anche le distanze tra carta moneta e moneta scritturale. Occorre rivedere l'identificazione di moneta e banconota. Abbiamo diversi strumenti di circolazione del valore monetario, le differenze sono individuabili nella disciplina applicabile a questi distinti veicoli. Queste notazioni inducono ad annullare il problema relativo alla possibilità di qualificare il pagamento in moneta scritturale, ove previsto il pagamento in banconote, come esatto adempimento o come dazione in pagamento<sup>6</sup>.

SIMITIS, *Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, in *AcP*, 1960, p. 159).

<sup>6</sup> Si veda C.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, p. 244; L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997, 19 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, p. 23 ss.; S. SANGIORGI, *Pagamento e moneta scritturale*, Torino, 1998, p. 38; G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003, p. 16 ss.; S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 77 il quale rileva come, sebbene la giurisprudenza ai tempi in scriveva la sua monografia continuasse a distinguere banconote e moneta scritturale, la distanza sarebbe mitigata dal principio di buona fede applicato alla rifiutabilità del pagamento con moneta scritturale cfr. Cass. 3 luglio 1980, n. 4205, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2115. Sul punto meritano di essere ricordate le osservazioni di P. PERLINGIERI sul concetto di equivalenza, quale assenza di differenze qualitative, ai fini della valutazione dell'esatto adempimento (P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 296; Id., *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1995, p. 126. Si veda anche P. SCHLESINGER, voce *Compensazione*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 723). Si osserva che occorre distinguere i concetti di moneta e banconota, la quale non è altro che uno dei veicoli per la circolazione del valore incorporato (P. FERRO LUZZI, *Moneta scrittura e moneta elettronica*, Torino, 2003, p. 16; S. SANGIORGI, *Pagamento e moneta scritturale*, Torino, 1998, p. 38; M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, p. 21 l'autrice precisa che altro dalla moneta scritturale sono i titoli di credito i quali pur essendo un «bene succedaneo alla moneta» rappresentano una operazione economica più complessa volta a realizzare non solo un veicolo del valore in esse contenuto ma una funzione di finanziamento p. 108). In questa linea si pone anche la giurisprudenza che ha rivisto la attribuzione come *datio in solutum* del pagamento con assegno con una precisazione però, il diritto di rifiuto dell'assegno può essere ammesso solo ove non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento (Cass. SS.UU., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Vita not.*,

Su questo fronte si rileva come il sistema dei pagamenti risulta innovato e tramutato in un sistema di accordi e/o di intese con soggetti abilitati che si sostituiscono alle forme tradizionali di trasferimento del denaro, per cui il mutamento delle concrete disponibilità di denaro equivale al trasferimento di denaro<sup>7</sup>.

I problemi e le definizioni sul concetto di moneta avvertite dagli economisti sono invece di altro tipo<sup>8</sup>.

Nel descrivere le funzioni della moneta si muove dai suoi diversi aspetti: misura di valore, mezzo di scambio e di pagamento, riserva di valore<sup>9</sup>. Ne derivano differenti funzioni:

1) moneta come strumento di intermediazione degli scambi: la mo-

2008, 1, 258). Sul punto A. SCIARRONE ALIBRANDI, *ult. op. cit.*, p. 28 osserva che il problema dell'applicabilità dell'art. 1277 e della possibilità di applicare la disciplina della *datio in solutum* alla moneta scritturale è mal posto. «È possibile spiegare anche da un punto di vista strettamente giuridico il trasferimento bancario di fondi alla stregua di un particolare modo di circolazione della moneta avente corso legale tra debitore e creditore, fondato su un complesso sistema di convenzioni intercorrenti tra tutti i soggetti coinvolti in tale operazione». La stessa autrice a p. 194 osserva come «l'esistenza di una pattuizione tra le banche, relativa alle modalità di esecuzione dei trasferimenti patrimoniali da effettuarsi reciprocamente...salda le sfere giuridiche del soggetto attivo e passivo dell'obbligazione pecuniaria» rendendo irrilevante al questione se si applichi al bonifico l'art. 1277. Caso mai può dirsi che la richiesta di denaro contante può essere passibile di valutazione secondo buona fede ex art. 1175 (p. 211).

<sup>7</sup> Su questo fronte si rileva come il sistema dei pagamenti risulta innovato. «In linea di massima si può dire che la tendenza è di considerare un sistema di accordi e/o di intese, purché intercorse con soggetti particolarmente abilitati e quindi "affidabili", quali equipollenti delle forme tradizionali di trasferimento del denaro. Il mutamento di segno di concrete disponibilità di denaro viene quindi a sostituirsi al trasferimento di denaro: l'effetto solutorio si realizza al momento in cui il debitore si priva di una disponibilità e questa passa al creditore»: così A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 34. In tal senso si veda anche P. SPADA, *Carte di credito, terza generazione dei mezzi di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 483.

<sup>8</sup> Ringrazio la collega Prof.ssa Angela Orlandi, storica dell'economia, per le indicazioni bibliografiche e i suggerimenti.

<sup>9</sup> Cfr. *Dizionario economico finanziario e contabile*, Edizione Simone, Napoli, 1992; *Dizionario di Economia Politica*, a cura di C. NAPOLEONI, Edizioni di Comunità, Milano, 1956.

neta sarebbe una terza merce che si utilizza nello scambio di altre due merci.

2) moneta come unità di misura di valore: la moneta permette di confrontare il valore di due merci attraverso il loro prezzo espresso nella unità monetaria adottata.

3) fondo di valore: la moneta può essere accumulata nel tempo e, non essendo un bene deperibile, costituisce un accumulo di ricchezza che può essere reinvestito per produrre altra ricchezza.

Nel tempo sono state utilizzate come monete le merci più disparate. Pur nella diversità della materia, esistono caratteristiche necessarie che un bene deve possedere per poter svolgere la funzione monetaria:

a) facile trasferibilità, ovvero la merce usata deve esprimere in piccole unità di peso e volume un alto valore;

b) conservabilità per lungo tempo;

c) divisibilità anche in parti piccole, ma tali che il loro valore complessivo sia sempre uguale a quello unitario.

d) intrinseca omogeneità del bene per cui ogni parte dell'intero ha valore costante.

e) stabilità di valore che le consente di svolgere la sua funzione di misura comune dei valori in momenti diversi di tempo.

Una prima evoluzione della moneta si è avuta nel passaggio dalla moneta merce alla carta-moneta. Pare evidente che i beni che possono svolgere contemporaneamente tutte le suddette funzioni non possono che essere i metalli preziosi e quindi oro e argento i quali però hanno presentato degli inconvenienti: 1) pericolo di conservare alte quantità di monete per effettuare gli scambi, 2) è difficile che la quantità di metallo prezioso a disposizione della società stessa possa crescere con la stessa intensità mantenendo stabile il valore della moneta. Problema che si presenta con l'intensificarsi degli scambi<sup>10</sup>.

Questi limiti hanno portato alla sostituzione della moneta metallica con un altro tipo di moneta ossia la carta-moneta.

Da questa evoluzione deriva anche un mutamento concettuale: la

<sup>10</sup> Cfr. M. NORTH, *La storia del denaro. Una storia dell'economia e della società europea di oltre mille anni*, Asti, 1998; E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*, Milano, 2002.

moneta merce, essenzialmente metallica, ha valore equivalente a quello del metallo prezioso che contiene; la moneta segno, non possiede alcun valore intrinseco, il bene ha utilità solamente in quanto moneta<sup>11</sup>.

La moneta bancaria, rappresentata da assegno bancario, assegni circolari, cambiale commerciale e via dicendo, nel tempo ha affiancato la moneta metallica e quella cartacea.

Potremmo dire che un'ultima evoluzione è quella della moneta elettronica e della moneta virtuale che hanno portato ad ulteriori cambiamenti, che hanno interessato i giuristi. Prima di addentrarci in questo tema e nei problemi che anche nel credito all'agricoltura questa ultima evoluzione ha portato, soffermiamoci su alcune riflessioni in relazione alla prima evoluzione dalla moneta metallica (moneta merce) alla carta-moneta (moneta segno).

Siamo passati dall'economia dello scambio che può essere descritta nei termini di M-D-M ovvero come produzione finalizzata ad ottenere merce a un'economia capitalistica che può essere descritta come D-M-D' dove  $D' > D$ .

Nell'economia dello scambio la moneta è un velo. La realtà economica è data dalle merci.

Con il passaggio dalla moneta merce alla moneta segno si comincia a pensare che la moneta svolga un proprio ruolo nell'economia e che sia in grado di influenzare motivazioni e decisioni nell'economia. La moneta credito è moneta segno perché è il rapporto di debito e credito che comanda, è scambio non mediato da merce; nella moneta credito si aggiunge alla moneta una nuova funzione di riallocazione delle attività di risparmio finalizzata alla riproduzione di denaro dal denaro nel breve periodo secondo la funzione D-D'<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> «La moneta come misura serve a pareggiare le cose, rendendole commensurabili» ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, Laterza, 1957, p. 141.

<sup>12</sup> Nella teoria classica la moneta è soltanto mezzo di intermediazione degli scambi. L'aumento della quantità di moneta nel sistema provoca un aumento della domanda dei beni con un conseguente aumento dei prezzi perché il sistema operando in piena occupazione non può aumentare la produzione dei beni (Legge di Fisher). Date queste condizioni la teoria presuppone che la moneta sia neutrale, ovvero non influisca sul reddito (grandezza reale). Per questo si dice che la moneta è come un velo che copre i fenomeni reali (in questo caso

## 1.2. *Moneta e credito agricolo profili evolutivi nel sistema delle garanzie*

In tale dinamica si spiegano due fenomeni propri del credito agricolo nelle dinamiche attuali:

– uso del costo del denaro in funzione di garanzia, intendendo con ciò prassi che portano a quantificare nel costo del denaro a carico del mutuatario anche il rischio di insolvenza dello stesso.

– *governance*, intendendo con ciò la gestione del rischio del credito che porta a valutazioni del merito creditizio nella ricerca di un debitore *iperperformante* sotto il profilo della patrimonializzazione, valutata anche in considerazione del flusso di cassa, e delle disponibilità nei termini delle scadenze contrattuali.

Al momento nel rischio di credito non viene considerato, a ragione stante la sua scarsa applicazione, un istituto da tempo entrato nel nostro ordinamento, che potrebbe avere un impatto significativo, concernente anche i debitori cui non si applica la disciplina fallimentare, come gli imprenditori agricoli. Il riferimento è alla disciplina della composizione delle crisi di sovraindebitamento e di esdebitazione. La disciplina della esdebitazione del debitore civile si colloca all'interno di una più vasta problematica sociale relativa alle crisi di sovraindebitamento dei debitori civili e alla necessità di approntare soluzioni negoziali che consentano, da un lato, ai creditori di ottenere soddisfazione quanto più possibile attraverso la collaborazione del debitore e da un altro, ai debitori di recuperare la propria posizione nella collettività e un ruolo attivo nel mercato. Come corret-

gli scambi). Marx aveva già descritto l'economia dello scambio con la formula M-D-M, in essa non si crea plusvalore poiché il valore delle merci emerge dai loro prezzi, i due contraenti hanno entrambi un vantaggio reciproco. L'economia capitalistica può essere rappresentata dalla formula D-M-D' dove  $D' > D$ . Qui la moneta crea plusvalore.

Siamo però ancora in una situazione in cui la moneta è moneta merce.

Occorrerà aspettare Keynes che criticando questa teoria, attribuisce alla moneta oltre alla funzione di intermediaria degli scambi quello di Fondo di Valore, ossia deposito di ricchezza. La moneta cominciò ad avere un ruolo nelle decisioni economiche. Per una storia della moneta e della sua evoluzione si veda in particolare: V. J. NIEHANS, *The theory of money*, London, 1978; M. LEWIS e P. MILZEN, *Monetary Economics*, London, 1995.

tamente osservato dalla dottrina «le insolvenze civili non sono più un problema di due soggetti debitore o creditore, che al massimo coinvolge qualche altro creditore, ma diventano un problema che va affrontato in termini complessivi e quindi attraverso la previsione di una procedura concorsuale. Naturalmente, parlando di procedura concorsuale per il debitore civile sorge subito la grossa questione della esdebitazione»<sup>13</sup>. Dopo che la l. 27 gennaio 2012, n. 3 aveva introdotto disposizioni di composizione delle crisi di sovraindebitamento, con il decreto sviluppo-*bis*<sup>14</sup>, si è proceduto a novellare detta normativa introducendo anche per il debitore civile l'istituto della esdebitazione che importa l'estinzione del diritto di credito all'interno della procedura di composizione della crisi<sup>15</sup>. Non è peraltro mancato chi ha sottolineato come la normativa in esame rappresenti anche una risposta alla crisi delle procedure esecutive e del sistema di garanzie gravanti sui beni<sup>16</sup>. Si tratta di una normativa che non ha mancato di sollevare perplessità per i costi che può imporre ai creditori i quali potrebbero essere indotti a ridurre l'offerta del credito o ad alzare il costo del denaro<sup>17</sup>. Da qui la necessità di effettuare valutazioni rigorose dai parte dei giudici in punto di meritevolezza at-

<sup>13</sup> In tal senso P. ABBADESSA, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2009, p. 210. V. anche G. PRESTI, L. STANGHELLINI e F. VELLA, a cura di, *L'insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, in *Age*, 2/2004.

<sup>14</sup> Cfr. F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. fallim.*, 2010, p. 659; M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore «non fallibile» (d.l. 212/2011)*, in *www.ilcaso.it*, sez. II, 2012, p. 278.

<sup>15</sup> Si veda S. LANDINI, voce *Esdebitazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Anali VII, Milano, 2014, p. 429 ss. Si noti come alcuni Tribunali la abbiano concessa anche in assenza di un piano che soddisfacesse i creditori. Trib. Bergamo, 31 Marzo 2015, in *www.altalex.it*. Di recente si veda Trib. Napoli, 11 gennaio 2018, in *il caso.it*. Qui i giudici hanno dato particolare rilevanza al fatto che il sovraindebitamento dipendeva da cause di forza maggiore (malattia). Si veda anche D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy. Tra punizione e perdono*, Milano, 2012.

<sup>16</sup> Così P. LICCARDO, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2009, p. 231.

<sup>17</sup> Cfr. L. STANGHELLINI, *Una rivoluzione per l'indebitamento dei privati*, *www.lavoce.info*.

traverso un bilanciamento in concreto degli interessi in gioco evitando facili automatismi.

Occorrerà poi vedere l'applicazione che avrà il decreto di attuazione della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (l. 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre, n. 254), consegnato al Ministro dalla Commissione Rordorf nel dicembre 2017<sup>18</sup>. Il c.d. Codice della disciplina della crisi e dell'insolvenza apporta una regolamentazione unitaria delle situazioni di crisi o insolvenza del debitore che non guarda alla natura del debito e del debitore, né all'oggetto dell'attività svolta e alla forma giuridica adottata per lo svolgimento di tale attività.

### 1.2.1. *Problemi di circolazione del bene su cui è iscritta ipoteca nei mutui fondiari*

La crisi immobiliare e i tempi procedurali per l'esecuzione immobiliare hanno ridotto l'importanza dell'ipoteca come garanzia reale idonea ad assicurare la soddisfazione degli interessi creditorî.

Limiti all'uso dell'ipoteca sono stati finora rinvenuti nella limitazione alla circolazione del bene gravato dalla garanzia reale assistita appunto dal diritto di sequela. Il tema è di particolare interesse laddove, come nel caso del credito all'agricoltura, oggetto di ipoteca è un bene produttivo che potrebbe rimanere immobilizzato e infruttifero con ricadute negative, in caso di fondo agricolo, sull'interesse

<sup>18</sup> I primi commenti hanno evidenziato come «Se la stella polare continuerà ad essere rappresentata dal miglior soddisfacimento dei creditori, per i debitori che esercitano un'attività d'impresa il criterio ispiratore è indicato nell'obiettivo di favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima. In tale prospettiva, si mira ad assecondare le soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, per valutare, soltanto in difetto, l'eventuale avvio di una procedura liquidatoria che risulti in concreto più percorribile e proficua per il soddisfacimento dei creditori.»: così N. ABRIANI, *Dalla legge fallimentare al codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDI*, 2017, p. 400 ss. Per una prima e approfondita lettura della riforma introdotta dalla legge delega si veda il testo di F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2017.

generale alla *food security*. Nel caso in cui il sovraindebitamento dell'impresa agricola la ponga fuori dal mercato e dalla produzione, il fondo deve circolare per tornare ad essere pienamente produttivo.

Il problema ha trovato una risposta del nostro ordinamento nelle modalità di liberazione dall'ipoteca che possono essere individuate nei meccanismi surrogatori e nel sistema della purgazione dell'ipoteca.

L'ipotesi di cui all'art. 1203, n. 2 riguarda la surrogazione a vantaggio dell'acquirente di un immobile che abbia pagato, fino alla concorrenza del prezzo, uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato.

La fattispecie è particolarmente interessante nel settore agricolo in cui, proprio per superare i problemi della lunghezza del ciclo produttivo rispetto alla durata del finanziamento, è possibile che il finanziato trovi un terzo acquirente del bene, in modo da estinguere con il ricavato della vendita il debito. Talvolta l'acquirente per l'acquisto accende un nuovo mutuo. Si viene così a creare un articolato quadro debito-creditorio in cui la circolazione delle garanzie reali acquista indubbia centralità.

Dal testo della norma si ricavano gli elementi costitutivi della fattispecie: l'acquirente di un immobile gravato da ipoteche, il pagamento del/i creditore/i a favore del/i quale/i tali garanzie sono costituite. In tal modo si giustifica che il terzo paghi un debito altrui (del venditore), surrogandosi nella posizione del creditore iscritto.

La situazione è appunto distinta da quella della purgazione di ipoteca di cui agli artt. 2889-2890 del codice civile ove si prevede che l'acquirente dei beni ipotecati, che ha trascritto il suo titolo e non è personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha facoltà di liberare i beni da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto<sup>19</sup>, offrendo una somma che non dovrà es-

<sup>19</sup> Tale facoltà spetta all'acquirente anche dopo che è intervenuto il pignoramento a condizione che nel termine di trenta giorni proceda in conformità dell'articolo 2890 ove si prevede il contenuto dell'offerta di liberazione del bene dalle ipoteche. Nel caso in cui il *pignoramento* non vi sia ancora stato, la liberazione potrà essere fatta in qualsiasi tempo. Quanto al contenuto dell'offerta nello specifico si prevede che «(l)'acquirente deve far notificare, per mezzo di ufficiale giudiziario, ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto e al precedente proprietario un atto nel quale siano indicati:

sere inferiore a quella stabilita come base degli incanti *ex art. 568 c.p.c.*; formulata l'offerta segue una fase processuale disciplinata dagli artt. 792 ss. c.p.c. che deve essere informata all'esigenza di instaurazione di un contraddittorio tra le parti<sup>20</sup>.

Si tratta di un procedimento che presenta una natura eminentemente processuale e che vede tra i legittimanti attivi i terzi acquirenti, anche a titolo gratuito, e tra i legittimanti passivi i creditori ipotecari che hanno iscritto il loro titolo anteriormente alla trascrizione del ti-

- 1) il titolo, la data del medesimo e la data della sua trascrizione;
- 2) la qualità e la situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, quale risulta dallo stesso titolo;
- 3) il prezzo stipulato o il valore da lui stesso dichiarato, se si tratta di beni pervenutigli a titolo lucrativo o di cui non sia stato determinato il prezzo.

In ogni caso, il prezzo o il valore dichiarato non può essere inferiore a quello stabilito come base degli incanti dal codice di procedura civile in caso di espropriazione.

Nell'atto della notificazione il terzo acquirente deve eleggere domicilio nel comune dove ha sede il tribunale competente per l'espropriazione e deve offrire di pagare il prezzo o il valore dichiarato. Un estratto sommario della notificazione è inserito nel giornale degli annunci giudiziari».

Con riferimento all'applicabilità della norma in esame in caso di preliminare la Suprema Corte ha affermato: «Il promissario acquirente di un immobile, garantito libero da ipoteche, ma, in realtà, da esse gravato, ha la facoltà, non l'obbligo, ai sensi dell'art. 1482, comma 1, c.c., applicabile al contratto preliminare, di chiedere al giudice la fissazione di un termine per la liberazione dal vincolo da parte del promittente venditore, ma se ha chiesto la risoluzione del preliminare, per effetto dell'art. 1453, comma 2, c.c., il promittente venditore non può attivarsi per ottenere la cancellazione della garanzia. Inoltre, il promissario acquirente può sospendere il pagamento delle rate di prezzo pattuite, ai sensi dell'art. 1482, comma 1, c.c.»: così Cass. 2 settembre 2009, n.19097, in *Mass. Foro it.*, 2009. Si tratta di una procedura volta alla liberazione di un immobile dalle ipoteche e consistente nell'offerta, notificata ai creditori garantiti, proveniente dal terzo acquirente, di una somma corrispondente al prezzo concordato per l'acquisto del bene ovvero al valore da lui dichiarato ove non sia stato determinato il prezzo. Il prezzo o il valore dichiarato non può essere inferiore a quello stabilito come base degli incanti in tema di espropriazione forzata. L'offerta, il cui contenuto è specificato nell'art. 2890, è qualificata come un negozio unilaterale recettizio, revocabile fino a che i creditori non si siano pronunciati. Cfr. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger*, Milano, 2006, p. 552 ss.

<sup>20</sup> Cass. 29 dicembre 2011, n. 29746, cit.

tolo del terzo acquirente<sup>21</sup>. Diversa è l'ipotesi della purgazione coattiva di cui all'art. 2867 che prevede la liberazione dell'immobile dalle ipoteche attraverso il pagamento diretto, di quanto dovuto dal terzo acquirente, ai creditori iscritti. Si osserva come il procedimento di purgazione consente comunque ai creditori di opporsi e inoltre costringe il terzo acquirente a rivolgersi a tutti i creditori iscritti dichiarando ed offrendo il prezzo, per cui la liberazione dell'immobile dipende dal valore dello stesso che deve essere tale da soddisfare tutti i creditori iscritti<sup>22</sup>.

L'istituto del pagamento con surrogazione da parte dell'acquirente di cui all'art. 1202, n. 2 rappresenta uno strumento che garantisce l'acquirente dell'immobile purché si dia applicazione all'istituto conservando l'ipoteca, in capo all'aderente surrogatosi, che questi possa opporre ad eventuali creditori del proprio debitore.

Al riguardo la norma sulla surrogazione legale da ultimo citata pone comunque una serie di problemi interpretativi. Innanzitutto parrebbe difficilmente conciliabile la riunione in una sola persona delle posizioni di proprietario e di creditore ipotecario. Si osserva infatti come l'acquirente nel surrogarsi nel credito diventa titolare di un'ipoteca che grava sulla sua stessa proprietà<sup>23</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria l'ipoteca non si estingue per confusione in quanto vi sarebbe un interesse meritevole di tutela al mantenimento della stessa inalterata nella sua struttura e nella sua attualità. In pratica l'acquirente, quando acquista l'immobile, viene a tro-

<sup>21</sup> F. COTTONE, *Il processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche*, Milano, 2010, p. 60 ss. si occupa anche dei possibili vizi delle offerte rilevando come le indicazioni di cui all'art. 2890, n. 1 assumerebbero rilevanza ai fini della individuazione dei soggetti legittimati. La loro omissione o errata indicazione sarebbe da considerarsi come una mera irregolarità. Le indicazioni di cui all'art. 2890, n. 2 non sarebbero rilevanti purché non sussistano incertezze assolute in ordine all'individuazione dell'immobile. L'indicazione relativa al prezzo di cui all'art. 2890, n. 3 rappresenterebbe invece una invalidità insanabile in quanto atterrebbe ad un elemento essenziale dell'offerta. In caso di vizi attinenti alla notificazione occorre verificarne la tipologica e la gravità rispetto alla funzione dalla stessa espletata.

<sup>22</sup> Per tali osservazioni si rinvia a B. CARPINO, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>23</sup> Sul punto B. CARPINO, *op. cit.*, p. 74.

varsì in una posizione analoga a quella del datore di ipoteca e il debito gravante sull'immobile continua a sussistere anche dopo che il terzo si è surrogato nel credito e nell'ipoteca ad esso accessoria. Ciò in quanto, come detto, il terzo ha interesse a surrogarsi nel credito e nell'ipoteca onde porsi al riparo da un'eventuale espropriazione del bene da parte di altri creditori del venditore. Si osserva inoltre come il rapporto obbligatorio nascente dal contratto di compravendita e intercorrente tra l'alienante e l'acquirente e il rapporto obbligatorio debito-creditorio tra quest'ultimo, una volta surrogatosi nella posizione del creditore originario, e l'alienante debitore, continuano a coesistere<sup>24</sup>.

Ne segue che abbiamo un intreccio di posizioni debito-creditorie tra venditore e acquirente. Il primo sarà creditore del prezzo verso il secondo e il secondo sarà creditore verso il primo in quanto si è surrogato nei diritti del di lui creditore.

Da qui un altro problema interpretativo concernente la conciliabilità dell'ipotesi in esame con la norma contenuta nell'art. 1251 ove si prevede che «(c)hi ha pagato un debito mentre poteva invocare la compensazione non può più valersi, in pregiudizio dei terzi, dei privilegi e delle garanzie a favore del suo credito, salvo che abbia ignorato l'esistenza di questo per giusti motivi».

Ne segue che l'acquirente che non eccipisca in compensazione il suo debito per l'acquisto dell'immobile col suo credito verso l'alienante non dovrebbe potersi valere in pregiudizio a terzi, e in particolare agli altri creditori ipotecari, delle garanzie del suo credito.

La dottrina osserva che l'art. 1251 riguarda solo i garanti del debitore-creditore adempiente, che abbia adempiuto senza eccipire la compensazione, e non quelli del debitore-creditore ricevente l'adempimento<sup>25</sup>.

Va detto che l'applicazione dell'art. 1251 vanificherebbe gli effetti della surrogazione *ex art.* 1203, n. 2. La soluzione per comporre il dissidio tra le due disposizioni potrebbe essere quella di non ritenere applicabile la prima in ipotesi di pagamento con surrogazione, stante la sostanziale inconciliabilità tra le due norme.

<sup>24</sup> B. CARPINO, *op. cit.*, p. 75.

<sup>25</sup> In tal senso B. CARPINO, *op. cit.*, p. 76.

Abbiamo detto che la fattispecie di cui all'art. 1203, n. 2 fa riferimento all'acquirente come legittimato passivo.

Ci si chiede al riguardo, in primo luogo, se il disposto concerna solo il primo acquirente o anche il secondo. La dottrina pronunciata sul punto ritiene che qualora il secondo acquirente attuale proprietario del bene paghi il creditore iscritto, non sembrano sussistere ragioni per negargli la surroga<sup>26</sup>.

In secondo luogo resta da chiedersi se la norma riguardi anche l'acquirente *a non domino* il quale non acquista la proprietà in virtù del contratto essendo questo solo titolo astrattamente idoneo al trasferimento.

La dottrina favorevole ad interpretazioni estensive del dettato nota come la lettera della legge faccia riferimento all'acquirente e non al proprietario e che «il nucleo centrale della surroga è costituito dal pagamento al creditore iscritto al fine di liberare l'immobile dalle ipoteche...tale interesse di certo sussiste anche in testa all'acquirente *a non domino*»<sup>27</sup>.

La fattispecie in esame potrà attuarsi in concreto secondo modalità che includono accordi tra venditore e acquirente. Si pensi ad un colloquio tra tali soggetti avente ad oggetto il debito del venditore nei confronti del creditore iscritto il quale ricevendo il pagamento da parte dell'acquirente con funzione surrogatoria viene estromesso dal rapporto in virtù della successione dell'acquirente nella sua posizione creditoria<sup>28</sup>.

Ancora sarà possibile che sia intercorso un mandato al pagamento conferito dall'acquirente al venditore al fine di pagare il creditore di quest'ultimo. Se il mandato è con rappresentanza il pagamento avrà effetto nella sfera del mandante e quindi si produrrà la surrogazione. Se il mandato è senza rappresentanza il mandatario pagando in nome

<sup>26</sup> Così B. CARPINO, *op. cit.*, p. 77.

<sup>27</sup> L'espressione tra virgolette è di B. CARPINO, *op. loc. cit.*

<sup>28</sup> B. CARPINO, *op. cit.*, p. 78 pone l'ipotesi osservando come la stessa darà luogo a un intreccio di rapporti. Ad esempio «in caso di richiesta di pagamento da parte del surrogato, l'alienante potrà opporre in compensazione il credito a lui spettante conservando ragione di credito in virtù della convenzione d'accollo. Il che potrà avere successivi svolgimenti qualora il surrogato dovesse subire evizione; in tal caso questi avrà ragione d'indennità nei confronti dell'alienante.»

proprio estinguerà il rapporto obbligatorio e non potrà aversi surrogazione del mandante<sup>29</sup>.

Un'ipotesi particolare di liberazione si ha nel caso della garanzia offerta dal terzo estraneo al rapporto debito-credito<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> B. CARPINO, *op. cit.*, p. 78.

<sup>30</sup> Si tratta di un istituto che rende possibile l'aggressione, nel momento esecutivo, del patrimonio di terzi. Tra questi oltre all'espropriazione contro il terzo datore di ipoteca ricordiamo: l'espropriazione contro il terzo acquirente dell'immobile ipotecato; l'espropriazione nei confronti del terzo il cui acquisto sia stato revocato ex art. 2901 c.c.

Anche in caso di terzo datore di ipoteca vige il diritto di sequela proprio delle garanzie reali. «In caso di costituzione di ipoteca a favore di un debito altrui, se il terzo datore di ipoteca aliena i beni sui quali grava la garanzia reale, l'opposizione da lui proposta avverso il precetto notificatogli nella qualità di terzo datore di ipoteca, volta a far accertare di non essere obbligato al pagamento della somma indicata nel precetto, va dichiarata inammissibile per difetto di interesse se dal precetto non si evince l'intenzione del creditore di procedere ad esecuzione coattiva nei suoi confronti in relazione a beni diversi da quelli ipotecati, in quanto l'espropriazione non potrà che cadere sul bene ipotecato, ed a subirla non sarà il terzo datore di ipoteca, alienante, ma l'acquirente del bene ipotecato»: così Cass., 8 aprile 2003, n. 5507, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4.

Quanto ai profili processuali nella sentenza da ultimo citata la Suprema Corte afferma che «quando un terzo costituisce una ipoteca su beni propri a garanzia di un debito altrui, il creditore ha diritto di far espropriare il bene ipotecato in caso di inadempimento del debitore, ed ai fini dell'esercizio di tale diritto è tenuto a notificare al terzo datore di ipoteca, oltre che al debitore, sia il titolo esecutivo che il precetto, specificando nel precetto il bene del terzo che si intende eventualmente sottoporre ad esecuzione forzata; ne consegue che va rigettata per difetto di interesse l'opposizione a precetto proposta dal terzo volta a far accertare di non essere obbligato al pagamento della somma indicata nel precetto, se dall'interpretazione del precetto si evince che esso non presuppone l'obbligazione diretta del terzo al pagamento del debito, nè l'intenzione del creditore di procedere esecutivamente nei suoi confronti, in caso di mancato pagamento, anche su beni diversi da quelli ipotecati».

A livello processuale un problema particolare riguarda la non partecipazione del terzo datore di ipoteca al giudizio di cognizione relativo al rapporto obbligatorio. Secondo quanto affermato in giurisprudenza «la tutela ordinamentale per il soggetto che non ha potuto essere parte del giudizio di cognizione, attesa la terzietà della posizione giuridica – nel caso di specie, terzo datore di ipoteca – contempera la possibilità di poter opporre al creditore tutte le eccezioni non opposte dal debitore e quelle che spetterebbero dopo la sentenza e ciò secondo

Un esempio classico è quello di un acquisto di un bene in comproprietà (si pensi ad una coppia di coniugi) con la stipulazione di un mutuo tra un banca e uno solo dei futuri comproprietari. In questo caso la banca chiederà al comproprietario non mutuatario il consenso a comparire nell'atto in qualità di *terzo datore d'ipoteca*.

In base all'articolo 2868 c.c. il terzo datore di ipoteca non può invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore, se il beneficio non è stato convenuto.

Nel caso in cui il debitore si mostri inadempiente il terzo datore di ipoteca sarà tenuto a subentrare nei pagamenti solo qualora voglia sottrarsi al processo esecutivo immobiliare.

In ogni caso, il terzo datore di ipoteca ha diritto di regresso nei confronti del debitore a seguito dell'avvenuta espropriazione dell'immobile o del pagamento integrale dei creditori in base a quanto disposto all'art. 2871 c.c. Il terzo datore di ipoteca ha inoltre diritto di regresso contro i fideiussori del debitore e contro altri terzi datori per la loro rispettiva porzione.

La connessione tra questo istituto e la surrogazione risulta evidente anche nella norma contenuta nell'art. 2869 in base al quale l'ipoteca costituita dal terzo si estingue se, per fatto del creditore (si pensi ad una mancata rinnovazione dell'iscrizione dell'ipoteca o ad una rinuncia alle garanzie), non può avere effetto la surrogazione del terzo nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore.

il combinato disposto dell'art. 2870 e 2859 c.c.»: così Trib. Roma, 4 marzo 2008, n. 4975, in *De jure*, 2008.

Nel caso in cui il medesimo creditore sia assistito da ipoteche concesse dal debitore e da un terzo «il soddisfacimento dell'intero credito, nei limiti di cui all'art. 2855 c.c. attraverso la espropriazione forzata – individuale o concorsuale – in danno del debitore estingue anche l'ipoteca del terzo datore, alla quale egualmente si applica la disposizione suddetta. Pertanto, il creditore non può agire nei confronti del terzo datore di ipoteca per conseguire il pagamento di interessi esclusi dalla prelazione, in quanto relativi ad annualità non assistite dalla garanzia ipotecaria concessa dal debitore e ciò neppure attraverso una diversa imputazione del pagamento coattivo, che non è consentita nè nei confronti del debitore, nè nei confronti del terzo datore di ipoteca, poiché i criteri di imputazione di cui agli art. 1193 e 1194 c.c. si applicano solo ai pagamenti eseguiti volontariamente»: così Cass., 30 marzo 1981, n. 1815, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.

Abbiamo del resto già notato la vicinanza tra l'ipotesi del terzo datore di ipoteca e quella della surroga dell'acquirente *ex art. 1203, n. 2*. Il terzo datore di ipoteca, come l'acquirente dell'immobile ipotecato, non sono soggetti passivi del rapporto obbligatorio principale oggetto della surroga né tanto meno sono coobbligati in solido con il debitore principale, ma sono semplicemente assoggettati, in caso di inadempimento del debitore e dei suoi garanti, all'azione esecutiva dei creditori che hanno iscritto ipoteche sugli immobili. Tali soggetti sono ammessi alla surroga legale *ex art. 1203, n. 2 e 3* in quanto si trovano ad essere tenuti al pagamento *propter rem* in ragione del vincolo che assoggetta il loro bene all'esecuzione forzata di un debito altrui essendo posti nell'alternativa tra pagare il debito altrui o perdere il bene<sup>31</sup>.

Problemi di circolazione del bene e ipoteca si pongono anche rispetto al tema dei limiti alla disponibilità dei fondi agricoli relativi ai vincoli di indisponibilità dei terreni agricoli e limiti al trasferimento frazionato del terreno. La «polverizzazione» del fondo inciderebbe infatti sulla sua potenzialità produttiva<sup>32</sup>.

Tra i vincoli sanciti a pena di nullità vi è il vincolo di indivisibilità previsto dall'articolo 11 della legge 14 agosto 1971, n. e successive modifiche<sup>33</sup>, gravante sui fondi rustici acquistati con le agevolazioni

<sup>31</sup> Così Cass., 11 novembre 1977, n. 4890, in *Giur. it.*, 1977, 33.

<sup>32</sup> Per uno studio approfondito sul tema si rinvia a G. PETTERUTTI e D. PODETTI, *op. cit.*

<sup>33</sup> Art. 11 «I fondi acquistati con le agevolazioni creditizie concesse dallo Stato per la formazione o l'ampliamento della proprietà coltivatrice dopo l'entrata in vigore della presente legge sono soggetti per quindici anni a vincolo di indivisibilità. (Comma modificato dall'articolo 11, comma 4, del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228).

Il suddetto vincolo deve essere espressamente menzionato nei nulla osta ispettoriali, nonché, a cura dei notai roganti, negli atti di acquisto e di mutuo, e trascritto nei pubblici registri immobiliari dai conservatori dei registri stessi.

Il vincolo di cui ai precedenti commi può essere peraltro revocato, a domanda degli interessati, con provvedimento dell'ispettorato dell'agricoltura competente per territorio, e successivamente al 30 giugno 1972 dagli organi competenti delle regioni, qualora, in caso di successione ereditaria, i fondi medesimi siano divisibili fra gli eredi, in quanto aventi caratteristiche o suscettività per rea-

zioni creditizie concesse dallo Stato. Si tratta di un vincolo posto dal legislatore in via generale allo scopo di evitare che, attraverso successive divisioni si frammenti la proprietà coltivatrice che ha ricevuto l'intervento finanziario pubblico. La norma sanziona con la nullità tutti gli atti, sia *inter vivos* sia *mortis causa*, che determinino, o siano preposti a determinare, il frazionamento del fondo. Il divieto non esclude l'alienabilità in assoluto del fondo richiedendo solamente che il fondo sia alienato nella sua interezza a un soggetto o a più soggetti titolari in comunione del fondo stesso i quali non avranno il diritto alla divisione.

Altro vincolo di indivisibilità sancito a pena di nullità è quello previsto dal decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 99 (disposizioni in materia di soggetti e attività, integrità aziendale e semplificazione amministrativa in agricoltura, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettere d), f), g), l), e), della legge 7 marzo 2003, n. 38) modificato ed integrato con il D.lgs. 27 maggio 2005, n. 101, per il «compendio unico»<sup>34</sup>.

lizzare imprese familiari efficienti sotto il profilo tecnico ed economico. Nella ipotesi contraria, si applicano le disposizioni dell'articolo 720 del codice civile.

Il suddetto vincolo può essere, altresì, revocato, secondo le modalità di cui al precedente comma, nel caso in cui sia mutata la destinazione agricola del fondo per effetto degli strumenti urbanistici vigenti, a condizione che la porzione di terreno interessata sia tale da consentire l'efficiente prosecuzione dell'attività agricola sulla restante superficie. Il riscatto anticipato da parte dell'assegnatario avviene sulla base del valore attribuito al terreno all'epoca dell'assegnazione (Comma aggiunto dall'articolo 11, comma 4, del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228, come modificato dall'articolo 4 del D.Lgs. 27 maggio 2005, n. 101).

Contro il provvedimento dell'ispettorato che respinge la domanda dell'interessato, fino al trasferimento delle competenze alle regioni, è ammesso ricorso al Ministero delle politiche agricole e forestali nel termine di 30 giorni dalla comunicazione.

È nullo qualsiasi atto compiuto in violazione del vincolo di indivisibilità.»

<sup>34</sup> All'art. 7 sono contenute le disposizioni sulla «Conservazione dell'integrità fondiaria»

«1. Dopo l'articolo 5 del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, è inserito il seguente:

«Art. 5-bis (Conservazione dell'integrità aziendale). 1. Ove non diversamente disposto dalle leggi regionali, per compendio unico si intende l'estensione di terreno necessaria al raggiungimento del livello minimo di redditività determinato dai piani regionali di sviluppo rurale per l'erogazione del sostegno agli investi-

Tali disposizioni pongono dubbi sulla possibilità di iscrivere ipo-

menti previsti dai Regolamenti (CE) nn. 1257 e 1260/1999, e successive modificazioni.

2. Al trasferimento a qualsiasi titolo di terreni agricoli a coloro che si impegnino a costituire un compendio unico e a coltivarlo o a condurlo in qualità di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo professionale per un periodo di almeno dieci anni dal trasferimento si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5-bis, commi 1 e 2, della legge 31 gennaio 1994, n. 97. Gli onorari notarili per gli atti suddetti sono ridotti ad un sesto.»

Quest'ultima norma prevede che:

ARTICOLO N. 5 bis

Disposizioni per favorire le aziende agricole montane (Articolo inserito dall'articolo 52, comma 21, della Legge 28 dicembre 2001, n. 448)

«1. Nei territori delle comunità montane, il trasferimento a qualsiasi titolo di terreni agricoli a coltivatori diretti e ad imprenditori agricoli a titolo principale che si impegnano a costituire un compendio unico e a coltivarlo o a condurlo per un periodo di almeno dieci anni dal trasferimento è esente da imposta di registro, ipotecaria, catastale, di bollo e di ogni altro genere. I terreni e le relative pertinenze, compresi i fabbricati, costituiti in compendio unico ed entro i limiti della superficie minima indivisibile di cui al comma 6, sono considerati unità indivisibili per quindici anni dal momento dell'acquisto e per questi anni non possono essere frazionati per effetto di trasferimenti a causa di morte o per atti tra vivi. In caso di successione i compendi devono essere compresi per intero nella porzione di uno dei coeredi o nelle porzioni di più coeredi che ne richiedano congiuntamente l'attribuzione. Tale disciplina si estende anche ai piani di ricomposizione fondiaria e di riordino fondiario promossi da regioni, province, comuni e comunità montane.

2. In caso di violazioni degli obblighi di cui al comma 1 sono dovute, oltre alle imposte non pagate e agli interessi, maggiori imposte pari al 50 per cento delle imposte dovute.

3. Al coltivatore diretto e all'imprenditore agricolo a titolo principale che acquisti a qualsiasi titolo i terreni agricoli di cui al comma 1 possono essere concessi, nei limiti del Fondo di cui al comma 4, mutui decennali a tasso agevolato con copertura degli interessi pari al 50 per cento a carico del bilancio dello Stato. Tale mutuo concerne l'ammortamento del capitale aziendale e l'indennizzo da corrispondere ad eventuali coeredi, nel rispetto della presente legge.

4. Per gli scopi di cui ai commi 1 e 3, è costituito presso l'Istituto di servizi per il mercato agricolo alimentare (ISMEA) un Fondo dell'importo di 2.320.000 euro annui.

5. Gli onorari notarili per gli atti di cui ai commi 1 e 3 sono ridotti ad un sesto.

6. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano regolano con

teca su una parte del fondo in quanto potremmo avere una espropriazione solo su una parte del fondo e per tal via una divisione.

Come osserva la dottrina notarile sul punto un simile contrasto sussisterebbe solo ove il compendio venga alienato, in quanto soltanto in tal caso l'opponibilità del diritto reale di garanzia al terzo acquirente sarebbe limitata ai beni ipotecati. Diversamente, ove i beni non vengano alienati, l'espropriazione da parte del creditore ben potrebbe avere per oggetto l'intero compendio. A ciò, la stessa dottrina, aggiunge la meritevolezza dell'interesse sottostante all'ipoteca parziale, in considerazione del fatto che l'espropriazione potrebbe giungere oltre il termine di efficacia dell'indivisibilità<sup>35</sup>.

Peraltro in giurisprudenza in tal senso può leggersi una pronuncia: «Il vincolo di indivisibilità di cui all'art. 5-bis d.l.g. n. 228/2001 ha natura «reale», nel senso cioè che il vincolo debitamente trascritto è direttamente opponibile anche al creditore pignorante, il quale sarebbe quindi tenuto a procedere all'espropriazione forzata nei confronti del bene nel suo intero»<sup>36</sup>.

### 1.2.2. *La attuale crisi delle garanzie reali*

I limiti all'impiego dell'ipoteca più recentemente come detto hanno riguardato piuttosto le difficoltà per il creditore nel trovare pronta e completa soddisfazione nella garanzia reale. Da qui l'interesse per forme di garanzia che consentano al creditore di soddisfarsi direttamente sul bene. I modelli contrattuali individuati (vendita al creditore con patto di riscatto, vendita con patto di retrovendita, *sale and*

proprie leggi l'istituzione e la conservazione delle aziende montane, determinando, in particolare, l'estensione della superficie minima indivisibile.»

Per la riduzione dell'autorizzazione di spesa concernente trasferimenti in favore di imprese pubbliche e private, di cui al presente comma, per gli anni 2015, 2016 e 2017, vedi l'articolo 1, comma 218, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190.

<sup>35</sup> G. PETTERUTTI e D. PODETTI, *op. cit.*, p. 36.

<sup>36</sup> Trib. S. Maria Capua V., 10 novembre 2016, in *Ilprocessocivile.it*. Nella specie, rilevata l'inammissibilità di una procedura espropriativa che abbia ad oggetto unicamente alcuni dei beni – seppur maggioritari – facenti parte di un compendio unico costituente unità indivisibile ai sensi dell'art. 5-bis d.l.g. 228/2001, il Tribunale ha accolto il reclamo avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione immobiliare rigettava l'istanza di sospensione dell'esecuzione.

*lease back*) hanno trovato un limite da tempo nell'orientamento che ha dichiarato tali contratti nulli per elusione dell'art. 2744 o per violazione diretta dell'art. 2744<sup>37</sup>. La dottrina da tempo ha invero preso

<sup>37</sup> In giurisprudenza si veda in particolare Cass. SS.UU., 3 Aprile 1989, n. 1611, in *Giust. civ.* 1989, I, 1821: «La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore ed il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c.», in materia di vendita con patto di riscatto. In caso di *sale and lease back* si individua una funzione di garanzia del contratto nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al proprietario-utilizzatore, così come nell'individuazione, nel pagamento dei canoni di leasing, di una restituzione rateale della somma mutuata da colui che acquista il bene e lo concede in leasing. Si è così ravvisata una forte corrispondenza tra l'operazione di *lease-back* e la costituzione di un mutuo con garanzia reale atipica sui beni del mutuatario. Da tale analogia consegue che attraverso quest'accordo si arriverebbe alla elusione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. Cfr. C. App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 301; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 427; Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. Leasing*, 1986, 786; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Roma, 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, 137. Per la giurisprudenza di legittimità Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1019; Cass., 28 giugno 2006, n. 14903, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 60. In argomento in dottrina F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 156; G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 156; C.M. BIANCA, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, p. 1239 ss; G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, p. 347 ss.; V. ROPPO, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987; V. CARBONE, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 349; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1440 ss; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 214; N. CIPRIANI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 140.

le distanze da conclusioni rigidamente ordinate alla conseguenza della nullità tenuto conto che<sup>38</sup>: esistono ipotesi previste e ammesse dalla legge sebbene in violazione di tali principi (patto marciano e pegno irregolare); si tratterebbe di introdurre una nullità posta a sanzione di interessi privati.

Secondo alcuni «la norma proibitiva non si pone immediatamente in relazione a finalità di protezione del debitore o dei creditori, ma erige un confine all'esplicazione dell'autonomia privata in tema di garanzie reali e attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore, limitando la derogabilità *ex negotio* di un sistema di norme organizzato dalla legge in considerazione di un composito insieme di interessi sostanziali....Norme come l'art. 2744 rappresentano una visione negativa dell'ordinamento verso forme di disciplina anticipata della fase del rapporto obbligatorio successiva all'inadempimento. Nella fase anteriore alla scadenza dell'obbligazione l'ordinamento postula che non sia possibile, o attendibile, una corretta valutazione, da parte dei contraenti, dell'assetto di interessi successivo all'inadempimento...»<sup>39</sup>.

Seguendo tale prospettiva si può arrivare ad individuare una linea di demarcazione tra patti commissori illeciti, e quindi nulli, e alienazioni in garanzia lecite che non trovano una regola predisposta in maniera rigida al momento della costituzione della garanzia che non lasci spazio ad un successivo bilanciamento di valore del rapporto. La stabilità o meno della regola, determinativa delle condizioni economiche del contratto, predisposta dalle parti è pertanto indice del suo reale significato e quindi della sua validità.

La dottrina da tempo ritiene che vi sia una differenza funzionale tra vendita con patto di riscatto e patto commissorio per cui si avrà patto commissorio quando il trasferimento della proprietà non è in funzione del pagamento del prezzo, ma solo in funzione di garanzia del debito assunto dal venditore-debitore, laddove «la funzione di mera garanzia potrà essere rivelata dall'assenza di un effettivo interesse di quest'ultimo(acquirente) per l'acquisto del bene»<sup>40</sup>. La conseguenza dell'inesistenza di un effettivo interesse dell'acquirente-cre-

<sup>38</sup> In tal senso F. ANELLI, *L'alienazione in garanzia*, Milano, 1996, p. 30 ss.

<sup>39</sup> Così F. ANELLI, *op. cit.*, pp. 77 e 95.

<sup>40</sup> Si veda F. ANELLI, *op. cit.*, p. 152.

ditore all'acquisto del bene, rinvenibile dal complesso delle clausole, darebbe luogo alla nullità del contratto per violazione diretta di norma imperativa, perché si tratterebbe di un negozio immediatamente riconducibile al tipo vietato.

Per contro l'esistenza di una funzione di garanzia non è di per sé sufficiente ad ammettere la nullità del relativo patto. Sarebbe invece necessario valutare «la riconducibilità del singolo contratto alla fattispecie vietata prendendo in considerazione, oltre al profilo funzionale, anche quello strutturale dell'atto, e cioè verificare in concreto l'immanenza al complessivo piano di effetti predisposto dalle parti di una regola satisfattiva corrispondente a quella vietata»<sup>41</sup>.

Così il *lease back* sarebbe valido qualora le parti abbiano stabilito opportuni criteri di equilibrio dei rispettivi sacrifici

Queste posizioni hanno trovato riscontro nella giurisprudenza che propone valutazioni funzionali degli assetti contrattuali ai fini della valutazione del giudizio sulla rispondenza del contratto al dettato normativo in materia di divieto di patto commissorio<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Così F. ANELLI, *op. cit.*, p. 435.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, secondo cui «il negozio di sale and lease-back viola la ratio del divieto del patto commissorio sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del credito stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita, mentre l'esistenza di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il sale and lease-back quanto lo stesso leasing finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato». V. anche Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 700, con nota di E. Giacobbe, *ivi*, 2007, I, 2529, per la quale «deve escludersi che l'art. 2744 c.c. (sul divieto del patto commissorio) costituisca una norma eccezionale, di stretta interpretazione, applicabile unicamente nell'eventualità in cui sia aggiunto al pegno, all'ipoteca, all'anticresi. Il divieto di patto commissorio, infatti, si estende a qualsiasi negozio, ancorché lecito e 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, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene e come conseguenza della mancata

Da ultimo il legislatore si è mosso sul piano della c.d. autotutela esecutiva privata. Prendendo le mosse dallo schema generale del patto marciano, sono stati di recente introdotti nuovi strumenti volti a consentire un più efficiente soddisfacimento del credito sui beni immobili del debitore, ove si consti l'inadempimento delle obbligazioni riferibili ad alcune tipologie di contratti di finanziamento emessi da parte di banche o di altro soggetto autorizzato ai sensi dell'art. 106 T.U.B.

In particolare nel 2016 con il d.l. 3 maggio 2016 n. 59 è stata introdotta, con l'inserimento dell'art. 48 bis, la possibilità di convenire, al momento della conclusione di un contratto di finanziamento bancario, che la restituzione, il trasferimento o la retrocessione dei proventi della vendita del bene immobile ipotecato comportino, in ogni caso, l'estinzione dell'intero debito derivante dal contratto a carico del consumatore nonché una nuova forma di garanzia che prevede il trasferimento dei diritti su beni immobili sospensivamente condizionato all'inadempimento delle obbligazioni assunte dalle imprese nei contratti di finanziamento bancario.

A tutela del debitore rispetto a disequilibri del contenuto contrattuale si prevede una stima contestuale al momento in cui si deve procedere alla vendita o al trasferimento, oltre al riconoscimento al debitore di una somma pari al valore dell'immobile o la parte del ricavato della vendita eccedente il debito. Per tal via il legislatore individua in ambito bancario modalità per il raggiungimento di un ri-

estinzione del debito ed applicabile, pertanto anche con riguardo ad un contratto intercorso tra due società da qualificarsi *sale and lease-back*. In linea con quest'ultimo rilievo appare Cass., 3 febbraio 2012, in *Giust. civ. mass.*, 2012; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, *ivi*, 2016.

Si veda G. DE ROSA, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, p. 213 ss.; G.M. GALIMBERTI, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Milano, 1983; V. SANTARSIERE, «*Sale and lease back*» per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in *Arch. civ.*, 1997, p. 47 ss. In giurisprudenza Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 in *Riv. Not.*, 2015, p. 182 ss.; in *Il fallimento*, 2015, 791 ss., con nota di M. Spadaro; in *Giur. it.*, 2015, 2341 ss., con nota di V. Viti, la sentenza ha il merito di aver fatto il punto, in materia di alienazioni a scopo di garanzia, circa l'ambito di operatività del divieto dell'art. 2744 c.c. con specifico riguardo al contratto di *sale and lease-back*. V. anche M. NATALE, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1595 ss.

sultato equivalente a quello delle procedure esecutive giurisdizionali, attraverso l'esercizio degli strumenti di autotutela esecutiva privata cercando di mediare tra gli interessi delle parti, debitore e creditore, nella logica di agevolare l'accesso al credito<sup>43</sup>.

Una simile riforma, insieme ai recenti orientamenti giurisprudenziali, porta a rileggere in chiave funzionale la norma contenuta nell'art. 2744 diversificandone i risvolti applicativi in base alle diverse fattispecie che in concreto si pongono.

A livello contrattuale si è cercato di colmare i limiti alla effettività delle garanzie reali modulando il costo del denaro e lo spread in funzione del rischio creditizio. Il costo del denaro verrebbe ad avere, nella sua quantificazione, anche la funzione di coprire il rischio di inadempimento dei soggetti finanziati, con una sorta di mutualizzazione del rischio tra la comunione dei finanziati che idealmente si compone. In tal caso potrebbe dirsi che la moneta ha un valore in sé e non solo come strumento di scambio di merci. Il valore monetario è l'oggetto della transazione e non il mezzo.

Si tratta di capire quanto la presenza di uno spread nei contratti di mutuo, che non trovi corrispondenza nella operazione economica ma che risulti unicamente uno strumento per bilanciare il rischio del credito, non debba essere considerato ai fini dell'usurarietà del tasso di interessi, rappresentando un costo dell'operazione ulteriore che non trova giustificazione peraltro nella reale funzione economica dello *spread*.

Il termine *spread* significa «allargamento» e indica il prezzo a cui la

<sup>43</sup> Si veda in particolare sul punto A. BARLETTA, *Dialoghi in tema di patto marciano nel settore bancario*, in *Riv. T.S.E.I.*, n. 4-17, 9 marzo 2017, p. 19 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2016, p. 220 ss.; E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1112; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali Artt. 2740-2744*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 230; G. IACCARINO, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Riv. Immobili e Proprietà*, p. 101 ss.; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, I, p. 29 ss.

banca rivende il denaro acquistato al tasso di scambio interbancario. Affinché la banca possa avere un guadagno occorre che la stessa collochi presso la clientela il denaro ad un prezzo più elevato. Da un punto di vista funzionale lo spread viene ad essere assimilabile agli interessi corrispettivi che vengono ad aggiungersi al capitale da restituire al mutuante. Questa è la posizione fatta propria dalla giurisprudenza secondo la quale lo spread deve essere valutato nella soglia limite dell'usura dovendosi a tal fine tenere conto di tutte le spese e oneri a «qualsiasi titolo». Con riferimento allo spread di mora si può ripetere quanto osservato per gli interessi di mora in recenti arresti della Suprema Corte<sup>44</sup>. La Cassazione richiama alla necessità di

<sup>44</sup> Così Cass., 04 Luglio 2017 n. 23912, in *Mass. Giust. Civ.*, 2017: «Considerato che: 1. l'art. 1815 c. 2, c.c. stabilisce che e ai sensi dell'art. 1 D.L. 29/12/2000, n. 394, convertito in L. 28/02/2001 n. 24, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento; il legislatore, infatti, ha voluto sanzionare l'usura perché realizza una sproporzione oggettiva tra la prestazione del creditore e la controprestazione del debitore; 2. il ricorso è manifestamente infondato; come ha già avuto modo di statuire la giurisprudenza di legittimità «è noto che in tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della L. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori (Cass. 04/04/2003 n. 5324). Ha errato, allora, il tribunale nel ritenere in maniera apodittica che il tasso di soglia non fosse stato superato nella fattispecie concreta, solo perché non sarebbe consentito cumulare gli interessi corrispettivi a quelli moratori al fine di accertare il superamento del detto tasso» (Cass. ord. 5598/2017; con principio già affermato da Cass. 14899/2000)». La Cassazione in un'altra recente pronuncia afferma: «orbene, è noto che in tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della L. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori (Cass. 04/04/2003, n. 5324). Ha errato, allora, il tribunale nel ritenere in maniera apodittica che il tasso soglia non fosse stato superato nella fattispecie concreta, solo perché non sarebbe consentito cumulare gli interessi corrispettivi a quelli moratori al fine di accertare il superamento del detto tasso»: così Cass., 5 Marzo 2017 n. 5598, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

In ambito penale Cass. pen., 27 ottobre 2015, n. 45642, in *Dir. giust.*, 2015, con nota di A. FORTI, *Il diritto confiscabile coincide sempre con gli interessi usurari concretamente corrisposti?*. La S.C. ritiene che l'usura bancaria scatti al mo-

valutare nel concreto «la sproporzione oggettiva tra la prestazione del debitore e quella del creditore», sproporzione che può riguardare anche la situazione che si viene a determinare nella fase della mora del debitore.

L'uso dello spread in funzione di copertura del rischio creditizio finisce peraltro per portare ad una condivisione del rischio tra i mutuatari. In pratica il pagamento dello spread in eccesso rispetto all'effettivo costo del denaro serve a coprire il rischio creditizio non solo del mutuatario, ma della collettività dei mutuatari riferiti a quel determinato soggetto mutuante. Vero è che una simile funzione mutualistica non risulta parte della funzione economica/individuale del contratto di mutuo. Risulta difficile dissociare funzionalmente interessi e spread che invece si trovano correlati nella prospettiva dinamica relazionale del rapporto obbligatorio in quanto strumento per remunerare il finanziatore<sup>45</sup>.

mento della sola contabilizzazione degli interessi. V. però *contra* Cass. pen., 2 Ottobre 2014, n. 45090, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

Contro la sommatoria di interessi moratori e corrispettivi nel calcolo del tasso ai fini della legge antiusura: Trib. Milano, 10 ottobre 2015, n. 11997, in *Dejure*; Trib. Milano, 16 luglio 2015, n. 8755, *ivi*; Trib. Milano 22 maggio 2014, *ivi*; Trib. Padova, 13 maggio 2014, *ivi*. Per le pronunce dell'arbitrato bancario sugli interessi moratori *ex multis* ABF, Collegio di Napoli, 9 settembre 2015, n. 6836, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, Collegio di Napoli, 3 giugno 2015, n. 4455, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 16 gennaio 2015, n. 303, *ivi*. Per una valutazione critica si veda T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *DIMAF*, 2016, p. 5 ss.

<sup>45</sup> L'affermazione ci pare tanto più sostenibile ora che la Cassazione in una recente pronuncia a sezioni unite (Cass. SS.UU., 19 Ottobre 2017, n. 24675, cit.) ha dato appunto rilevanza al profilo dinamico relazione del rapporto obbligatorio nel «sanzionare» anche l'usura sopravvenuta. Afferma la S.C. «Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento ditale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto».

### 1.3. *Pagamenti e credito. Le lettere di credito nel commercio internazionale dei prodotti agricoli*

Mutamenti nel sistema monetario riguardano anche le evoluzioni ICT a fronte delle quali i sistemi di pagamento attualmente si trovano a fronteggiare essenzialmente due rischi: cyber risk (rischio frode attuato con mezzi informatici, rischio di malfunzionamenti con danni alla clientela), rischio di credito nato già con la moneta bancaria che ha consentito una dissociazione tra strumenti di pagamento e ricchezza finanziaria<sup>46</sup>.

La Corte spiega che: «La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso, può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c.; ma va escluso che sia da qualificarsi scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente al un diritto validamente riconosciuto dal contratto».

<sup>46</sup> Il tema incide sulla responsabilità degli intermediari. La posizione degli intermediari nelle obbligazioni pecuniarie con mutamenti che hanno inciso sullo stesso modo di concepire il pagamento di obbligazioni pecuniarie, si è avuta in particolare con la legge 5 luglio 1991 n. 197 che in materia di antiriciclaggio ha previsto limitazioni all'uso delle banconote. *Ex art. 1* si prevede che per gli effetti di cui all'art. 1277 è necessario che il debitore abbia comunicato al creditore l'accettazione dell'incarico da parte dell'intermediario. Taluno ha concluso che in questo caso il pagamento è consensuale anziché reale (G. SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992, p. 139 ss.). Questa tesi poggia sulla necessaria coincidenza tra estinzione dell'obbligazione e liberazione del debitore. Vero è che esistono casi come la delegazione in cui tale coincidenza non si ha; anche nella espromissione si può avere liberazione ma non estinzione come osservato dalla dottrina però in questa ipotesi l'effetto negativo, per il creditore, della liberazione del debitore originario si accompagna con l'effetto positivo per il creditore dell'ingresso dell'accollante del rapporto obbligatorio che scaturisce da un separato negozio. Anche qui abbiamo una distinzione tra liberazione e estinzione ma originante da negozi distinti. Cfr. R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 42. In tal senso anche S. MARTUCCELLI, *op.cit.*, p. 54, il quale ritiene che l'ipotesi di cui alla l. 197/1991 abbia introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie in cui nel rapporto obbligatorio si ha una scissione tra momento liberatorio e momento soddisfattorio. Quello che si può dire è che tale conclu-

Nella evoluzione dalla moneta come mezzo di scambio alla moneta scritturale, la moneta viene ad avere una funzione non solo di strumento per attuare la circolazione economica, ma anche di strumento di credito nel senso di strumento per apportare risorse finanziaria a titolo oneroso in linea con la funzione della moneta come oggetto di scambio e non solo come mezzo di scambio secondo la funzione D-D'.

Si ha un progressivo aumento delle ipotesi di intervento del terzo nell'adempimento con una scissione apparente tra momento estintivo dell'obbligazione, soddisfazione del creditore, e liberazione del debitore originario e con una commistione tra strumenti di pagamento e negozi di finanziamento<sup>47</sup>.

sione non pare presente in alcuna norma. Occorre muovere dal fatto che il procedimento di pagamento introdotto dalla l. 197/1991 è funzionale non a fini civili ma a fini penali ovvero volto ad evitare meccanismi di anonimato. A favore della neutralità degli intermediari V. DI STASIO, *Operazione di pagamento non autorizzato e restituzione*, Milano, 2013, p. 25 «coinvolgere l'intermediario in questioni interpretative riguardanti i rapporti tra pagatore e beneficiario, non desumibili dall'ordine di pagamento, significherebbe ritardare ...il trasferimento elettronico di fondi».

<sup>47</sup> Alcune di queste considerazioni peraltro già emergevano in merito alla moneta scritturale. Secondo la dottrina tradizionale le somme iscritte in conto corrente sono diritti di credito (C.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, p. 80 ss.; S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 68). Secondo M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 133 la disciplina del conto corrente sembra indicare che la scritturazione in conto costituisce un modo per imputare il valore ivi indicato al patrimonio del correntista svolgendo la stessa funzione del possesso delle banconote. Conferisce la disponibilità del valore patrimoniale ivi indicato. «Quando l'iscrizione a debito o a credito comporta la trasformazione della moneta cartacea in moneta scritturale o viceversa si dà luogo al sorgere di un'obbligazione pecuniaria...sia la moneta scritturale sia le banconote non rappresentano beni distinti ... ma legittimano all'esercizio del medesimo potere economico di acquisto» (p. 150). Anche qui l'ICT ha innovato O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, p. 45.

Quanto allo strumento di pagamento del bonifico la dottrina tradizionale lo riconduce agli strumenti alternativi di pagamento con l'operatività del meccanismo della *datio in solutum* e la riconduzione del fenomeno alla delegazione (A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 156) con una totale autonomia degli enti coinvolti (A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, p. 109) il momento estintivo viene individuato nell'accredito. Leggendo il d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253 (art. 6) nonché

Così la moneta elettronica può dirsi un valore monetario rappre-

la direttiva 64/2007 (art. 75) sui pagamenti transfrontalieri l'annotazione è qualificata come atto mediante il quale si trasferisce la titolarità della somma di denaro. Queste norme sembrano quindi ripartire il rischio del pagamento a buon fine tra debitore e creditore affermando che l'iscrizione vale imputazione della quota di ricchezza convenzionale. Le osservazioni rimangono valide anche nel mutato quadro normativo. La direttiva 64/2007 è stata abrogata dalla direttiva UE 2015/2366, la c.d. PSD 2 (*Payment Service Directive*). Anche secondo la giurisprudenza il momento estintivo dell'obbligazione pecuniaria in caso di pagamento con bonifico si ha nel momento dell'accredito sul conto del beneficiario (Cass., 28 febbraio 2007, 4762, in *Giust. Civ. Mass.* 2007). La Cassazione continua però a considerare il pagamento una *datio in solutum* richiedente il consenso del creditore (Cass., 6 settembre 2004, n. 17961, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, criticata da M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 176 per la quale il debitore è liberato all'atto delle annotazioni intercorse tra le banche del debitore e del creditore ove diverse v. Cass. SS.UU., 4 giugno 2010, n. 13658, in *Contratti*, 2010, p. 818, la quale non legittima il rifiuto. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, p. 72 ricostruisce l'operazione come due distinti incarichi uno dell'ordinante alla propria banca e uno dalla banca dell'ordinante alla banca del beneficiario. Conclude che «sul piano dell'obbligazione pecuniaria sottostante, ne deriva che l'adempimento dell'ordinante ha luogo solo nel momento in cui il conto del beneficiario è accreditato: conseguentemente, di tutto quanto si verifica prima (ritardo, errore, mancata esecuzione dell'ordine ecc.) è responsabile, ex art. 1218 c.c., il debitore, salvo poi il diritto di rivalersi nei riguardi dei suoi ausiliari». Critica l'autrice rispetto alla possibilità di qualificare l'operazione come una delegazione. Si ha «la creazione di un eccessivo distacco tra forma giuridica e realtà economica, con la conseguente necessità di ricorrere ad una serie di finzioni per giustificare la produzione di determinati effetti giuridici» (p. 75). Inoltre l'atto gestorio richiesto alla banca dell'ordinante è diverso da quello che si potrebbe richiedere al delegato nel pagare direttamente al delegatario (p. 79).

L'autrice inoltre critica inoltre anche l'idea che l'accredito sia il momento rilevante per la liberazione del debitore (p. 95). Per tal via si addossano all'ordinante dei rischi che fuoriescono dalla sua sfera di controllo peraltro in contrasto con quanto era stabilito dalla direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri e sull'art. 4 A dell'UCC, quest'ultima norma in specie attribuisce alla banca accreditante quanto si verifica successivamente alla sua accettazione. Si rileva un'autonomia della banca del beneficiario (p. 107). V. anche U. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Dig. Disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1989, IV, p. 10. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, p. 135 inoltre rileva come le singole operazioni di trasferimento dei fondi devono essere viste come parte «del complesso sistema dei pagamenti». In questo è centrale il meccanismo delle stanze di compensazione (F. CAPRIGLIONE, voce *Stanze di compensazione*, in *Enc. trecc.*, XXX, Roma,

sentato da un credito nei confronti dell'emittente memorizzato su un

1993, p. 1; L. NIVARRA, voce *Stanza di compensazione*, in *EdD*, XLIII, Milano, 1990, p. 651). Guardando a tale intreccio si individua anche una possibilità di tutela del correntista in caso di inadempienze dovute ad errori o negligenze delle banche coinvolte diverse dalla propria. In base alla passata direttiva 97/5/CE la responsabilità è della banca dell'ordinante indipendentemente da chi sia il soggetto coinvolto nell'operazione e nei confronti del quale la banca responsabile potrà a sua volta agire. Il sistema dei pagamenti transfrontalieri ha trovato da ultimo regolamentazione nel REGOLAMENTO (UE) N. 260/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 marzo 2012 che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009. Il regolamento mira alla creazione di un mercato integrato per i pagamenti elettronici in euro, senza distinzione tra pagamenti nazionali e transfrontalieri. Tale innovazione si è resa necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno. A tal fine, il progetto dell'area unica dei pagamenti in euro («SEPA») mira a sviluppare servizi di pagamento comuni a tutta l'Unione in sostituzione degli attuali servizi di pagamento nazionali. Quale conseguenza dell'introduzione di standard, norme e prassi di pagamento aperti e comuni e mediante il trattamento integrato dei pagamenti, la SEPA dovrebbe offrire ai cittadini e alle imprese dell'Unione dei servizi di pagamento in euro sicuri, a prezzi concorrenziali, facili da usare e affidabili.

Infine la funzione di finanziamento e strumenti di pagamento si coglie nell'uso delle carte di credito. La carta di credito, in prima battuta, può essere considerata un documento attraverso cui si compie un'operazione complessa, scomponibile in una pluralità di rapporti, la cui funzione consiste nel procurare al consumatore l'accesso a beni o servizi presso determinati esercenti, attraverso la presentazione della carta come strumento di versamento immediato del prezzo. Ciò si realizza con la previsione di un differimento nel pagamento del prezzo concesso direttamente dall'esercente, carte cd. bilaterali, oppure da un terzo soggetto, carte cd. trilaterali.

Per completezza espositiva e per contiguità concettuale, occorre richiamare l'attenzione sulle carte cd. pre-pagate con cui viene invertito, pagando l'utente i servizi o i beni anticipatamente rispetto al momento della loro fruizione al trasferimento.

Altro ancora le carte di debito (v. la carta cd. Bancomat-P.O.S.) nelle quali l'addebito per il titolare è sempre immediato, realizzando un trasferimento elettronico di fondi

Sui mezzi di pagamento si veda in particolare: L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997. Sul credito al consumo: G. ALPA e M. BESSONE, *Disciplina della carta di credito e problemi di controllo di credito al consumo*, in *Giust. it.*, 1976, IV, p. 110 e ss.; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 591 e ss.

dispositivo elettronico<sup>48</sup>. Tra le monete elettroniche ovvero valute memorizzate elettronicamente ci sono le c.d. monete virtuali. Le monete virtuali nascono chiuse ovvero volte a consentire di fruire beni e servizi del mondo virtuale. Entrano poi nel mondo reale come Bitcoin. Il sistema di criptovalute non conosce un ente centralizzato emittente. Attraverso la crittografia e le funzioni *hash* è possibile rendere sicura e non modificabile ogni transazione. Nel sistema bitcoin l'utente genera una coppia di chiavi (una pubblica e una privata), indica la quantità di bitcoins che intende trasferire apponendo la chiave pubblica del destinatario il quale con la propria chiave privata potrà decrittografare il messaggio. Il problema della *double spending* è risolto in un sistema decentralizzato attraverso la condivisione delle transazioni e attraverso il controllo dei c.d. *miners* (i metaforicamente detti minatori ovvero coloro che accumulano criptovalute in supporti elettronici)<sup>49</sup>.

Con riferimento al pagamento con carte per la teoria della delegazione: P. SPADA, «*Carte di credito: terza generazione di mezzi di pagamento*», in *Riv. di dir. civ.*, 1976, I, p. 483 e ss.; per la teoria della cessione: A. DOLMETTA, *La carta di credito*, Milano, 1982.

<sup>48</sup> La dottrina tradizionale qualifica il pagamento mediante moneta elettronica come un trasferimento di un credito B. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in S. Sica, P. Stazione e V. Zeno Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2006, p. 23 ss.; G. FINOCCHIARO, Prime riflessioni sulla moneta elettronica, in *Contr. Impr.*, 2001, p. 1357; G. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla direttiva 2000/46/CE riguardante gli istituti di moneta elettronica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 809; D. SABBATINI, *Brevi note sulla moneta elettronica*, in V. Santoro (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, p. 85.

La raccomandazione 30 luglio 1997, n. 489 artt. 6 e 8 e poi direttiva 2007/65 artt. 53,60.61 nell'allocare il rischio di smarrimento o furto o guasto del sistema operativo sembrano confermare tale posizione. Cfr. D. VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in, in S. Sica, P. Stazione e V. Zeno Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2006, p. 133 ss.

<sup>49</sup> S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, pp. 15-32.

Abbiamo delle pronunce che identificano bitcoins come moneta (Trib. Commercio di Creteil 11 agosto 2011), altre che li identificano come strumenti fi-

Le monete virtuali richiedono studi incentrati, piuttosto che sul

nanziari (v. il parere della BAFIN autorità federale di supervisione finanziaria tedesca), come mezzo di pagamento diverso dalla moneta (Corte distrettuale di Almelo sentenza C/8/140456/HA ZA 13-255).

Capaccioli afferma (p. 114) che è moneta pur non essendo riconducibile ai tipi conosciuti. Non è moneta merce perché non ha un valore intrinseco, non è moneta rappresentativa perché non ha un valore costante; non è moneta fiat (moneta senza valore intrinseco sostenuta da un governo che la emette) non essendo emessa da alcun ente. Può essere considerata bene in quanto suscettibile di essere oggetto di diritti. Si ripropone qui il problema della applicazione al denaro delle norme sulla circolazione dei beni fungibili (p.118); potrebbe essere una security, ma il problema è che nei paesi europei i titoli devono avere un emittente (p. 121). La criptovaluta può essere un sistema di pagamento in senso lato (p. 126). La BCE ha posto in evidenza i rischi di bit coins. Sui rischi di default informatici, rischi di uso per attività illecite ecc. si veda A. BLUNDELL, A. WIGNALL, *The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology*, in OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions, No. 37, 2014, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/5jz2pwjd9t20-en>. Sulla necessità di interventi regolatori si veda R. BOLLEN, *The Legal Status of Online Currencies: Are Bitcoins the Future?*, in *Journal of Banking and Finance Law and Practice* (2013) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2285247](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2285247); D. BRYANS, *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*, in 89 Ind. L.J. 441 (2014); N. PLASARAS, *Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoins within the reach of the IMF*, in *Chicago Journal of International Law*, 2013, p. 377 in <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=cjil>

Sul rischio legato all'anonimato F. REID, M. HARRIGAN, *An Analysis of Anonymity in the Bitcoin System*, in <https://arxiv.org/pdf/1107.4524.pdf>. Un aspetto di interesse delle criptovalute è quello regolamentare in quanto «il codice è la legge» (L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999; J. GRIMMELMANN, *Anarchy, Status Updates, and Utopia*, in *Pace L. Rev.* Marzo 2015, <http://ssrn.com>; G. ARANGÜENA, *Bitcoin: una sfida per policy-makers e regolatori*, in *Diritto mercato tecnologia*, N. 1<sup>2</sup> 2014, 19). Varie le tesi sulla loro natura: moneta, valuta estera, titoli di credito, commodity ovvero beni fungibili creati dall'attività umana, beni immateriali, sistemi di pagamento...Capaccioli dice che occorre evitare di rinchiudersi in un concetto giuridico fisso (p. 137). Anche l'oro è moneta, capitale e materia prima. Ci si chiede se pagare con criptovalute trasformi l'obbligazione da *dare* a *facere*. Capaccioli le considera beni immateriali in cui la cosa primeggia rispetto all'attività che l'ha creata (p. 145). La proprietà su tali beni sarebbe rappresentata dal possesso della chiave privata e il trasferimento avviene attraverso un protocollo, le regole tecniche entrano nel sistema, Capaccioli le inquadra all'interno delle consuetudini contrattuali (p. 148).

concetto di obbligazione pecuniaria, sull'uso delle piattaforme e sull'impatto nel diritto privato degli ambienti social<sup>50</sup>.

Il pagamento nelle obbligazioni pecuniarie viene ad essere una operazione complessa in cui la moneta perde centralità rispetto a servizi che l'intermediario (nel caso della moneta scritturale) o il gestore della piattaforma (nel caso della moneta virtuale) viene a svolgere, servizi che hanno in parte appunto una funzione di finanziamento al debitore dell'obbligazione pecuniaria.

L'assimilazione funzionale tra strumenti di pagamento e negozi di finanziamento si trova anche nelle lettere di pagamento.

Nell'ambito agricolo, in specie nei settori, come quello vitivinicolo in Italia, in cui maggiori sono i rapporti commerciali tra Stati, un mezzo di pagamento frequentemente impiegato sono le c.d. lettere di credito<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Per una riflessione sul punto si rinvia a C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2015, in particolare sulla criticità nell'uso delle categorie tradizionali p. 23 ss.

<sup>51</sup> Si tratta di uno strumento riconosciuto a livello internazionale sulle cui origini v., C.A. MEAD, *Documentary Letters of Credit*, in *Columbia Law Review*, 1922, 22, 4, p. 297 ss.; W. MCCURDY, *Commercial Letters of Credit*, in *Harvard Law Review*, 1922, 35, 5, p. 539; F.R. SANBORN, *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law*, New York, 1930; R.J. TRIMBLE, *The Law Merchant and the Letter of Credit*, in *Harv. LR.*, 1948, 61, p. 981; A. DAVIDSON, *Developments in the Utilisations of Letters of Credit Transactions*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 1995, vol. 10, p. 328; ID., *The Evolution of the Letter of Credit Transaction*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 1995, vol. 10, p. 128.

Si veda anche A. RUSSO, *Pagamenti internazionali e crediti documentari*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale* a cura di M. Tupponi, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, p. 301; P. LUCANTONI, *Il credito documentario*, in *L'attività delle banche*, a cura di Urbani, Padova, 2010, p. 286 ss.; C. COSTA, *Il credito documentario*, Torino, 1997; A. GIAMPIERI, *Il credito documentario. Profili di autonomia e causalità*, Padova, 1993, p. 23 ss.; L. PONTIROLI, *Il credito documentario. Esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, Milano, 2000; ID., *Credito documentario*, in *Digesto comm.*, IV, Torino, 1989, p. 207 ss.

Si tratta a ben vedere non di un unico negozio ma di un intreccio di rapporti come affermato in dottrina e in giurisprudenza: G. LA ROCCA, *I crediti documentari*, in *I Contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Trattato dei*

Si tratta di uno strumento di pagamento che tutela maggiormente il venditore in quanto con la lettera di credito una banca (emittente) dietro incarico ricevuto dal compratore (ordinante), si impegna irrevocabilmente ed autonomamente ad eseguire il pagamento (è possibile che in sostituzione del pagamento sia prevista una diversa prestazione ad esempio una negoziazione) a favore del beneficiario, a condizione che costui presenti tutti i documenti richiesti secondo le modalità e i tempi previsti dalla lettera di credito. Spesso si ha l'intervento di più istituti bancari. Oltre alla Banca emittente vi è anche la c.d. banca designata che riceve l'incarico da quella emittente di effettuare la prestazione. In genere le lettere di credito rinviano alla disciplina di cui alle Norme ed Usi Uniformi della Camera di commercio internazionale (NUU 600)<sup>52</sup>.

La lettera di credito ordinaria viene distinta comunemente dalla cd. *stand-by* con cui non sorge un impegno in capo alla banca a pagare, negoziare o accettare, ma una garanzia di pagamento che la banca rilascia al beneficiario impegnandosi ad eseguire la prestazione promessa in caso di inadempimento dell'ordinante. Quindi la *stand-by letter of credit* ha una funzione di sicurezza, tipica di una garanzia bancaria<sup>53</sup>.

*contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Utet, Torino, 2016, p. 1195 ss.; E. GABRIELLI, *Vendita su documenti, aliud pro alio, revoca del mandato e collegamento negoziale nella vicenda del credito documentario*, in *Banca, borsa*, 1985, II, p. 160 ss., spec. p. 162. In giurisprudenza la sempre attuale Cass., 24 settembre 1960, n. 2497, in *Banca borsa*, 1962, II, p. 161 ss., «l'apertura di credito documentata e confermata costituisce un complesso negoziale che, pur manifestando una incontestabile unità sostanziale, determinata dall'unità di origine, di causa e di oggetto, si realizza in tre diversi momenti e consta di tre successivi distinti rapporti [...]». In dottrina E. GABRIELLI, *Vendita su documenti, aliud pro alio, revoca del mandato e collegamento negoziale nella vicenda del credito documentario*, in *Banca, borsa*, 1985, II, p. 160 ss., spec. p. 162.

<sup>52</sup> Cfr. A. DI MEO, *Il credito documentario. Le NUU 600 e la Prassi Bancaria Internazionale Uniforme (PBIU)*, Milano, 2012, p. 260. Parte della dottrina lo qualifica come *lex mercatoria*. C.E. BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, I, 3 ed., Milano, 1987, p. 187 ss. Contrario G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1992, p. 63.

<sup>53</sup> Cfr. C. COSTA, *Dal credito documentario alla lettera di credito come forma*

Il settore agricolo anche in questo caso diventa un punto di osservazione privilegiato di strumenti di pagamento che vedono una rinnovata commistione tra soddisfazione del creditore, finanziamento del debitore, garanzia del credito che porta ad una compartecipazione dei rischi relativi alla esecuzione dell'obbligazione pecuniaria tra il debitore e i soggetti che si affiancano a lui nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

## 2. *Credito agricolo dopo Basilea2 e Basilea 3*

Come detto il sistema creditizio si è fortemente evoluto a seguito dell'accordo di Basilea 2, e il livello di prudenzialità è ancora incrementato in Basilea 3<sup>54</sup>, che ha ribadito la centralità degli strumenti di mitigazione del rischio creditizio da parte degli intermediari riconoscendo una gamma più ampia di strumenti. Accanto alle garanzie reali, personali e i derivati su credito, si riconosce la possibilità di incidere sul tasso di interesse praticato sui finanziamenti e la richiesta di miglioramenti del rating. L'accordo come noto richiede a ciascuna banca di accantonare capitale in proporzione ai prestiti concessi in modo da fronteggiare eventuali insolvenze. Ove la banca abbia attuato una ponderazione del rischio tale da ridurlo a zero non dovrà pertanto procedere ad accantonamenti. Non staremo qui ad affrontare temi relativi ai metodi di ponderazione e ai sistemi di valutazione adottati dalla banca, quello che ci preme evidenziare è come il sistema introdotto già con Basilea 2, in linea rispetto al precedente accordo di Basilea 1, nella prospettiva di accrescere la stabilità delle banche, anche alla luce della crisi economica che ha investito l'intero mercato finanziario nel 2007-2008, ha finito per richiamare l'attenzione delle banche sul livello di rischio del soggetto finanziato con

*di garanzia nel commercio internazionale: le lettere di credito stand-by, in Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi internazionale e nel commercio internazionale, a cura di U. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1994, p. 268.*

<sup>54</sup> V. *supra* capitolo 1 nota 2.

conseguenze dal punto di vista dei requisiti richiesti all'atto del finanziamento.

Queste considerazioni si legano alla evoluzione del concetto di moneta.

Come detto passando dalla moneta merce alla moneta segno si comincia a pensare che la moneta abbia un ruolo autonomo nell'economia potendo di per sé influenzare motivazioni e decisioni degli operatori economici.

La liquidità e il *cash flow*, piuttosto che il livello di patrimonio immobiliare del richiedente il finanziamento o la garanzia, acquistano centralità nei rating che vengono utilizzati per valutare il merito creditizio.

Il nuovo *framework* regolamentare introdotto da Basilea 3 prevede, seppur in modo differenziato tra le banche e i diversi intermediari vigilati, un maggior presidio del rischio di liquidità rispetto alla precedente regolamentazione. Le principali fonti normative e regolamentari di riferimento sono rappresentate dalla CRR/CRDIV<sup>55</sup> e dalla Circolare Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015. In particolare, nell'ambito della Circolare 288 si fa riferimento alle disposizioni di cui al Titolo III («Organizzazione amministrativa e contabile e controlli interni») per quanto attiene al governo e alla gestione del rischio di liquidità.

Gli intermediari finanziari che raccolgono risparmio presso il pubblico o esercitano in via esclusiva, prevalente o rilevante, l'attività di rilascio di garanzie devono monitorare e detenere costantemente un ammontare di riserve di liquidità adeguato in relazione alla propria esposizione al rischio di liquidità.

### 2.1. *La ricerca del finanziato «iperperformante»*

Uno dei principali effetti di Basilea 2, e ancor più di Basilea 3 e dell'applicazione dei principi contabili IFRS9, riguarda la centralità della valutazione del rischio creditizio del soggetto finanziato anche attraverso rating dell'impresa. Il nuovo sistema importa problemi per

<sup>55</sup> V. *supra* capitolo 1 nota 6.

il sistema bancario che dovrà affrontare le difficoltà di lettura di rating relativi ad un sistema produttivo, appunto quello agricolo, che presenta aspetti particolarmente tecnici relativi in specie alla centralità del «capitale umano» e delle capacità tecnico-gestionali dell'imprenditore agricolo<sup>56</sup>. Dal lato del settore agricolo si assiste ad un timore per una possibile riduzione dell'accesso al credito accentuato da una contrazione degli aiuti comunitari. Ciò va spingendo gli agricoltori da un lato a cercare fonti alternative di finanziamento, dall'altro a recuperare i problemi di asimmetria informativa rispetto alle Banche attraverso contratti di consulenza mirati. Con riguardo a quest'ultimo aspetto vanno acquistando rilevanza i servizi offerti dai Cofidi che, anche a seguito della contrazione degli interventi pubblici e della domanda di anticipazioni del credito, stanno volgendo la propria attenzione ai servizi consulenziali.

## *2.2. La progressiva disintermediazione del credito in agricoltura*

Accanto a questo ultimo profilo una ulteriore evoluzione del sistema del credito in agricoltura riguarda un aspetto comune a molti settori del mercato finanziario ovvero la progressiva disintermediazione. Nel settore assicurativo e finanziario per disintermediazione si intende l'acquisto dei prodotti assicurativi e finanziari senza l'intervento degli intermediari e in specie la individuazione, da parte dei clienti, dei prodotti attraverso l'ausilio di strumenti informatici che utilizzano algoritmi per associare al profilo del cliente il prodotto adeguato sulla base di determinati standard. Nel settore bancario per disintermediazione si intende un accesso al credito che non passa attraverso i canali istituzionali ovvero le Banche, il riferimento più immediato è quello al crowdfunding.

## *2.3. Il crowdfunding e il social lending*

La digitalizzazione ha portato a nuove dinamiche nell'erogazione

<sup>56</sup> Si veda P. CUPO e M. DI DOMENICO, *La valutazione del merito creditizio in agricoltura alla luce dell'accordo Basilea 2: un'applicazione ad un'impresa floricola*, in *AESTIMUM*, 2008, p. 25 ss.

del credito. La possibilità di usare piattaforme digitali per raccogliere il pubblico risparmio e per collocare il proprio capitale di rischio ha realizzato un processo di disintermediazione permettendo di escludere la necessaria intermediazione di istituti bancari.

Con il termine *crowdfunding* si fa riferimento alla raccolta di fondi tramite una rete di contatti realizzata attraverso il ricorso a piattaforme on line<sup>57</sup>.

Si tendono poi a distinguere diverse modalità: piattaforme volte a raccogliere donazioni, piattaforme di *preselling* dei prodotti frutto dell'impresa finanziata, il *social lending* caratterizzato da piattaforme per promuovere lo scambio di denaro tra privati senza l'intermediazione di banche o di imprese finanziarie, *l'equity based* in cui, sempre per il tramite di una piattaforma on line, si raccolgono capitali da investitori privati.

L'Italia è stata tra i primi paesi a dotarsi di norme che consentissero il finanziamento di *start up* innovative tramite il ricorso a portali on line garantendo un elevato livello di protezione degli investitori. Il Decreto Legge n. 179/2012 recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese» (c.d. «Decreto crescita bis», convertito con modifiche nella Legge n. 221 del 17 dicembre 2012), come modificato dal D.L. 24.1.2015, n. 3, ha apportato anche alcune modifiche al TUF. Le «start-up innovative» sono definite dal «Decreto crescita bis» (art. 25) con riferimento al possesso di requisiti che riguardano la forma societaria, il soggetto che detiene la maggioranza del capitale, il tempo trascorso dalla costituzione, il valore della produzione, il legame con l'innovazione ad alto contenuto tecnologico e la distribuzione degli utili. Sono riconosciute anche le start-up innovative a vocazione sociale. In tale contesto, la norma primaria ha delegato la Consob a disciplinare la gestione di portali per la raccolta di capitali. Consob con delibera n. 18592

<sup>57</sup> Per una disamina del fenomeno si rinvia al saggio di V. MANZI, *Il fenomeno del crowdfunding e del social lending: caratteristiche operative e profili contrattuali*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 389 ss. Si osserva come la disintermediazione porti ad una maggiore consapevolezza degli investitori rispetto alle attività che verranno finanziate con il loro intervento. Cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, pp. 295-296.

del 26 giugno 2013 ha adottato un Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line (successivamente modificato con delibera n. 19520 del 24 febbraio 2016) prevedendo in particolare oneri e obblighi per i gestori delle piattaforme. Oltre ad un meccanismo autorizzatorio che valuti se i gestori sono in grado di fornire un buon livello di affidabilità, sono previste regole per assicurare trasparenza di cui all'art. 13 del Regolamento. Il gestore dovrà operare con diligenza, correttezza e trasparenza adottando tutte le misure prudenziali necessarie per evitare che gli eventuali conflitti di interesse che potrebbero insorgere nello svolgimento dell'attività di gestione di portali incidano negativamente sugli interessi degli investitori e degli emittenti e per assicurare la parità di trattamento dei destinatari delle offerte che si trovino in identiche condizioni.

Il gestore rende disponibili agli investitori, in maniera dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni, tutte le informazioni riguardanti l'offerta affinché gli stessi possano ragionevolmente e compiutamente comprendere la natura dell'investimento, il tipo di strumenti finanziari offerti e i rischi ad essi connessi e prendere le decisioni consapevoli. Il gestore richiama altresì l'attenzione degli investitori non professionali sull'opportunità che gli investimenti in attività finanziaria ad alto rischio siano adeguatamente rapportati alle proprie disponibilità finanziarie. Particolare attenzione è versata al lato della promozione finalizzata alla raccolta del risparmio. Sempre l'art. 13 prevede che « Il gestore non diffonde notizie che siano non coerenti con le informazioni pubblicate sul portale e si astiene dal formulare raccomandazioni riguardanti gli strumenti finanziari oggetto delle singole offerte atte ad influenzare l'andamento delle adesioni alle medesime».

Tra le cautele previste a favore degli investitori non professionali si prevede che:

1. Il gestore assicura agli investitori diversi dagli investitori professionali il diritto di recedere dall'ordine di adesione, senza alcuna spesa, tramite comunicazione rivolta al gestore medesimo, entro sette giorni decorrenti dalla data dell'ordine.

2. Il gestore verifica, per ogni ordine di adesione alle offerte ricevute, che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere le caratteristiche essenziali e i rischi che l'investimento comporta.

Il Regolamento disciplina inoltre i contenuti dell'informativa dettagliatamente.

3. *Il rischio nella produzione e nel credito: coperture assicurative, derivati e mutualità in agricoltura*

Come detto la produzione agricola è particolarmente segnata dai problemi di cambiamenti climatici, eventi atmosferici e eventi catastrofici naturali in quanto legata ai processi biologici dell'ambiente. Il legame tra rischio creditizio e rischi della produzione dei soggetti debitori, che porta nella valutazione delle determinazioni in merito all'erogazione del credito a considerare profili relativi proprio alla produzione oltre che allo stato patrimoniale del finanziato, crea nel settore agricolo un legame indiretto tra rischio creditizio e rischio di calamità naturali ed eventi climatici che possano impattare sui livelli quantitativi e qualitativi della produzione<sup>58</sup>.

La copertura di costi e perdite generate da eventi naturali è un problema globale strettamente legato al cambiamento climatico che ha impattato sull'intensità e sulla dinamica degli eventi naturali che possono produrre modifiche nell'ecosistema e interferenze in pregiudizio di attività antropiche.

Una delle grandi sfide è ora individuare modelli contrattuali idonei a soddisfare in chiave economicamente e socialmente sostenibile esigenze di base rispetto al determinarsi di eventi catastrofici: *funding* e *prevention*<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> V. supra cap. 1, par. 2.

<sup>59</sup> Cfr. A. LAWRENCE, *Natural Catastrophe Insurance in the United States: Market Assessments and Issues*, Hauppauge NY, 2016; S. LANDINI e G. MARACCHI (a cura di), *Cambiamenti climatici, catastrofi ambientali e assicurazione*. CESIFIN ON LINE, 2015, pp. 1-169; M. TREJO POISON, *El contrato de seguro medioambiental*, Madrid, 2015; L. VANNUCCI, *Assicurazione e riassicurazione delle catastrofi ambientali*, in S. LANDINI e G. MARACCHI, *Cambiamenti climatici, catastrofi ambientali e assicurazione*, cit., pp. 27-44; S. LANDINI, *From Environmental insurance to environmental derivatives?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 228 ss.; E. BRYLA, TRESSLER, J. SYROKA, J. DANA, et. *Weather Index Insurance For Agriculture*, 2011, Washington, DC;

Queste due esigenze hanno da sempre trovato una risposta in meccanismi di trasferimento del rischio di evento dannoso su un soggetto terzo.

Il riferimento principale è al contratto di assicurazione che riesce

M. JAMETTI, T. VON UNGERN- STERNBERG, *Hurricane Insurance in Florida*, 2009, CESifo Working Paper Series No. 276; R. ENZ - S.SCHWARZ, *Natural catastrophes and man-made disasters in 2008*, Relazione tecnica, Swiss Re, Sigma n. 2, 2009; D. MILLER, *Uncertainty in Hurricane Risk Modelling and implication for securitization*, <http://www.casact.org>; A. ANTOCI, M. GALEOTTI e L. GERONAZZO, *Visitor and firm taxes versus environmental options in a dynamical context*, in *Journal of Applied Mathematics*, 2007, pp. 1-15; H. COUSY, *Risks and Uncertainties in the Law of Tort*, in Koziol, H. & Steininger, B. (eds.), *European Tort Law*, Tort and Insurance Law Yearbook, Springer, Wien-New York, 2006, p. 6; S. DE PAZ COBO, *La trasferencia alternative de riesgo*, Navarra, 2005; H. BRAUCH, *Security and environment linkages on the Mediterranean space. Security and environment in the Mediterranean: conceptualizing security and environmental conflicts*, Berlin, 2003, p. 33 ss.; G. NIEHAUS, *The allocation of catastrophe risk*, in *Journal of Banking and finance*, 2002, p. 26; SWISS RE, *Insurance Linked Securities*, Zurich, 1999; SWISS RE, *Natural Catastrophes and man-made disasters in 2001: man made disaster take on a new dimension*, Zurich, 2002; J. BARNETT, *The meaning of environmental security: ecological politics and policy in the new security era*, New York, 2001; D. DEUDNEY, in D. Daniel and R. Matthew (eds), *Environmental security: a critique. Contested grounds: security and conflict in the new environmental politics*, Albany, 1999, pp. 187-219; K. LIETZMANN e G. VEST, *Environment and security in an international context*, Report 232 NATO Committee on Challenges of Modern Society, Brussels, 1999; H. GERMAN, *Insurance and weather derivatives. From exotic options to exotic underlyings*, London, 1999; H. SHAH, P. NAKADA, *Managing and financing catastrophe risk. Risk Transfer and Financing Mechanism*, Financial Risk Management Seminar, CAS, Denver, Colorado, 12 april 1999; J. SAYERS, G. FULCHER, et. Al., *Including Insurance Indices and the boundaries between banking and insurance*, Securitization working party, Casualty Actuarial Society, GISC, October, 1998; I. STOUT a., *Insurance or Gambling? Derivatives Trading in a World of Risk and Uncertainty*, 14 BROOKINGS REV. (Winter 1996), p. 39; B. KAWAMOTO, *Insurance Linked Derivatives*, in *Financing Risk and Reinsurance*, 7/98; M. CANTER, J. COLE, *The foundation and evolution of the catastrophe bond market*, in *Global Reinsurance*, 1997, 1 ss.; R. GIBSON, H. ZIMMERMANN, *The Benefit and Risk of Derivative Instruments: an economic perspective*, IFCI Geneva Papers, 1994; M. SOROOS, *Global change, environmental security, and the prisoner's dilemma*, in *Journal of Peace Research*, 1994, pp. 317-332; S. D'ARCY, V. FRANCE, *Catastrophe Futures: a better Hedge for Insurers*, in *Journal of Risk and Insurance*, 1992, p. 59.

a coniugare trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore e contenimento dell'azzardo morale del primo.

Tra i meccanismi di trasferimento del rischio non possiamo tralasciare anche l'operatività di fondi, finanziati dai soggetti esposti al rischio e talvolta da interventi pubblici, che operano spesso come *last resort insurance*.

Il problema della operatività di tali soluzioni riguarda l'entità del corrispettivo (premio o contributi di partecipazione al fondo) legato non solo al tipo di rischio, ma anche a costi propri dell'operazione e a meccanismi di selezione avversa che portano solo i soggetti più esposti ad un determinato evento catastrofe ad assicurarsi. Il primo aspetto ha trovato soluzione in tecniche attuariali nella gestione di eventi catastrofici.

Con riferimento ai costi di liquidazione ci riferiamo in particolare a oneri relativi:

i) all'accertamento tecnico dei danni dichiarati (sussistenza e consistenza dei danni, valutazione se in copertura):

- costi attrezzature
- costi personale tecnico per i rilievi
- costi sopralluoghi (spese missione del personale, spese personale)
- costi consulenza (non sono necessari accertamenti tecnici ulteriori rispetto ai precedenti)

ii) alle consulenze per la valutazione della eventuale adozione o meno di tecniche di prevenzione

iii) alla valutazione in ordine alla sussistenza di eventuali cause di esclusioni (ad es. verifica se vi è stato intervento prima dell'accertamento tecnico ad esempio raccolta del prodotto o sostituzione della coltura prima dell'accertamento tecnico), di eventuali concause (ad esempio cause tecniche dovute a negligenza dell'assicurato), alla valutazione di danni lungolatenti.

Accanto ai costi di liquidazione assumono rilevanza i costi di prevenzione. In caso di assicurazioni agricole i costi di prevenzione sono relativi a visite periodiche sul campo per la verifica dell'andamento della produzione ed eventuali consigli agronomici da dare all'assicurato.

Si tratta di individuare meccanismi che riducano l'attività di liquidazione e che al contempo permettano di ridurre gli effetti di selezione avversa pur mantenendo un alto livello di prevenzione.

Diversificate sono le soluzioni proposte in agricoltura. Iniziamo con il considerare le c.d. assicurazioni *index based*. Nella determinazione dell'indennizzo non si valuta il danno alle colture ma si predetermina l'ammontare dell'indennizzo sulla base del raggiungimento di determinati indici target<sup>60</sup>. Ciò produce una serie di vantaggi:

- riduzione dei costi di liquidazione
- maggiore possibilità di predeterminare le perdite e quindi migliore capacità di riassicurazione
- riduzione dei problemi di selezione avversa.

Un vantaggio dell'assicurazione indicizzata è che gli assicurati sono soggetti ai medesimi termini, condizioni, e «scala di vincita», il che praticamente permette di eliminare il problema di selezione avversa per gli assicuratori.

Tali contratti necessitano interventi qualificatori per stabilire se si tratta di contratti di assicurazione o di contratti derivati ai fini della disciplina applicabile<sup>61</sup>.

Dal punto di vista giuridico si pongono problemi di qualificazione del contratto anche ai fini dell'autorizzazione da parte della pubblica autorità nazionale del mercato assicurativo rispetto alle direttive UE in materia e in particolare da ultimo la direttiva 138/2009/CE nota come Solvency 2.

Con riferimento alla tipizzazione di contratto di assicurazione contenuta nell'art. 1882 c.c. si può dire che il legislatore parlando di uno scambio di indennizzo contro premio sembra aver lasciato libere le parti di determinare le modalità di determinazione dell'indennizzo cercando sul punto solo di porre argini al *Moral Hazard* che potrebbe essere incentivato da indennizzi eccessivamente elevati. Il riferimento è agli artt. 1904-1907 ritenuti espressione del principio indennitario in base al quale l'indennizzo assicurativo deve essere commisurato all'entità del danno in concreto patito dall'assicurato e non

<sup>60</sup> Vedi D. DEUDNEY, *op. cit.*; E. BRYLA-TRESSLER, J. SYROKA, J. DANA, et., *op. loc. cit.*; R. GIBSON, H. ZIMMERMANN, *op. loc. cit.*; S. HARRINGTON, S. MANN, G. NIEHAUS, *op. loc. cit.*; B. KAWAMOTO, *op. loc. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. S. LANDINI, *From Environmental insurance to environmental derivatives?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, p. 228.

deve rappresentare, per quest'ultimo, uno strumento per trarre vantaggi economici.

Si arriva per tal via ad una definizione di interesse all'assicurazione che riesce a coordinare le esigenze assicurative degli assicurati ai problemi economici di «*Moral Hazard*» che si traducono in problemi giuridici di buon costume (inteso anche come insieme di regole ordinate a comportamenti prudentziali), ordine pubblico (inteso anche come insieme di precetti ordinati alla pace sociale)<sup>62</sup>, principi con cui il contratto di assicurazione si è da sempre confrontato<sup>63</sup>.

Con l'espressione «*Moral Hazard*» in microeconomia si individua «l'aumento della rischiosità di un evento derivante dal comportamento opportunistico di chi ha stipulato un contratto contro il rischio e, grazie al vantaggio informativo di cui dispone, trasferisce il maggior rischio sulla parte meno informata»<sup>64</sup>. Con riferimento ai contratti di assicurazione ci si riferisce al comportamento imprudente degli assicurati i quali, facendo affidamento sulla copertura contrattuale, riducono il loro livello di prudenza a danno dell'assicuratore. In tale logica una carenza dell'interesse, inteso come interesse alla cosa

<sup>62</sup> Buon costume e ordine pubblico sono clausole generali ovvero «norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale»: così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13. V. sul punto anche A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, p. 631 ss.

La determinazione di tale «norma concreta di decisione», non potrà che essere fondata sui principi dedotti dall'interprete dalle stesse norme di legge (G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 271; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, pp. 187-188; A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 112). Per contro secondo una posizione rimasta minoritaria si ritiene di poter fare riferimento anche a principi metalegali (A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, 1959, pp. 702-703).

<sup>63</sup> Si vedano in particolare sul punto gli studi di P.G. PESCE, *La dottrina degli antichi moralisti circa la liceità del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1966, I, p. 36 ss.

<sup>64</sup> La definizione è contenuta in D. BEGG, S. FISCHER e R. DORNBUSCH, *Microeconomia*, Milano, 2008, 3ª ed., p. 237. Si veda anche tra le pubblicazioni più recenti sul tema H. SEOG, *The Economics of Risk and Insurance*, Singapore, 2010, p. 175 ss.

assicurata e quindi al non verificarsi del sinistro, potrebbe determinare atteggiamenti irresponsabili dell'assicurato in contrasto con i principi di ordine pubblico<sup>65</sup>.

Un limite alle assicurazioni *index based* è dato dal fatto che l'automatismo del pagamento della posta indennitaria al raggiungimento dell'indice target non consente di considerare, nel momento indennitario, la presenza di eventuali condotte prudenziali e precauzionali adottate dall'assicurato. Si dice che queste polizze riducono l'azzardo morale in quanto «la vincita» è basata su una base indipendente e su parametro meteo esogeno, indipendente dal comportamento dell'assicurato. Ciò non toglie che la certezza della «vincita» al raggiungimento dell'indice possa disincentivare dall'adozione di misure di prevenzione dei danni.

I contratti *index based* necessitano di attente tecniche di *legal drafting*, in modo da consentire che il contratto espliciti anche condizioni di prevenzione e contenimento dei danni (v. condizioni all'indennizzo costituite dall'adozione di condotte prudenziali e/o precauzionali del soggetto richiedente l'indennizzo) e che sia volto a coprire il rischio di evento catastrofe (v. individuazione dell'evento catastrofe come condizione di esigibilità del credito).

In questo ambito si evidenzia un particolare punto di contatto tra mercati finanziari e assicurazioni. Le prestazioni dedotte in contratto divengono ancorate a indici in senso analogo alle opzioni. Come noto i derivati sono prodotti finanziari il cui valore deriva dall'andamento del valore di una attività ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento la cui determinazione sia oggettivamente rilevabile. L'attività o l'evento rappresentano il c.d. «sottostante» del prodotto derivato.

In particolare si parla di *options* in presenza di contratti che attribuiscono il diritto, ma non l'obbligo, di comprare (call option) o vendere (put option) una data quantità di sottostante ad un valore prefissato entro una certa data o a partire da una certa data. Un ac-

<sup>65</sup> Sui rapporti tra interesse all'assicurazione e *moral hazard* V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, pp. 192-194. L'autrice arriva ad affermare che il principio dell'essenzialità dell'interesse si pone inderogabilmente solo quando concerne esternalità negative connesse col rischio morale.

costamento può essere compiuto anche rispetto ad un altro contratto aleatorio il contratto di *futures*, con il quale le parti si obbligano a scambiarsi alla scadenza un certo quantitativo di determinate attività finanziarie, ad un prezzo stabilito<sup>66</sup>.

Il sottostante può essere costituito da un'attività finanziaria, una merce o un evento di varia natura.

Le polizze *index based* prevedono il pagamento di una indennità, il cui valore è predefinito sulla base del raggiungimento di un determinato indice, al verificarsi di un certo evento entro una certa data (la durata della polizza).

Come detto il profilo gestionale sarà però ancorato al profilo del rischio, nel caso di specie al rischio del verificarsi dell'evento catastofale.

Assicurazioni e derivati trovano un ambito di contatto in caso di copertura di eventi catastofali anche con riferimento ai *weather derivatives*, ovvero contratti derivati collegati ad indici climatici, che sono utilizzati dalle imprese di assicurazione e di riassicurazione come strumento di gestione del rischio<sup>67</sup>.

I derivati climatici sono *options* o *futures* in cui le prestazioni dedotte in contratto sono coordinate, attraverso meccanismi condizionali, al superamento di un indice climatico.

I primi esempi si sono avuti in contratti di fornitura di energia con previsione di predeterminate riduzioni del prezzo in caso del raggiungimento di determinati indici climatici, normalmente la tempera-

<sup>66</sup> Si vede E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010, p. 45 ss.

<sup>67</sup> In argomento F. CAPUTO NASSETTI, *I derivati meteorologici*, in *Bancaria*, 2000, p. 93; G. OSSOLA, *I derivati meteorologici: aspetti aziendali e contabili*, Milano, 2003; F. COLAVITO E S. RIGHETTI, *La gestione finanziaria del rischio «temperatura» tramite l'uso dei derivati meteorologici*, in *AF-Analisi finanziaria*, 2005, n. 57, pp. 4-39; E. BAJO E S. RIGHETTI, *Weather derivatives come strumento per la copertura del rischio climatico: un'applicazione empirica su dati italiani*, *ivi*, 2005, n. 58, pp. 110-128; D. ELLITHORPE E S. PUTNAM, *Weather derivatives and their implications for power markets*, in *The journal of risk finance*, 2000, p. 19; M. MOODY, *Weather risk management - Growth in derivatives continues to soar*, in *Rough Notes*, maggio 2006; P. ROBISON, *Funds raise interest in weather futures*, in *Bloomberg News*, 2 agosto 2007.

tura che è una variabile significativa nell'uso dell'energia per il riscaldamento e il condizionamento.

Simili derivati rappresentano sicuramente uno strumento di gestione del rischio e come tali sono utilizzabili dagli enti che si occupano di copertura di rischi relativi all'attività agricola per il caso di calamità naturali, *climate change*, variazioni climatiche. I soggetti che possono impiegarli sono i Fondi mutualistici costituiti da consorzi agricoli per fronteggiare le avversità atmosferiche ma anche le imprese di assicurazione e di riassicurazione<sup>68</sup>.

Altra strategia riguarda la possibilità di introdurre meccanismi di determinazione dell'indennizzo sulla base di perdite direttamente connesse all'evento calamitoso più facilmente accertabili e quantificabili. Intendiamo riferirci alle coperture per perdita dell'utile (reddito in caso di persone fisiche) o del ricavo.

Anche questi contratti richiedono interventi qualificatori sia ai fini dell'autorizzazione pubblica, ove la copertura sia erogata da un'impresa di assicurazione (la qualificazione del rischio assicurato inciderà infatti sulla individuazione del ramo ai fini dell'oggetto dell'autorizzazione all'impresa di assicurazione), sia ai fini della possibilità di accedere alle sovvenzioni pubbliche relative alle coperture dei rischi agricoli. Al fine di evitare che tali coperture siano ricondotte a coperture per il rischio di perdite patrimoniali e non a coperture danni in caso di eventi catastrofali ambientali occorre che la perdita di ricavo o di reddito rappresenti unicamente il criterio di quantificazione dell'indennizzo e che il rischio coperto, sulla base del quale viene determinato il premio, sia quello di evento calamitoso. Laddove la perdita si determini in assenza di eventi oggetto della copertura non si avrà indennizzo.

Nella scelta tra polizze contro la perdita dell'utile/reddito o contro la perdita del ricavo occorre tenere presente che il ricavo include anche i costi la cui entità è influenzata dalle scelte della produzione. Alcuni di questi costi peraltro possono essere eliminati in caso di

<sup>68</sup> D. TERRANOVA, *I derivati climatici e la loro possibile applicazione in agricoltura*, in *Rivistadiagricoltura*, 2017, n. 250, p. 1; G. BELLI, *Le operazioni su weather derivatives tra finalità di copertura e speculazione*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 1223 ss.

evento catastrofe (ad es. costi di raccolta della produzione devastata dall'evento avverso).

Determinare l'indennizzo in base al ricavo apre allora al problema della inclusione, nella quantificazione del credito indennitario, di valori discendenti da variabili endogene rispetto ai processi decisionali della produzione.

Inoltre le coperture perdite dell'utile (reddito) aprono a problemi di determinazione dei costi che sono variabili e difficilmente predefinibili. Una soluzione potrebbe essere quella di determinare in via convenzionale tali costi tenuto conto dei costi medi esclusi quelli che vengono meno in ragione dell'evento catastrofe, come sopra detto.

Attraverso contratti di assicurazione si riesce a veicolare una nuova mutualità nel credito agricolo che porta alla condivisione del rischio tra le imprese agricole assicurate. Queste andranno a comporre quella comunione di assicurati all'interno dei quali, ad opera delle imprese assicuratrici, verrà redistribuito il rischio di eventi naturali e con esso, indirettamente, anche il rischio di sovraindebitamento e di sofferenza debitoria legati al determinarsi di calamità naturali e di eventi climatici.



## Credito agricolo tra peculiarità settoriali e necessità di un ritorno all'ordinamento generale

SOMMARIO: 1. Alcune riflessioni sul quadro evolutivo. – 2. Credito agricolo e diritto privato. – 3. La tutela dell'imprenditore agricolo nel mercato creditizio. – 4. Dal generale al particolare e dal particolare al generale.

### 1. *Alcune riflessioni sul quadro evolutivo*

Nella prolusione del 1927 al corso di istituzioni di diritto privato nella Università di Padova<sup>1</sup>, Osti rifletteva sulle caratteristiche del credito agricolo sullo sfondo di una più generale riflessione sulla unificazione del diritto privato. La materia nella sua specificità rappresenta del resto un ottimo banco di prova ancora oggi per chi voglia riflettere sulla settorializzazione o unitarietà nell'ordinamento giuridico. Ricorda Osti come una forte opposizione alla divisione del diritto privato in due codici (quello del commercio e quello civile) venne proprio dagli agricoltori i quali temevano che i loro interessi fossero lesi dalla applicazione della legislazione commerciale. Si temeva in particolare una possibile paventata scissione tra disciplina dell'esercizio dell'agricoltura regolato dalle legge civile e disciplina delle imprese agricole che sarebbero state disciplinate dal codice del commercio.

L'occasione porta l'Autore a riflettere sulle caratteristiche del credito agricolo che finivano per connotarlo di una peculiare specialità all'interno del sistema di diritto privato.

Si osserva come la sovvenzione ad aziende agricole rappresenta per la banca una immobilizzazione. L'azienda agraria è caratterizzata in genere da un'insufficienza di capitale proprio e da un ciclo produttivo lungo che rallenta la rotazione finanziaria. Per questo il cre-

<sup>1</sup> G. OSTI, *op. cit.*, p. 73.

dito agricolo non presenta quella rapida esauribilità propria del credito nell'industria e nel commercio. Ciò pone problemi nelle sovvenzioni da parte del sistema bancario che invece ha bisogno di redditività e liquidità ed è pertanto portato ad investimenti a breve scadenza e a basso rischio<sup>2</sup>. Con riguardo all'aspetto del rischio creditizio occorre tenere inoltre presente l'incidenza che le avversità atmosferiche hanno sulla produzione agricola e il fatto che, sempre a differenza di quanto avviene nel commercio e nell'industria, l'attività produttiva agricola si concentra in un numero limitato di operazioni con una conseguente concentrazione del rischio.

Queste caratteristiche del credito agricolo hanno connotato i contratti ad esso collegati in termini di costituzione di garanzie reali e dell'uso delle cambiali. Si osservava come il rimedio alle lunghe immobilizzazioni adottato fosse la pratica delle cambiali a scadenza rinnovabili che avrebbe inquinato i portafogli degli istituti di credito cedendo dietro «carta di comodo» inesigibilità del credito a scadenza<sup>3</sup>.

Per quanto alcune caratteristiche della produzione agricola siano rimaste, occorre prendere atto della attuale complessità e intreccio di rapporti contrattuali nella filiera agroalimentare che non sono più le semplici relazioni di vendita del prodotto. Non solo, ma l'industrializzazione del sistema agro-alimentare ha modificato i mercati agricoli che risultano sempre più integrati con i settori della produzione industriale e con quello della grande distribuzione<sup>4</sup>.

Accanto a questo si registrano mutamenti nel settore creditizio che hanno indubbiamente avuto un impatto evolutivo sul credito agricolo.

Come visto da un lato l'evoluzione della moneta da moneta merce a moneta segno, in combinato con la crisi del mercato immobiliare, ha portato anche nel settore agricolo ad una evoluzione del sistema

<sup>2</sup> Cfr. L. GANGEMI, *Il credito agrario in Italia*, Bologna, 1924, p. 5.

<sup>3</sup> Così G. OSTI, *op. cit.*, p. 82. Sulla cambiale agraria si veda anche P. GERMANI, *La cambiale agraria*, in *Banca Borsa*, 1939, I, p. 64; G. RAGUSA MAGGIORE, *Note sul credito e sulla cambiale agraria*, ivi, 1964, p. 510

<sup>4</sup> Si veda in particolare A. JANNARELLI, *I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, in *I contratti agrari*, a cura di A. Germanò e E. Rook Basile, Milano, 2015, p. 279.

delle garanzie verso l'uso dello spread in funzione di garanzia il che vede come conseguenza una condivisione del rischio di deterioramento del credito tra i finanziati.

Da un altro lato la *compliance* e la *governance* introdotte da Basilea 2 e Basilea 3 hanno indotto gli imprenditori agricoli a coniugare credito e consulenza nonché ad una progressiva disintermediazione del credito con nuove forme di mutualità (*crowdfunding*) come risposta alla ricerca del finanziato iperperformante da parte del sistema bancario<sup>5</sup>.

La volatilità dei prezzi e il *climate change* hanno acceso un rinnovato interesse per le polizze di copertura della perdita dei ricavi o degli utili.

Siamo di fronte a nuovi fenomeni che rappresentano una risposta in via di autonomia privata ai movimenti economico sociali del settore che pone in luce nuove forme di mutualità nel credito. Occorre però chiedersi se tale mutualità non nasconda piuttosto fenomeni di

<sup>5</sup> Sulla debolezza del soggetto agricoltore M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2017, p. 9 ss.; A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2003, p. 25 ss. La dottrina si focalizza sul fatto che la diffusione di prodotti complessi rende necessario un intervento consulenziale: F. CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale. Il caso «Italia»*. Considerazioni introduttive (la finanza post-crisi: forme operative e meccanismi di controllo), in *Contr. Impr.*, 2017, p. 75; E. GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, p. 16 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, p. 370; M. MAUGERI, *Tutela dei soggetti «deboli» e autonomia privata dalla fine degli anni '60 al fiscal impact*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 96; E. NAVARRETTA, *L'Evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, p. 589; F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, p. 5 ss. La adeguatezza della informazione verrà calibrata sulla base della adeguatezza del prodotto rispetto alle esigenze finanziarie del cliente e anche in base alla appropriatezza del prodotto rispetto al suo profilo finanziario da valutarsi anche in termini di sostenibilità. Una adeguatezza nel comportamento valutata alla luce di una diligenza misurata sulla base delle esigenze del singolo rapporto. Questo quanto da tempo osservato in dottrina con riferimento all'adempimento delle obbligazioni in generale. Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. Civ.* Scialoja-Branca, cit., p. 449 ss.

trasferimento del rischio creditizio dal soggetto finanziatore ai soggetti finanziati ponendo problemi di sostenibilità e rischi di crisi sistemiche.

Le novità descritte non mutano ma anzi accrescono quelle che sono le caratteristiche del credito agricolo ovvero la natura metafinanziaria e la necessità di proporre soluzioni creditizie che consentano una durata rispondente alla lunghezza del ciclo produttivo.

Il rischi climatici e la *food security* impongono di rivedere il sistema in modo da rispondere in maniera adeguata alle istanze di metafinanza e di sostenibilità del rapporto creditizio. In questa prospettiva le regole generali di diritto civile, nel rappresentare le istanze sociali nei rapporti tra privati, costituiscono un punto di riferimento.

Nel diritto privato si trovano anche gli strumenti per implementare la portata applicativa delle regole di *compliance* e *governance* introdotte dai regimi prudenziali voluti dal Comitato di Basilea che verrebbero ad avere un riconoscimento monco se limitato alla sola azione dell'autorità pubblica.

## 2. *Credito agricolo e diritto privato*

Sarebbe banale, con riferimento ai contratti del credito agricolo, unirsi al coro di quanti hanno denunciato la privatizzazione del diritto commerciale e dei contratti del commercio con la unione del codice civile e del codice del commercio all'interno del codice del 1942<sup>6</sup>. In realtà, come ben si coglie nelle parole di Osti<sup>7</sup>, il diritto agricolo nel rappresentare una settorializzazione all'interno del settore del diritto del commercio si discosta dal diritto mercantile e industriale e trova migliore collocazione nella più ampia e versatile area del diritto privato. Le attuali dinamiche della produzione agricola e

<sup>6</sup> Si vedano ad esempio le considerazioni in merito ad uno dei tipici contratti del commercio disciplinato all'interno del codice del commercio del 1882. G. VOLPE PUTZOLU, *Evoluzione della legislazione sulle assicurazioni in Italia dall'800 ad oggi*, in *I settantacinque anni dell'Istituto delle assicurazioni*, Roma, 1987, p. 77 ss.; A. ASQUINI, *Verso l'unificazione delle leggi sulle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1934, I, p. 5 ss.

<sup>7</sup> V. *supra* p. 183.

i suoi legami con la produzione industriale non rimettono in discussione tali assunti, ma li rafforzano se si considerano da un lato gli strumenti di tutela che il codice civile può offrire agli imprenditori agricoli, da un altro come alcune peculiarità del settore agricolo trovano speculari immagini nel diritto civile contemporaneo.

Il concetto di «settorializzazione» inteso come presenza di una disciplina dedicata ad un dato settore del mercato o delle relazioni tra privati, con riferimento al credito agricolo deve essere riveduto, non tanto su base soggettiva ovvero avuto riguardo alla qualifica del soggetto in base a determinati parametri, criterio rilevante ad esempio con riferimento all'ambito di applicazione delle norme di cui al codice del consumo<sup>8</sup>, ma in ragione dell'attività in concreto svolta, connotata da una spiccata mutualità tra gli operatori del mercato, come evidenziato in alcune pronunce che hanno segnato i rapporti tra le norme speciali di diritto agricolo e le norme generali di diritto privato con particolare riguardo alle obbligazioni e contratti oggetto della presente indagine confermando un certo scetticismo verso la necessità e l'utilità di tecniche di normazione «settorializzanti»<sup>9</sup>.

Così con riferimento al privilegio di cui all'art. 2751 bis, 5 comma bis la giurisprudenza ha individuato l'ambito di applicazione della norma in esame tenuto conto della natura oggettiva del credito ovvero della fonte del medesimo rispetto allo svolgimento di attività agricola. In questo caso si parla del credito dell'impresa agricola e non del credito all'agricoltura, ma è pur sempre significativo dell'indagine che viene compiuta per delimitare la specialità della disciplina nel settore. La norma prevede un privilegio generale su mobili per i crediti aventi ad oggetto «i crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cass., 11 Agosto 2016, n. 17046, in De Jure. In senso conforme precedentemente Cass., 27 settembre 2013, n. 22199 *ivi*.

<sup>9</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto delle assicurazioni nel sistema ordinamentale*, in *DIMAF*, 2017, p. 55 *ss*.

<sup>10</sup> Così Cass. 11 Agosto 2016, n. 17046 *cit*. I giudici, trovatisi a decidere sulla sussistenza del privilegio in contrasto con i contenuti testuali del decreto ingiuntivo e della scrittura privata relativa al contratto costitutivo del diritto di credito, hanno espresso il seguente principio di diritto: «Il privilegio di cui al n. 5-bis dell'art. 2751-bis c.c., con cui il legislatore ha superato la distinzione tra

Afferma la Suprema Corte che i giudici del merito avrebbero erroneamente desunto la natura non privilegiata del credito dalle stesse indicazioni testuali dei ricorrenti (evocanti la somministrazione di prodotti zootecnici ed attività di manutenzione e riparazione di materiali agricoli). Per contro al fine di inquadrare la fattispecie concreta ai fini dell'applicazione dell'art. 2751 bis non può riconoscersi efficacia preclusiva al decreto ingiuntivo, che non accerta la natura del credito, o al testo della scrittura costitutiva del diritto di credito. Va piuttosto ribadito che il legislatore nell'introdurre il privilegio di cui all'art. 2751-bis c.c., non intendeva dar rilevanza alla dimensione quantitativa dell'impresa e alla sua struttura organizzativa, né alla sola qualifica soggettiva del creditore (cooperativa o consorzio agrario iscritto nel relativo registro), ma alla natura oggettiva del credito ovvero al fatto che esso derivi dall'attività tipica della «funzione cooperativa specialmente tutelata dal legislatore, dovendosi dar conto della natura del credito fatto valere e della circostanza che l'attività posta concretamente in essere dalla cooperativa fosse collegata con la finalità solidaristica»<sup>11</sup>.

In senso analogo si è pronunciata la Cassazione rispetto al diverso problema dell'ambito di applicazione della normativa sulla concessione del beneficio del concorso pubblico nel pagamento degli interessi a favore dell'agricoltura, previsto dall'art. 12 della l. n. 423 del 1981 e dell'art. 6 l. 4 giugno 1984 n. 194, ove si richiede che il beneficiario sia una cooperativa agricola o un consorzio di cooperative, intendendo la normativa correlare il beneficio in questione al fine mutualistico del beneficiario<sup>12</sup>.

cooperative (e consorzi) di produzione e lavoro in agricoltura e cooperative di imprenditori agricoli per la trasformazione e alienazione dei prodotti, con conseguente irrilevanza della dimensione quantitativa dell'impresa e della struttura organizzativa, si fonda non sulla sola qualifica soggettiva del creditore (cooperativa o consorzio agrario iscritto nel relativo registro), ma sulla natura oggettiva del credito ovvero sul fatto che esso derivi dall'attività nella quale si esplica la funzione cooperativa specialmente tutelata dal legislatore, dovendosi dar conto della natura del credito fatto valere e della circostanza che l'attività posta concretamente in essere dalla cooperativa sia collegata con la finalità solidaristica.»

<sup>11</sup> Così Cass. 11 Agosto 2016, n. 17046, cit.

<sup>12</sup> «In tema di credito agrario, la concessione del beneficio – a favore dell'a-

Nuovamente l'ambito di applicazione della norma non è tagliato sul soggetto ma sull'attività<sup>13</sup> e sulla finalità della stessa. In specie sul

gricoltura – del concorso pubblico nel pagamento degli interessi, previsto dall'art. 12 della l. n. 423 del 1981 e dell'art. 6 l. 4 giugno 1984 n. 194, richiede, oltre alla sussistenza delle specifiche finalità previste dalle richiamate deposizioni («acquisizione, realizzazione, ampliamento, ammodernamento di impianti di conservazione, trasformazione»), che il beneficiario sia una cooperativa agricola o un consorzio di cooperative, intendendo la normativa correlare il beneficio in questione al fine mutualistico del beneficiario. Tale beneficio, riguardando l'accollo della differenza della misura tra gli interessi convenzionali e quelli a tasso agevolato, è ad effetti pluriennali, con la conseguenza che il predetto requisito soggettivo deve permanere per tutto il periodo interessato»: Cass. 26 Ottobre 2015, n. 21713, in *Giust. Civ. mass*, 2015.

<sup>13</sup> L'esigenza di tutela dell'imprenditore agricolo e della continuità dell'attività agricola in funzione della *food security* trova del resto riscontro nella legislazione e in pronunce della Corte Costituzionale.

Ricordiamo anche il D.Lgs. 29 marzo 2004, n.99, che ha abrogato gli artt. 846, 847 e 848 del codice civile, e ha ad oggetto la tutela dell'integrità aziendale nell'ambito dell'impresa agraria, con la costituzione del c.d. compendio unico, (art. 7 del Decreto n. 99 che introduce l'art. 5-bis al D.lgs. 18 maggio 2001, n. 228). Per compendio unico si intende l'estensione di terreno necessaria al raggiungimento del livello minimo di redditività, determinato dai piani regionali di sviluppo rurale per l'erogazione del sostegno agli investimenti previsti dai Regolamenti CE n. 1257/1999 e 1260/1999, e successive modificazioni. Le agevolazioni fiscali relative alle imposte di registro, trascrizione, catasto e bollo (esenzione totale) e la riduzione degli onorari notarili ad un sesto, in favore della costituzione del compendio unico od in caso di maso chiuso (legge 28 novembre 2001, n. 17 della Provincia autonoma di Bolzano), spettano, nei trasferimenti, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, di immobili agricoli e relative pertinenze, compresi i fabbricati, agli acquirenti coltivatori diretti od imprenditori agricoli professionali (IAP) che si impegnino a condurre direttamente il compendio od il maso per dieci anni. Ai sensi dell'art. 5-bis, comma 6, aggiunto dal D.Lgs. n. 99/2004 al D.Lgs. n. 228/2001, «a favore degli eredi, per la parte non soddisfatta, sorge un credito di valuta garantito da ipoteca iscritta a tasso fisso sui terreni caduti in successione, da pagarsi entro due anni dall'apertura della stessa con un tasso inferiore di un punto a quello legale».

Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in relazione alla ragionevolezza della specialità della disciplina del passaggio generazionale nelle imprese agricole. Vedi C. Cost. 31 Maggio 1988, n. 597, in *Riv. giur. agr.*, 1989, I, 215 ove si legge che «la *ratio* della norma di cui all'art. 49 della l. 203 del 1982 è da individuarsi nell'esigenza di assicurare, anche dopo la morte dell'imprenditore agricolo, l'integrità dell'azienda e la continuità dell'impresa e, per-

particolare fine mutualistico che connota il settore dove è fortemente presente il concetto di condivisione del rischio di impresa e del rischio del credito tra gli operatori attraverso un fenomeno associativo particolarmente radicato nel settore (si pensi all'importanza delle cooperative e dei consorzi).

Si parlerà allora di credito agricolo o di credito in agricoltura, piuttosto che di credito dell'agricoltore, che continua a trovare una fonte primaria nella disciplina codicistica del diritto delle obbligazioni la quale si ridistende al di là delle norme specialmente dettate e le informa dei propri principi<sup>14</sup>.

tanto, la garanzia di continuità nella conduzione di un fondo data ad uno dei coeredi non può essere considerata nella prospettiva di un privilegio attribuito ad uno di essi a danno degli altri, bensì nel più ampio quadro dell'interesse pubblico alla conservazione di un'impresa produttiva; che vista sotto tale profilo, la speciale tutela accordata all'erede che ha coltivato e continui a coltivare il fondo relitto trova giustificazione nel fatto che la situazione di costui è obiettivamente diversa da quella degli altri eredi, che pur imprenditori a titolo principale o coltivatori diretti, non hanno coltivato o non continuano a coltivare lo stesso fondo, e non si risolve in una soppressione della proprietà privata – che resta agli eredi nella misura da essi conseguita – né in una soppressione dell'iniziativa economica privata, ma soltanto in una limitazione di entrambe in vista di interessi pubblici costituzionalmente rilevanti; che la stessa norma non dispone, né potrebbe disporre alcun esproprio del fondo, limitandosi a costituire un rapporto di affitto forzoso fra i coeredi, tanto più che il rapporto di affitto così instaurato comporta comunque un prezzo che l'imprenditore agricolo paga agli altri coeredi e che costituisce l'utilità alternativa al diretto godimento del fondo».

Fondamentali sul punto i contributi di P. GROSSI, *Diritti degli eredi*, in *Giur. agr. it.*, 1982, p. 305; A. GERMANÒ, voce *Successione in agricoltura*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 80-81.

<sup>14</sup> In tal senso si può ricordare un principio di diritto che ha trovato più volte espressione nella nostra giurisprudenza «L'art. 2 della l.r. Sicilia n. 37 del 1994, che prevede l'accollo a carico della Regione delle garanzie concesse a favore delle cooperative agricole dai loro soci, a differenza dell'analoga norma statale di cui all'art. 1, comma 1 bis, del d.l. n. 149 del 1993 (conv. con modif. dalla l. n. 237 del 1993), non ha l'effetto diretto di liberazione dei soci (debitori garanti) in mancanza di una dichiarazione dei creditori di adesione all'accollo ex art. 1273 c.c., restando riservata alla potestà esclusiva dello Stato la competenza legislativa nella materia dell'ordinamento civile, sicché il legislatore regionale non può derogare alle norme del codice civile, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolamentare direttamente i

### 3. *La tutela dell'imprenditore agricolo nel mercato creditizio*

Osti, nella prolusione ricordata, mette in evidenza il timore del mondo agricolo per essere confinato al di fuori del codice civile e confuso con il mondo mercantile e industriale. Il mondo agricolo individuava, in quel momento in cui si parlava di mantenere la distinzione tra codice civile e codice del commercio, tra contratti di diritto commerciale e contratti di diritto civile, una miglior tutela nel diritto civile che nella propria generalità non si trovava connotato dalle dinamiche particolari del commercio e dell'industria.

Come visto la tutela dell'impresa agricola nell'accesso al credito trova una particolare tutela nel momento in cui il rapporto obbligatorio viene collocato all'interno delle norme del codice civile sul rapporto obbligatorio e sul contratto in generale.

A questo si aggiunge che anche dall'analisi di una recente giurisprudenza in ambito di contratti tra imprese l'ordinamento sembra aver recuperato una visione più concreta e più distante da classificazioni astratte come consumatore e professionista<sup>15</sup>.

I giudici appaiono viepiù orientati nel senso di colmare il vuoto normativo tra tutela del consumatore e tutela del professionista che

rapporti tra privati in assenza di diversa volontà negoziale.»: così Cass., 26 Gennaio 2011, n. 1831, in *Mass. Giust. Civ.*, 2011. Vedi anche: Cass., 19 Febbraio 2013, n. 4014, *ivi*, 2013; Cass., 22 aprile 2013, n. 9670, *ivi*.

<sup>15</sup> L'attenzione si volge allora piuttosto alla relazione «asimmetrica» G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 216; *Id.*, *Oltre il consumatore*, in *Obblig. Contr.*, 2011, p. 86; F. DELFINI, *Asimmetria contrattuale e negoziazione per adesione*, in P. Rescigno (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 83 ss. Il nostro legislatore a più riprese ha configurato come contraente debole anche l'impresa così è stato nella modifica al codice del consumo nella parte sulle pratiche commerciali scorrette e nella legge sulla subfornitura art. 9 l. 192/1998. L'art. 18 del d.lgs. n. 206/2005 (di seguito, «Codice del Consumo» come modificato dal dl 1/2012) contiene ora, alla lett. d-bis, la definizione di microimpresa, che è un'entità economica dotata dei seguenti requisiti: occupa meno di dieci persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro. Per essere considerati microimprese è quindi necessario esercitare una attività di natura economica, anche a titolo individuale o familiare, non rileva con quale forma giuridica, e rispettare entrambi i requisiti.

stipulando in un settore del mercato diverso da quello della propria attività (si pensi all'impresa agricola che contrae un mutuo con una banca) si trova comunque in una condizione di asimmetria informativa con problemi di tutela della propria autonomia negoziale analoghi a quelli dei consumatori. Nel caso delle imprese agricole peraltro occorre tenere presente la funzione sociale svolta dall'impresa operante nel settore dell'agri-food, in un contesto in cui la *food security*, intesa come «accesso al cibo» ovvero come obiettivo della soddisfazione del fabbisogno alimentare della popolazione, coinvolge molti ambiti (commercio, economia, energia, relazioni internazionali). L'accesso al credito per l'imprenditore agricolo, in quanto strumento essenziale per la produzione agricola, diviene strumento essenziale per la realizzazione di un tale obiettivo. In siffatta più ampia cornice riteniamo debbano essere letti e composti i conflitti tra imprese agricole e enti finanziatori e/o garanti istituzionali<sup>16</sup>.

Il contratto tra l'impresa agricola, avuto riguardo all'attività dalla stessa svolta in concreto, e l'istituto di credito farà propria la stessa *mission* dell'impresa agricola che dovrà essere valuta all'interno dell'economia del contratto. La finanza in agricoltura, come precisato, è meta finanza per cui il credito è associato a motivazioni non finanziarie ma politiche e si accompagna spesso a strumenti incentivanti il ricorso al credito<sup>17</sup>.

La distinzione tra contratti tra imprese e contratti tra imprese e consumatori sembra trovare un qualche superamento anche nell'uso che la nostra giurisprudenza ha fatto della valutazione della meritevolezza del contratto e/o delle singole clausole contrattuali proponendo, per il tramite della norma contenuta nell'art. 1322, un con-

<sup>16</sup> Sulla rilevanza dell'imprenditore agricolo come strumento solutorio delle esigenze alimentari: L. COSTATO, *La definizione giuridica di agricoltura negli ordinamenti italiano e comunitario*, in *Tratt. Breve di dir. Agrario Costato*, Padova, 2003, p. 41; P. PERLINGIERI, *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss. In questo l'attività agricola opera quella che viene definita una «sussidiarietà orizzontale» che trova espressione nell'art. 118 Cost e che consiste nella possibilità per i privati di attivare soluzioni di interesse generale. In tal senso si veda M. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 54; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, p. 130.

<sup>17</sup> V. supra capitolo 1, par. 1.

trollo sul contenuto contrattuale analogo a quello previsto nel codice del consumo per i contratti con il consumatore (art. 33 cod. cons.)<sup>18</sup>.

Così è in particolare con riferimento alla meritevolezza di alcune operazioni finanziarie che vengono proposte al finanziato a copertura di determinati rischi come l'innalzamento del tasso di interessi. Il riferimento più immediato è all'uso di contratti di swap.

Qui il concetto di meritevolezza di cui all'art. 1322 potrebbe peraltro essere declinato alla luce della «adeguatezza» richiesta nella offerta di prodotti del mercato finanziario e della necessità per gli operatori di perseguire il «*best interest of customers*»<sup>19</sup>.

I concetti di adeguatezza e appropriatezza dei prodotti propri della *suitability rule* trovano un diretto riferimento in Mifid 2 e nel reg. CONSOB n. 16190/2007, ove, all'art. 40, si prevede che «gli intermediari, sulla base delle informazioni ricevute dal cliente e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, devono valutare se la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli soddisfi i seguenti criteri cui è improntato il giudizio di valutazione della adeguatezza: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente

<sup>18</sup> Sul punto si potrebbe richiamare quanto affermato dalla Suprema Corte in materia di clausole *claims made* e controllo di meritevolezza di clausole volte a definire il concetto di sinistro. Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Riv. neldiritto*, 2016, 844, con nota di E. COSCONATI, *La clausola c.d. claims made mista o impura: valida, non vessatoria, ma a rischio nullità per difetto di meritevolezza*; in *Foro it*, 2016, I, 2026 ss. con note di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c. e B. TASSONE, Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*.

<sup>19</sup> L'adeguatezza è stata considerata dalla nostra giurisprudenza con riferimento al giudizio di meritevolezza delle c.d. clausole *claims made* impure ovvero le clausole *claims made* con una retroattività limitata. I tribunali dimostrano infatti di aver valutato al fine del giudizio di meritevolezza delle clausole il fatto che il professionista assicurato per la propria responsabilità fosse o meno un esordiente (Trib. Napoli 20 giugno 2016, in *Dejure*) o la natura dell'opera intellettuale (Trib. Milano 17 giugno 2016, in *De jure*).

con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio». L'adeguatezza deve considerare il profilo complessivo delle operazioni poste in essere dal cliente. Una serie di operazioni, ciascuna delle quali è adeguata se considerata isolatamente, può non risultare tale tenuto conto della frequenza che non è nel migliore interesse del cliente.

È questo un ambito in cui ben si evidenzia l'osmosi tra norme generali contenute nel codice civile e disciplina di settore.

Così la Cassazione anche recentemente ha affermato che le norme contenute nel TUF e nei regolamenti Consob rappresentano un termine di riferimento nelle valutazioni di meritevolezza di contratti di swap stipulati con una banca. Afferma la Corte che «trovano sicura applicazione – e quindi si manifestano rilevanti prima di tutto per lo svolgimento della valutazione di meritevolezza di cui alla norma dell'art. 1322 c.c., – tanto la norma guida dell'art. 21 TUF, quanto la norma regolamentare dell'art. 26, che di tale regola viene a manifestarsi come applicazione primaria e di base»<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Cass. 31 luglio 2017, n. 19013 in *De jure*. In tal senso nella giurisprudenza di merito Trib. Roma, 8 Gennaio 2016, n. 212, *IlSocietario.it* 2016, 18 maggio: «L'alea bilaterale, ovvero l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti, rappresenta un elemento essenziale della causa del contratto di swap, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere: tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo swap con funzione di copertura, quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con l'avvertenza che nello swap che nasce con dichiarata funzione di copertura la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore». Va detto che in queste ipotesi i giudici si sono pronunciati in un ambito di contratti atipici, ma la valutazione che vanno a svolgere è però piuttosto conforme ad un controllo sul contenuto e sulla adeguatezza del contratto rispetto al profilo finanziario e di esposizione al rischio del cliente.

La normativa di settore non deve essere letta in una logica settorializzante che veda l'operatività delle regole sostanziali e sanzionatorie ivi previste a-contestualizzate rispetto all'ordinamento generale. La riconduzione di tale disciplina all'interno del sistema generale di diritto civile, consente di trovare qui gli strumenti di *private enforcement* che possano rafforzare la portata deterrente e preventiva della disciplina di settore anche ove per le violazioni siano disposte solo sanzioni amministrative.

#### 4. *Dal generale al particolare e dal particolare al generale*

Le norme dettate per i contratti con il consumatore hanno mosso l'attenzione dei giudici verso il controllo sul contenuto contrattuale anche in ipotesi di contratti tra imprese, sulla scia di orientamenti dottrinali che hanno potenziato l'ambito di applicazione dell'art. 1322 al di là della mera valutazione dei contratti atipici<sup>21</sup>. Allo stesso modo le norme che regolano settori del mercato rappresentano saldi punti di riferimento nella valutazione di meritevolezza sui contratti di tali ambiti settoriali, portando a rivedere i concetti e i costrutti dogmatici che nel tempo si sono sedimentati nelle norme generali aprendo ad interpretazioni innovative meglio rispondenti al mutato quadro economico/sociale/valoriale.

Il termine «disciplina settoriale» finisce per essere riduttivo della portata di tali norme e pone riflessioni sui rapporti tra disciplina particolare e disciplina generale.

La disciplina del credito alla agricoltura è connotata da una specialità che la informa di una serie di principi metafinanziari che la

<sup>21</sup> Cfr. E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel Sistema*, Torino, 2014, p. 74; R. SACCO, voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. Disc. priv. sez. Civ.*, 2010, p. 783; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2008, p. 423; P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 395 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 235; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia private*, Milano, 1974, p. 105.

rendono un ambito di diritto speciale all'interno del diritto speciale del settore creditizio.

Saremmo insomma in presenza di quella che potremmo definire una sorta di settorializzazione di secondo grado.

Il rapporto tra norma speciale e norma generale non è però un rapporto di tipo gerarchico. Si osserva che il rapporto tra specialità e principio gerarchico dovrebbe essere inteso come segue:

– nel caso in cui la norma speciale sia sovraordinata a quella generale opera il criterio di gerarchia che importa una applicazione della norma speciale e una disapplicazione della norma generale.

– nel caso di una norma speciale gerarchicamente subordinata a quella generale sempre sulla base del criterio di gerarchia si ritiene di dover applicare la regola generale<sup>22</sup>.

Per il resto si afferma in genere che la regola speciale deroga alla regola generale. Il concetto di deroga non importa una invalidità della regola generale, né una sua disapplicazione. Semplicemente il contesto normativo verrà a comporsi delle regole generali «intarsiate» dalle regole particolari attraverso l'attenta opera dell'interprete<sup>23</sup>.

Va detto che nell'inserire la norma speciale all'interno del sistema di diritto generale, il particolare viene ricondotto al generale. Così, ad esempio come detto, le norme sul diritto di recesso nell'apertura del credito non possono non essere informate al principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto ancorché nella norma speciale non si apra ad un tale controllo.

Gli ambiti, come quelli del credito agricolo connotati da una disciplina speciale di diverso livello (regolamenti comunitari, leggi, decreti ministeriali), richiedono un continuo confronto con la disciplina generale. La particolarità è piuttosto economica ed importa che le soluzioni proposte dovranno essere sempre confrontate con la loro operatività in concreto.

Concludeva Osti con una frase di indubbia efficacia e attualità

<sup>22</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Ciccumessineo, Milano, 1998, p. 239 ss.

<sup>23</sup> A. PIZZORUSSO, *Metodologia dello studio del sistema delle fonti*, in A. PIZZORUSSO e S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, con collaborazioni di A. Gambaro e R. Sacco, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 62.

«tutto il meccanismo economico del credito agrario è profondamente diverso da quello del credito mercantile. E questa conclusione, alla sua volta, come costituisce il punto di partenza, all'economista e all'uomo di governo, per lo studio dei provvedimenti idonei ad assicurare nella maggior misura possibile il fabbisogno di capitale all'agricoltura, così è punto di partenza per il giurista, per l'esatta comprensione e per la valutazione critica delle norme e degli istituti di diritto privato vigenti in questa materia, non solo, ma anche per la determinazione dell'indirizzo legislativo più confacente allo scopo or accennato. È chiaro, infatti, che non si può dettar norma ad un rapporto, se non se ne conosce la natura economico-sociale e se non si è in grado di valutare la possibile efficienza della norma»<sup>24</sup>, laddove l'efficienza dovrà essere non tanto un'efficienza economica quanto un'efficienza giuridica ovvero avuto riguardo all'impatto che nel concreto una certa scelta applicativa può avere sul sistema dei valori propri dell'ordinamento.

<sup>24</sup> G. OSTI, *op. loc. ult. citt.*

*Nella stessa collana:*

1. MASSIMO GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, 2016.
2. SUSANNA LEVANTESI, MASSIMILIANO MENZIETTI, *Allungamento della vita media e rischio assicurativo*, 2016.
3. PAOLOEFISIO CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, 2016.
4. SARA LANDINI, ANGELO VENCHIARUTTI, PATRIZIA ZIVIZ, *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica*, 2016.
5. *Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore». Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di Sara Landini, Maria Paola Monaco e Caterina Silvestri, 2016.
6. AUGUSTO BELLIERI DEI BELLIERA, STEFANIA BUONANNO, CIRIACO SERLUCA, *I fondi pensione. Aspetti organizzativi, finanziari ed attuariali*, 2017.
7. *Law and medicine. Current topics in a German and Italian perspective*, a cura di Consiglia Botta e Christian Armbrüster, 2017.
8. ERIKA GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, 2017.

---

Questo volume è stato impresso  
nel mese di febbraio dell'anno 2018  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.rovmar - ftc.desgiu