

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria

SOMMARIO: 1. Premessa: inquadramento del problema. – 2. La ritenzione c.d. semplice quale forma di garanzia “in senso lato” del credito. – 3. La ritenzione c.d. privilegiata: la funzione pubblicitaria della ritenzione e l’indipendenza dell’effetto della prelazione dal rapporto materiale tra creditore e bene. – 4. Le differenze tra diritto di ritenzione e pegno e l’autonomia della funzione di garanzia rispetto a quella solutoria. – 5. Ammissibilità della ritenzione convenzionale: il problema dell’oggetto. – 6. La ritenzione nel sistema delle forme di autotutela del credito – 7. I diversi gradi di efficacia della ritenzione convenzionale: la vincolatività *inter partes* e le possibili configurazioni della fattispecie rilevanti ai fini della sua ulteriore efficacia *erga omnes*.

1. Premessa: inquadramento del problema

Che il diritto di ritenzione sia «figura vagante»¹ nel sistema è un dato che ancora non può darsi per acquisito; peraltro, ciò non impedisce all’interprete di tentarne una definizione generale², per aprire poi alla disponibilità della figura da parte dell’autonomia privata, tanto più oggi che il ricorso a meccanismi di autotutela del credito sembra essere la soluzione privilegiata dal legislatore³.

¹ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1958, 102.

² Tra i primi a sollecitare una ricostruzione generale dei tratti del diritto di ritenzione, A. GUARRACCINO, *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana*, Napoli, 1984, 14.

³ Il riferimento, che tornerà utile nel corso del discorso è, naturalmente, ai c.d. nuovi marciatori ammessi dalla legge nelle ipotesi di pegno non possessorio sui beni dell’impresa o di vendite sospensivamente condizionate all’inadempimento. La produzione dottrinale in argomento è molto ricca, *ex multis* si rinvia agli esaustivi commenti alle più recenti novità normative in materia di garanzie reali del credito di S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *ilcaso.it*, 3 ottobre 2016; D. MARI, *Il patto marciano: un’analisi critica del nuovo art. 48 bis tub*, in *Riv. not.*, 2016, 6, 1111 ss.; S. PAGLIANTINI, *L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, 931 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, 2016, 12, 1477 ss.; M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio “a tutto campo”*, in *Guida normativa de Il sole 24 Ore*, luglio 2016, 11 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l.*

Nello scorrere i tentativi di definizione della figura compiuti dalla dottrina, la ritenzione è il diritto del creditore di trattenere presso di sé uno o più beni del debitore al fine di indurlo all'adempimento. A questo primo livello definitorio, se ne aggiunge un altro che, con l'intenzione di caratterizzare meglio l'istituto, richiede il collegamento causale tra il credito e la cosa ritenuta, ovvero ne apprezza il valore soltanto in quanto connesso con il diritto del creditore di soddisfarsi sulla cosa, con preferenza sugli altri creditori, se non addirittura senza le formalità dell'esecuzione forzata individuale e concorsuale. Entrambe le precisazioni, tuttavia, fuoriescono dal perimetro della definizione di un "contenuto minimo essenziale" del diritto di ritenzione, con l'effetto di oscurarne l'idoneità ad essere impiegato con funzione autonoma di garanzia atipica del credito.

Risulta, dunque, più proficua una indagine graduata dei profili di rilevanza e di efficacia del diritto in questione che, per vero, può servire non solo a rivisitarne l'utile funzione di garanzia, ma anche a diradare le nebbie che spesso offuscano l'interpretazione di fattispecie concrete nelle quali andrebbe fatta salva la dovuta distinzione tra funzione di garanzia, funzione solutoria e opponibilità di entrambe, e così salvare la separata validità dei singoli segmenti negoziali riscontrabili in alcune complesse operazioni di finanziamento, soprattutto di tipo bancario.

30 giugno 2016, n. 119, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, 995; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO e T. RUMI, *I nuovi marciari*, Torino, 2017; A.A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 811 ss.; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 7, 1715 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 63, 10 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 1, 241 ss.; M. TATARANO, in R. LENZI e M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie bancarie del credito*, *Studio del C.N.N.*, 2017, in *notariato.it.*; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, 3 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in questa *Rivista*, 2018, 1, 12; G. FAPPIANO, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 1, 2019, 86 ss.

2. La ritenzione c.d. semplice quale forma di garanzia “in senso lato” del credito

Il contenuto essenziale del diritto di ritenzione si trova ricercando il minimo comune denominatore⁴ delle ipotesi sparse di ritenzione legale previste dal codice civile e dalle leggi speciali. Notoriamente condivisa dalla dottrina è la suddivisione di queste fattispecie tipiche in due subcategorie: da una parte, la ritenzione c.d. semplice (artt. 535, 748, 975, 1006, 1011, 1026, 1152, 1502, 2040, 2235, 2794 c.c.)⁵, ossia non accompagnata dal riconoscimento di una causa legittima di prelazione a favore del creditore avente ad oggetto lo stesso bene ritenuto; dall'altra, la ritenzione privilegiata (artt. 2756, 2757, 2761 e 2764 c.c.). Dipende per lo più da questa distinzione la alternativa sulla qualificazione della ritenzione alla stregua di un diritto reale o personale, ma non sono mancate neppure soluzioni più diplomatiche, nel senso di qualificare come *sui generis* la figura in oggetto per via del suo collocarsi a metà strada tra i caratteri tipici della realtà e quelli della relatività, almeno secondo l'impostazione più tradizionale degli studiosi⁶.

⁴ A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, 120.

⁵ Sono queste le ipotesi di ritenzione c.d. propria dalle quali si distinguono, secondo l'interpretazione prevalente, quelle di ritenzione c.d. impropria perché corrispondenti ad un uso atecnico del termine “ritenere” e prive dei requisiti della ritenzione legale vera e propria (artt. 53, 693, 924, 936, 1385, 1593, e 2344 c.c.). Ipotesi di ritenzione sono state individuate, inoltre, in discipline speciali: v. il diritto di ritenzione nel *leasing*; a favore dell'affittuario di fondo rustico (art. 15 l. 11 febbraio 1971, n. 11 e artt. 17, 20, 43 e 50 l. 3 maggio 1982, n. 203); a favore del conduttore di immobile urbano ad uso diverso da quello abitativo (art. 34 l. 27 luglio 1978, n. 392); a favore del partecipante dell'intermediario di titoli (art. 6 d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210); a favore del ragioniere o perito commerciale degli atti, dei documenti e delle scritture del cliente (art. 18 d.p.r. 10 settembre 1974, n. 567). Per una recente analisi delle singole figure tipiche di ritenzione, v. P. BASSO, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010, 137 ss.

⁶ Sulla natura giuridica della ritenzione, con ampi riferimenti, ma con argomenti contrari alla tesi della realtà, W. D'AVANZO, voce «Ritenzione (diritto di)», in *Novissimo Dig.*, XVI, Torino, 1969, 172 ss. La soluzione di definire la ritenzione un diritto *sui generis* è di A. GUARRACCINO, *op. cit.*, 168. Il tema della distinzione tra diritti reali e di credito è tra i più tradizionali, ma anche tra i più controversi, del diritto. Insuperabile la riflessione di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968, ove si contestano i caratteri della immediatezza e della assolutezza quali tratti distintivi dei soli diritti reali. Sulla necessità di un superamento

A una definizione si può giungere, si diceva, distinguendo un contenuto minimo della ritenzione dal resto delle possibili variabili connesse alla previsione del diritto in esame. In questa prospettiva, la stessa previsione legale di una ritenzione privilegiata va da subito collocata nell'area di quelle articolazioni del diritto che superano strutturalmente e funzionalmente il contenuto essenziale della ritenzione semplice. E invero, quest'ultima si riscontra non appena ricorrano soltanto tre presupposti: a) l'esistenza del rapporto di credito; b) la concomitante esistenza di un autonomo titolo di detenzione o possesso di un bene del debitore da parte del creditore; c) infine, l'ulteriore attribuzione per legge (ma si vedrà anche per convenzione) del potere dello stesso creditore di trattenere la cosa rifiutandone la restituzione al proprietario, qualora questi non abbia adempiuto per intero la prestazione dovuta. In questa sua configurazione essenziale, la ritenzione si attegga alla stregua di un meccanismo persuasivo con il quale indurre il debitore al regolare adempimento in vista dell'interesse a riottenere i suoi beni.

Una prima conclusione può allora raggiungersi a beneficio della linearità del successivo discorso. Si può cioè rispondere all'interrogativo sulla esistenza o meno di una funzione autonoma, sufficiente ed apprezzabile della ritenzione semplice che, presa a sé stante, possa ricondursi alla funzione di garanzia "in senso lato" del credito⁷. Se, come si crede, con il conforto di autorevole dottrina⁸,

della distinzione a favore di una teoria generale delle situazioni giuridiche patrimoniali, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 839 ss.

⁷ La Cassazione individua nella ritenzione un diritto singolare di garanzia a partire dalla sentenza 5 agosto 1954, n. 2871 in *Cod. loc.*, F. LAZZARO e R. PREDEN (a cura di), Milano, 2007, 90. In dottrina, conferma questa lettura F. CHERTI, *La ritenzione come forma di autotutela privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 466-467. Pare negare la funzione di garanzia della ritenzione, I. MASPES, *Sulla clausola bancaria di «ritenzione e realizzo»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 2, 507 ss.

⁸ Sulla opportunità di coinvolgere nella funzione di garanzia ogni strumento tipico o atipico volto a rafforzare l'aspettativa di soddisfacimento del creditore, v. L. PIAZZA, voce «Garanzia (diritto civile)», in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1988. Aderisce ad una nozione di garanzia "in senso più ampio", ossia secondo quell'accezione del termine in grado si comprendere «ogni istituto giuridico finalizzato ad assicurare l'adempimento di un'obbligazione» (A. MONTEL, voce «Garanzia (diritti reali di)», in *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1961, 712, il quale a sua volta attribuisce la paternità di questa definizione a G. BO, voce «Garanzia», in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1938; v.

nell'accezione ampia di garanzia possono farsi rientrare tutti gli espedienti giuridici idonei ad attribuire al creditore un potere in grado di rafforzare la sua aspettativa di soddisfazione, la risposta all'interrogativo posto non può che essere positiva. Lo scopo di esercitare sul debitore una pressione psicologica⁹ che lo induca ad adempiere, più che nell'interesse generale alla liberazione dal debito, in quello particolare al riottenimento della disponibilità materiale di un bene specifico, pare proprio assolvere una autonoma finalità meritevole di tutela, riconosciuta formalmente dalle ipotesi legali di ritenzione, ma non di meno apprezzabile ai sensi dell'art. 1322 c.c. anche in ipotesi di genesi convenzionale. Questa funzione "in senso lato" di garanzia attuata dalla ritenzione consente di collocarla senza troppe riserve nell'area delle forme di autotutela privata¹⁰, ma non in quella di più

anche S. LA CHINA, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1962, 146; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 50 ss., il quale si avvale di definizione affine: garanzia sarebbe ogni «struttura giuridica che nell'ambito del potere di aggressione del creditore sui beni del debitore ne assicura l'efficacia, conservando una situazione e consentendo al potere di aggressione di esercitarsi fruttuosamente». Individua più gradi di garanzia anche M. FRAGALI, voce «*Garanzia (diritto privato)*», in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 451. Del pari, E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO (diretto da), 5, *I diritti reali*, Torino, 2005, 9 così osserva: «[S]ul piano nominalistico appare pertanto opportuno discorrere di garanzia e garanzie, dato che se alla nozione di garanzia reale si vuole assegnare ancora oggi un ruolo preciso e qualificante, come categoria dogmatica, occorre allora, pur operando mediante i modelli e gli schemi tradizionali, definirla e rappresentarla secondo un concetto più ampio, che comprenda anche quegli strumenti e quelle tecniche contrattuali in grado di privilegiare il profilo della funzione in concreto perseguita da questa forma di garanzia». Riflettono, invece, sulla utilità di un tale ampliamento della nozione di garanzia G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 183 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzie del credito*, Napoli, 1993, 58 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 35. Per una attenta ricostruzione della nozione e funzione di garanzia, v. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 1 ss.

⁹ W. D'AVANZO, *op. cit.* 174; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 65 discorre di «funzione coercitiva»; discorre di funzione cautelativa C.M. BIANCA, voce «*Autotutela*», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, 138. Già prima A. BUTERA, *Il diritto di ritenzione*, Roma, 1937, 424 definiva la ritenzione «una semplice superiorità di fatto non un diritto di prelazione».

¹⁰ Così E. BETTI, voce «*Autotutela, (dir. priv.)*», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 531, il quale la inserisce nell'area delle forme di autotutela passiva, ossia caratterizzate da un comportamento negativo di resistenza all'altrui pretesa; C.M.

recente interesse della autotutela esecutiva, mancando ogni preordinazione allo scopo solutorio del diritto di ritenzione semplice.

È qui il caso di inserire subito una considerazione ulteriore sulla natura del bene soggetto a ritenzione. Sebbene le ipotesi legali di ritenzione attestino tutte la congenialità dell'istituto alla natura infungibile¹¹ del bene rimasto presso il creditore, non pare che il contenuto essenziale del diritto abbisogni necessariamente di questa caratteristica, soprattutto se proiettato verso un uso atipico e convenzionale da parte dei privati. Corretto è piuttosto riscontrare, anche in questo frangente, una possibile graduazione degli effetti della ritenzione a seconda del bene coinvolto. Mentre nella ritenzione semplice l'effetto di coazione psicologica è tanto più riuscito quanto più il bene sia soggettivamente infungibile per il debitore, e quindi finanche a prescindere dalla sua oggettiva capienza rispetto al valore del credito, nella ritenzione che, pur svolgendo funzione di garanzia in senso lato, sia preordinata ad assicurare l'esecuzione sul bene da parte del creditore è più facile che esso sia preso in considerazione per il suo valore oggettivo fungibile, con ricadute che possono concorrere utilmente alla riflessione sulla validità e sul grado di efficacia della c.d. ritenzione convenzionale nel contesto di un sistema generale della responsabilità patrimoniale e delle garanzie del credito ispirato al principio di proporzionalità e sempre più sensibile alla distinzione tra patto commissorio e patto marciano.

BIANCA, *op. cit.*, 138; M. BESSONE, *Istituzioni di Diritto Privato*, Torino, 2009, 1169; S. CHERTI, *op. cit.*, 465 ss. In giurisprudenza lo riconosce espressamente Cass., 19 aprile 2010, n. 9267, la quale lo configura come «situazione non autonoma ma strumentale all'autotutela di altra situazione attiva generalmente costituita da un diritto di credito», e così pure Cass., 31 ottobre 2019, n. 27990, entrambe in *Dejure online*.

¹¹ W. D'AVANZO, *op. cit.*, 174. Sintetizza le diverse opinioni della dottrina per confermare che il carattere della infungibilità del bene è presupposto essenziale della ritenzione L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, 67. Apre alla possibilità che la ritenzione riguardi beni fungibili ma ne riduce la rilevanza pratica, S. CHERTI, *op. cit.*, 469.

3. *La ritenzione c.d. privilegiata: la funzione pubblicitaria della ritenzione e l'indipendenza dell'effetto della prelazione dal rapporto materiale tra creditore e bene*

Nella c.d. ritenzione legale privilegiata, il diritto di *retinere* del creditore è causalmente collegato al riconoscimento di un titolo di prelazione in suo favore il quale, non a caso, assume la forma di un privilegio. Non a caso, perché il privilegio oltre ad essere, insieme all'ipoteca, una forma di garanzia che può trovare fonte nella legge, è anche una ragione di preferenza del creditore riferibile a beni mobili, per la cui operatività non è richiesto il presupposto materiale dello spossessamento. Quest'ultimo aspetto, oltre a indurre alcuni a discorrere della ritenzione privilegiata come di un «pegno legale»¹², spiega a ben vedere, una volta di più, la funzione autentica della ritenzione, che è quella di impedire (come lo spossessamento) la libera disponibilità del bene da parte del debitore e in danno del creditore, se non anche quella pubblicitaria di segnalare all'esterno una interruzione del rapporto materiale tra il debitore e la *res*. In merito a quest'ultimo aspetto, non sembra azzardato sostenere la valenza pubblicitaria della ritenzione, tenuto conto di quanto già la dottrina sostiene a proposito della individuazione di due livelli di opponibilità distinti: da una parte, quello della efficacia della ritenzione rispetto ai terzi potenziali acquirenti del bene, dall'altra quello della efficacia nei confronti della generalità dei creditori e, quindi, in termini di limitazione oggettiva della responsabilità patrimoniale generica del debitore. Si è convinti della esattezza della impostazione che sostiene l'opponibilità della ritenzione ai terzi aventi causa dal debitore, basandola proprio sulla idoneità della ritenzione su beni mobili a soddisfare il requisito del possesso richiesto ai fini della soluzione del conflitto di cui all'art. 1155 c.c.; vi è poi una ragione pratica di necessità di questa soluzione, dal momento che un approccio contrario consentirebbe al debitore di ricorrere agevolmente alla vendita a terzi per aggirare la tutela del credito predisposta dall'ordinamento nelle ipotesi tipiche di

¹² Si deve al diritto romano l'utilizzo di espressioni quali «*quasi pignus*», «*quasi pignoris loco*» e «*pignoris vinculum*». Sostiene la sostanziale assimilazione tra le due figure G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1980, 304.

ritenzione¹³. Per i beni immobili potrebbe invocarsi la regola affine della priorità del godimento di cui all'art. 1380 c.c., ovvero secondo una dottrina l'art. 1600 c.c.¹⁴;

Quanto al profilo della opponibilità ai terzi creditori, è invece evidente che esso non può dipendere dalla sola fenomenologia materiale della ritenzione, essendo piuttosto un effetto ricollegato alla previsione legale del privilegio, che trova nella ritenzione soltanto l'occasione di una migliore riuscita¹⁵, tant'è che le ordinarie ipotesi legali di privilegio prescindono completamente dalla circostanza di un legame materiale tra il creditore e il bene sul quale egli vanta la prelazione. Ne segue che proprio l'inesistenza di una autonoma capacità della ritenzione legale di essere opposta ai terzi creditori si atpeggia a valido discrimine tra le due forme di ritenzione, nel senso della necessaria dipendenza dell'effetto della prelazione dalla esistenza di una forma di garanzia "in senso stretto" del credito che la accompagni.

¹³ D. CARUSI, voce «Ritenzione (diritto di)», in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 2001, 5; F. CAMILLETI, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contratti*, 2015, 1152. V. anche A. BARBA, voce «Ritenzione (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 1383, che pur escludendo lo *ius sequelae* precisa che il carattere derivativo dell'acquisto del terzo non può che porre costui nella stessa posizione del suo dante causa. In senso contrario alla opponibilità sia verso i terzi che verso i creditori, v. S. CAL, *Strumenti di autotutela del credito. Certificazione del credito*, in A.I. NATALI (a cura di), *Strumenti e procedure per il recupero crediti*, Milano, 2017, 21.

¹⁴ E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contr. impr.*, 1997, 1, 193 ss., secondo il quale: «[L]a soluzione adottata trova implicita conferma in una norma in tema di locazione, l'art. 1600 c.c., in cui il legislatore ha adottato un criterio analogo nel risolvere il conflitto fra i titoli incompatibili del conduttore e dell'acquirente del bene locato. Si legge all'art. 1600 c.c. che "se la locazione non ha data certa ma la detenzione del conduttore è anteriore al trasferimento, l'acquirente non è tenuto a rispettare la locazione che per una durata corrispondente a quella stabilita per le locazioni a tempo indeterminato"». A sostegno della sua tesi l'a. ricorda che l'accostamento della ritenzione alla locazione è stato proposto da M. ALLARA, *Corso di diritto civile. Delle obbligazioni*, Torino, 1939, 215 ss.; v. anche G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 26; U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 100.

¹⁵ A. SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 66: «la ritenzione non sarebbe dunque che il mezzo necessario con cui la causa di prelazione verrà esercitata». L. MEZZOGIORNO, *op. cit.*, 60 e 76. S. CHERTI, *op. cit.*, 472, afferma che la ritenzione «mette in luce il profilo dell'inerenza con la *res* del tutto estraneo al privilegio».

4. *Le differenze tra diritto di ritenzione e pegno e l'autonomia della funzione di garanzia rispetto a quella solutoria*

Si è detto della affinità tra pegno e ritenzione privilegiata, cionondimeno le ragioni per sostenere un netto scarto tra le due figure rimangono molteplici, non solo perché la ritenzione può avere ad oggetto beni immobili, ma soprattutto perché in essa la disponibilità materiale del bene da parte del creditore mantiene una funzione di garanzia del tutto autonoma e scindibile da quella del privilegio, mentre nel pegno lo spossessamento è condizione di esistenza stessa della garanzia¹⁶. Nel pegno, in altre parole, la garanzia pignorizia è titolo di legittimazione del possesso del creditore, mentre nella ritenzione si ha prosecuzione di un possesso o detenzione già esercitati ad altro titolo.

Una parte della dottrina arriva a sostenere, con un salto argomentativo un po' troppo ampio rispetto all'obiettivo di definire il contenuto autentico del diritto di ritenzione, che esso non realizzerebbe una funzione di garanzia come il pegno, ma una funzione di autotutela¹⁷. Ebbene, si tratta di capire cosa voglia intendersi per garanzia e per autotutela, giacché se – come detto – si considera la prima quella idoneità di un qualche istituto o meccanismo negoziale di concorrere a rafforzare l'aspettativa di soddisfazione del creditore, sia il pegno sia la ritenzione rientrano nella definizione, così come in essa rientra la nozione stessa di autotutela, che anche nel pegno è data dallo spossessamento del debitore¹⁸, salvo raggiungere il grado più tecnico di garanzia “in senso stretto” con la previsione del diritto di prelazione nei

¹⁶ Nella stessa direzione v. le osservazioni di A. BARBA, *op. cit.*, 1384, ove si evidenzia che il rifiuto di restituire il bene oggetto di pegno non costituisce l'esercizio di una misura di autotutela ma è «naturalmente collegata all'esercizio del pegno».

¹⁷ L. MEZZOGIORNO, *op. cit.*, 53-54.

¹⁸ Lo spossessamento, cioè, oltre ad essere strumentale a garantire l'esecuzione sul bene svolgerebbe anche una autonoma funzione di autotutela per via della sottrazione del bene alla disponibilità del debitore. Su questo v. S. CICCARELLO, voce «Pegno», in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 699; G. GORLA e P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca, Della tutela dei diritti*, IV, Bologna-Roma, 1992, 17 ss. Non ritiene che lo spossessamento costituisca una misura di autotutela del creditore A. BARBA, *op. cit.*, 1384. Attribuisce modesta rilevanza alla funzione di pressione psicologica esercitata dallo spossessamento, F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 62.

confronti dei restanti creditori (art. 2787 c.c.). Se, invece, l'intenzione è quella di sottolineare la strumentalità della ritenzione a realizzare anche una funzione di autotutela di tipo esecutivo del credito grazie al rinvio delle norme sulla ritenzione privilegiata all'art. 2797 c.c., allora è quest'ultima disposizione a descrivere un modello di autotutela esecutiva¹⁹ che opera proprio nella disciplina del pegno prima ancora che in quella della ritenzione. In altre parole, la chiave di lettura più consona per affrontare anche il problema della ammissibilità di forme di ritenzione pattizia e di autotutela privata del credito sembra quella, suggerita da tempo dalla dottrina²⁰, di distinguere i diversi momenti della garanzia e della funzione solutoria, che pur teleologicamente connessi, mantengono una propria autonomia e possono all'occorrenza seguire anche destini diversi sotto il profilo della validità *inter partes* e della opponibilità *erga omnes*.

Quanto al momento della garanzia, la distinzione è marcata soltanto tra pegno e ritenzione semplice, perché essi danno luogo ad un diverso grado di assolvimento di questa funzione. Nella ritenzione, essa si esprime nella forma più embrionale del controllo materiale sul bene da parte del creditore per impedirne la sottrazione fraudolenta alla funzione di garanzia tramite l'alienazione a terzi, e incentivare il debitore all'adempimento tanto più sarà intenso il suo legame soggettivo con il bene; nel pegno la funzione di garanzia guadagna, invece, il massimo livello della opponibilità ai terzi creditori.

La diversa intensità di tutela della aspettativa di adempimento del creditore realizzata dalla ritenzione rispetto al pegno è testimoniata chiaramente dall'art. 2794 c.c.²¹, ove è precisato che a tutela del diverso credito sorto dopo la costituzione del pegno, ma prima del debito garantito, il creditore vanta «soltanto» il diritto di ritenzione a «garanzia» del nuovo credito. Si ha, cioè, che la norma non disponga

¹⁹ V. su questo C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Milano, 2012, 98. Per una ricostruzione della *ratio* della norma, v. in particolare G. BONGIORNO, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli 1989, 750.

²⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 98-116.

²¹ La norma trae origini dalla antica figura del pegno gordiano, così chiamato in nome dell'imperatore che conferì un tale potere al creditore.

una sopravvivenza del pegno a garanzia della nuova obbligazione, ma soltanto l'innescarsi di una forma di autotutela diversa dallo spossessamento, originata dalla preesistenza della disponibilità materiale della cosa nelle mani del creditore. L'effetto voluto è, quindi, quello di far proseguire esclusivamente quella pressione psicologica che già la perdita materiale del bene esercitava sul debitore a garanzia di una nuova obbligazione non coperta dal pegno, ciò valorizzando la presunzione di legittimo affidamento del creditore che nel concedere nuovo credito allo stesso debitore probabilmente è rassicurato dall'esistenza di un pegno già in suo possesso.

Senonché, nel disegno codicistico, il diritto di ritenzione preso a sé stante, ossia sconnesso da una forma di garanzia tipica del credito che operi per lo stesso credito per il quale opera la ritenzione, rappresenta un *minus* rispetto alle prerogative tipiche del creditore pignoratizio sotto molteplici altri aspetti. Si ritengono peculiari della sola garanzia pignoratizia il diritto del creditore di conseguire il vincolo su qualsiasi bene del debitore, ed anche su beni di terzi; il suo diritto sui frutti della cosa (art. 2791 c.c.)²²; quello di soddisfarsi con preferenza rispetto agli altri creditori (art. 2787 c.c.); quello di procedere alla vendita senza le formalità del procedimento esecutivo (art. 2797 c.c.), ovvero di chiedere l'assegnazione della cosa (art. 2798 c.c.).

Questo secondo tentativo di definizione del confine tra le due figure, che va a coinvolgere anche il momento solutorio, non pare tuttavia corretto in tutti i suoi risvolti. Premesso che allorquando è la legge a disporre il diritto di ritenzione, spettano a questa soltanto le valutazioni di politica del diritto e di temperamento degli interessi in gioco in

²² Lo nega espressamente nella ritenzione Cass., 4 aprile 1986, n. 2330, in *Mass. Foro it.*, 1986; Cass. 1 dicembre 1994, n. 10275, in *Dejure online*: «In tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso non abitativo, la disposizione secondo la quale l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile è condizionata all'avvenuta corresponsione dell'indennità per l'avviamento commerciale (art. 34, comma 3, e 69, comma 8, l. n. 392 del 1978), attribuisce al conduttore un diritto di ritenzione sull'immobile che lo abilita solo alla custodia nell'interesse proprio e non anche al godimento dell'immobile»; in dottrina, v. F. CAMILLETI, *Determinazione del corrispettivo e diritto di ritenzione*, in *Nuova giur. comm.*, 1998, 2, 207 ss.; ID., *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, cit., 1153, ma sulla ammissibilità di una diversa determinazione pattizia del diritto ai frutti, v. G. SICCHIERO, *Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, 618.

relazione alla singola fattispecie, vale la pena interrogarsi se questa stessa linea di demarcazione sia anche invalicabile in ipotesi di ritenzione convenzionale, ossia se il diritto di ritenzione pattizio, ove ammesso, debba comunque attenersi allo schema legale. La invocata separazione tra il momento della garanzia e quello solutorio può in effetti spingere verso una soluzione diversa, tanto in relazione all'oggetto, quanto in relazione agli effetti del patto di ritenzione.

5. Ammissibilità della ritenzione convenzionale: il problema dell'oggetto

Prendendo le mosse dall'oggetto, secondo la tesi prevalente²³ la ritenzione convenzionale andrebbe costruita sulla base di una applicazione estensiva della *ratio* della ritenzione legale, ossia funzionale a garantire il creditore per i crediti sorti in conseguenza dell'uso o della amministrazione della cosa del debitore, di modo che la cosa stessa si presenta quale entità materiale ideale a realizzare la funzione di garanzia per il creditore che già la possiede o la detiene. In questo senso, sarebbe così ammissibile, anche se non espressamente previsto, il diritto di ritenzione del locatario dopo la scadenza del contratto di locazione fino all'integrale rimborso delle spese sostenute per conto del locatore²⁴, ma non sarebbero di contro ammesse forme di

²³ F. MESSINEO, *Manuale dir. civ. comm.*, III, Milano, 1959, 217; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 115 ss.; L. MEZZOGIORNO; *op. cit.*, 65; E. DEZZA, voce «Ritenzione (dir. it.)», in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 1370 che ricostruisce storicamente l'origine della regola della connessione oggettiva. V. anche D.L. GARDANI, voce «Ritenzione», in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 65 ss. In giurisprudenza v. il più recente Trib. Modica, ord. 16 aprile 2004, in *Diritto.it*, secondo il quale la connessione oggettiva è «presupposto indispensabile per l'esercizio del diritto di ritenzione, che – giova ricordarlo – spetta solo nelle ipotesi espressamente previste, costituendo eccezione al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti e del conseguente divieto di “farsi giustizia da sé”». Più di recente ammette la ritenzione convenzionale soltanto se costruita sugli stessi presupposti di quella legale I. MASPES, *op. cit.*, 507 ss.; S. CHERTI, *op. cit.*, 468. Totalmente contrario alla estensione della ritenzione oltre i casi previsti dalla legge E. BETTI, *op. cit.*, 536.

²⁴ Cass., 7 luglio 1975, n. 2643, in *Foro it.*, 1976, I, 401 con nota di A. POZZI, *Brevi spunti sul diritto di ritenzione*. V. anche Cass., 14 gennaio 1998, n. 271, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 59, a mente della quale: «il diritto di ritenzione, trovando il suo fondamento nel generale principio di autotutela sancito dall'art. 1460 c.c. (per effetto

ritenzione da esercitarsi su beni che non siano causalmente collegati all'obbligazione da garantire.

Questa rigidità interpretativa va superata²⁵ per due ordini di ragioni, l'uno testuale e l'altro funzionale. In primo luogo, si è riscontrata l'esistenza nel codice civile di una norma, l'art. 2794 c.c., la quale espressamente ammette, già per mano della legge, che la ritenzione operi su un bene estraneo alla vicenda obbligatoria garantita²⁶; in secondo luogo, vi è che la *ratio* della connessione oggettiva nella

del quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascun contraente può rifiutare la propria prestazione in costanza di inadempimento della controparte), deve ritenersi legittimamente esercitato, da parte del contraente adempiente, anche nella ipotesi di inadempimento, da parte dell'altro contraente, di un diverso negozio, purché quest'ultimo risulti collegato con l'altro contratto da un nesso di interdipendenza – fatto palese dalla comune volontà delle parti – che renda sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio, e la cui valutazione è rimessa al prudente ed insindacabile apprezzamento del giudice di merito». Più di recente ABF., coll. coord., 20 settembre 2013, n. 4808, in *Nuova giur. comm.*, 2014, 467 ss., secondo il quale: «se di ritenzione convenzionale si potrebbe parlare, essa tuttavia, essendo strumento atipico dovrebbe comunque trovare parametro di legittimità nella fattispecie legale». In dottrina, v. E. AL MUREDEN, *op. cit.*, 193 ss., secondo il quale «esistono nel nostro ordinamento molte ipotesi che, sebbene del tutto simili a casi in cui la ritenzione è tipicamente prevista, tuttavia sono sprovviste di tale tutela: è il caso - riguardo ai rapporti di mezzadria ancora in atto - del diritto di credito del mezzadro per i rimborsi dovuti dal concedente, del credito del conduttore di fondo rustico per i rimborsi dovuti per le migliorie, del credito vantato dall'appaltatore nei confronti del committente, del credito del mandatario sulle cose immobili detenute per l'esecuzione del mandato. Il ricorso all'analogia rappresenterebbe, in questi casi, il rimedio ad una disparità di trattamento ingiustificata».

²⁵ Nel senso della non absolutezza del requisito della connessione oggettiva, v. A. BARBA, *op. cit.*, 1381, A. SATURNO, *op. cit.*, 92, secondo il quale: «il requisito che, in aggiunta al consenso, la ritenzione convenzionale deve mutuare da quella legale si riduce al possesso da parte del creditore di una cosa mobile od immobile del debitore: non è più necessaria anche la connessione del credito (espressa dallo scopo di riparazione, miglioramento e così via per cui si sono compiute le spese) con il bene ritenuto. Tale dottrina giunge quindi a ritenere ammissibile, quale forma di ritenzione convenzionale, la consegna dal proprio debitore, o da un terzo per lui, di una cosa per sicurezza di un credito qualsiasi (pure di un mutuo, ad esempio) con l'obbligo di restituirla dopo l'estinzione di questo». Tra la dottrina più recente, v. E. BASSOLI, *Il diritto di ritenzione*, in R. CLARIZIA (a cura di), *Garanzie reali e personali*, Milano, 2011, 705 ss.

²⁶ F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, III, Padova, 2010, 368, secondo il quale: «non si vede perché altrettanto non possa fare chi detenga la cosa del debitore per un titolo diverso dal pegno».

ritenzione legale stia proprio nel prescindere essa dalla volontà del debitore-proprietario, cui intanto può essere imposta in quanto si abbia l'accortezza di limitare al solo bene trasferito in ragione del rapporto obbligatorio il rischio di vedersi opposto il rifiuto della restituzione. Ne viene che, viceversa, non ha alcun senso il pretendere che la stessa connessione si rispetti quando sia il debitore ad accordare la ritenzione²⁷, scegliendo liberamente su quali beni farla operare né più e né meno di quanto accade nella garanzia pignoratizia e ipotecaria, dove il bene può finanche essere di un terzo soggetto estraneo al rapporto obbligatorio.

Certo, così procedendo ci si deve emancipare dal fondamento tradizionalmente riconosciuto alla ritenzione legale, intesa quale soluzione di «equità»²⁸ a tutela del creditore che, in maniera del tutto speculare alla eccezione di inadempimento²⁹, e con punti di contatto anche con la compensazione legale³⁰, consente di utilizzare il rapporto

²⁷ Cass. 14 gennaio 1998, n. 271, cit.; v. anche la stessa soluzione applicata all'eccezione di inadempimento da Cass. 17 marzo 2006, n. 5938 in *Mass. Giust. civ.*, 2006.

²⁸ S. CHERTI, *op. cit.*, 473, nel ritenere essenziale il collegamento oggettivo tra credito e *res* sottolinea appunto come «se non si riuscisse ad enucleare alcuna relazione tra il credito e la cosa posseduta o detenuta dal soggetto (che si autotutela), l'esercizio della ritenzione si risolverebbe in un'inammissibile rappresaglia, perdendo quel collegamento con l'equità che ne costituisce il fondamento».

²⁹ A. BARBA, *op. cit.*, 1379 ss., ove più ampi riferimenti, là dove si indica nell'assenza di corrispettività la differenza dalla eccezione di inadempimento. Nella ritenzione vi sono cioè due prestazioni reciproche ma che si inseriscono nell'ambito di due distinti rapporti. V. anche D. CARUSI, *op. cit.*, 7 s.

³⁰ La dottrina più risalente ha sottolineato le affinità tra compensazione e ritenzione, v. A. BUTERA, *op. cit.*, 112 ss; G. BONELLI, *Sul diritto di ritenzione dell'immobile a tutela delle ragioni creditorie corrispettive alla consegna*, in *Dir. giur.*, 1934, 236 ss.; C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940, 293. Il parallelo è proseguito anche da parte della dottrina più recente, ormai vigente il codice civile del 1942, sebbene se ne evidenzino anche le differenze, presupponendo la compensazione la fungibilità delle prestazioni, mentre la ritenzione opera su beni infungibili (v. F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, 9 e L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 142). Ne esalta, comunque, la comune funzione equitativa, G. RAGUSA MAGGIORE, voce «Compensazione», in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 17. In particolare, il contatto tra le due figure viene ritenuto particolarmente forte nel rapporto tra compensazione volontaria e ritenzione legale, appunto per la facoltà riconosciuta alle parti di derogare

di corresponsività tra le prestazioni delle parti per inferirne il legittimo diritto di quella adempiente di eccepire l'inadempimento dell'altra e rifiutare la restituzione del bene a mezzo del quale essa ha invece adempiuto regolarmente³¹. La ritenzione convenzionale, a differenza di quella legale, vuole rispondere a una più generica funzione di garanzia del credito per esigenze delle parti che prescindono da una tipizzazione a monte e dal contenuto della prestazione garantita.

6. *La ritenzione nel sistema delle forme di autotutela del credito*

Sotto il diverso profilo degli effetti, occorre ripensare alle motivazioni addotte per negare l'ammissibilità della ritenzione pattizia³², quale rimedio di autotutela privata non tollerato dall'ordinamento fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge³³. Il discorso si innesta, in sostanza, nell'ampio dibattito sulla

ai caratteri della fungibilità/infungibilità, v. A. BARBA, *op. cit.*, 1378, il quale conclude nel senso che la distinzione tra compensazione e ritenzione acquista un certo rilievo «soltanto in relazione al fatto che la prima costituisce uno dei modi di estinzione dell'obbligazione che, al contrario, la seconda conserva e tutela nell'esecuzione». In dottrina si distingue anche l'opinione di chi, collegando la ritenzione al diritto di sospendere l'esecuzione, giustifica la ritenzione convenzionale ai sensi dell'art. 1341 c.c.: v. A. SATURNO, *op. cit.*, 83.

³¹ In questo senso, il requisito della connessione oggettiva tra bene in ritenzione e credito è interpretato come «un'emanazione qualificata del principio di accessorietà delle garanzie»: così M. SOLDAN, *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, nota a A.B.F., coll. coord., 20 settembre 2013, n. 4808, cit.

³² Cass., 19 agosto 2002, n. 12232, in *Corr. giur.*, 2002, 11, 1412; Cass., 29 settembre 2005, n. 19162, citata da P. GIANNITI, *La disciplina dell'autotutela*, Padova, 2010, 174: «come è noto, le norme che prevedono il diritto di ritenzione hanno natura eccezionale e non sono, perciò, suscettibili di applicazione analogica». V. anche Trib. Milano, 17 gennaio 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 1, 81, con nota di F. MARZIALE.

³³ Le opinioni della dottrina sul punto sono molto diverse. Da una parte si colloca chi afferma la riserva di legge e nega ai privati la facoltà di sperimentare forme di autotutela diverse da quelle tipiche, v. E. BETTI, *op. cit.*, 529 ss. (sulla cui articolazione di pensiero, anche su questo punto, si rinvia però agli attenti rilievi di P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 447 ss.); W. D'AVANZO, *op. cit.*, 170 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971, 45 ss.; A. RAPPAZZO, *op. cit.*, 131. Dall'altra

praticabilità di forme di autotutela convenzionale a fronte di un sistema che riserva alla funzione giurisdizionale pubblica la tutela dei diritti e ripudia la prerogativa del singolo di farsi giustizia da sé.

Il discorso richiederebbe più spazio per essere approfondito con una riflessione ad ampio respiro, né si vogliono perdere di vista le argomentazioni che più specificamente servono a reputare non contraria alla legge, né all'ordine pubblico, la ritenzione pattizia. In questo contesto, sembra allora utile e sufficiente rinviare agli studi, anche risalenti, della dottrina che aprono alla possibilità di forme di autotutela privata³⁴, sulla base della considerazione secondo la quale, nell'attuale realtà sociale, economica e normativa la ritrosia verso forme di autotutela privata è frutto di un approccio decisamente ideologico³⁵, tendente a invocare come ancora attuali argomenti sviluppati per rifiutare forme arcaiche di giustizia privata³⁶, ovvero per alimentare la concezione panstatualista di epoca fascista³⁷. Oggi il contesto è diverso,

chi, sul presupposto della assenza di un espresso divieto di legge e di ragioni di contrasto diretto con le norme imperative e l'ordine pubblico, ammette l'autotutela di genesi convenzionale, S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, 5 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 195 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, 136 ss.; A. DAGNINO, *op. cit.*, 67 ss.; A. SATURNO, *op. cit.*, 89; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 616-617. Tra le opinioni favorevoli della dottrina si distingue da ultimo A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, 38, secondo il quale l'autotutela non rappresenterebbe una declinazione dell'autonomia rispetto alla quale svolgerebbe una funzione diversa: «l'autonomia negoziale crea un regolamento di interessi, l'autotutela difende gli interessi dedotti nel regolamento. Ciononostante le due figure hanno un comun denominatore: la libertà del privato. La libertà del privato di regolare i propri interessi nel modo migliore possibile, la libertà del privato di difendere tali interessi mediante strumenti giuridici funzionali a tale scopo. Entrambe, l'autonomia negoziale e l'autotutela, hanno tuttavia, senza dubbio, medesimo limite: il rispetto dei principi dell'ordinamento». Ancora, v. T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una categoria*, Napoli, 2019, 29, la quale preferisce discorrere di *ius singulare* per indicare come, rispetto all'autotutela, non si avrebbe un diritto eccezionale, ma la possibilità di tutelare un diritto esistente senza l'intervento dell'organo giurisdizionale.

³⁴ V. precedente nota.

³⁵ A. LEPORE, *op. cit.*, 15.

³⁶ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 130

³⁷ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 131.

e il contesto cambia il testo o la sua interpretazione³⁸. Ricontrata, per vero, l'assenza di un divieto generale³⁹, le esigenze della realtà economica e le sollecitazioni provenienti dal sistema sono tali e tante da invitare a riconsiderare la questione, per ricavarne una visione più misurata e fruibile dei possibili effetti del ricorso a forme di autotutela privata e della loro compatibilità con il sistema.

Innanzitutto, non è qui in discussione la funzione di giurisdizione riservata allo Stato o a forme concorrenti di *iurisdiction* di più moderna formazione⁴⁰; è piuttosto in gioco la facoltà per i privati di programmare anticipatamente le conseguenze dell'inadempimento del debitore con funzione di garanzia, ovvero con lo scopo di indurlo all'adempimento pur di evitare gli effetti programmati, ai quali si può aggiungere altresì l'interesse delle parti di prevedere finanche modalità soddisfattive del credito che prescindano dal più dispendioso ricorso alla tutela esecutiva e concorsuale.

In quest'ultima più articolata variante, l'autotutela privata con funzione esecutiva, rispetto all'autotutela semplice, sembrerebbe in effetti incontrare più ostacoli al suo riconoscimento. Segnatamente, si

³⁸ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 129 s. Proprio in punto di autotutela basti vedere il diverso tenore della posizione di E. BETTI, allorché scriveva la sua voce enciclopedica *Autotutela*, nel 1959 e quella di C.M. BIANCA, che curava l'aggiornamento della stessa voce nel 2000; oppure, basti pensare alle maggiori aperture di L. BIGLIAZZI GERI, voce «*Autotutela, II) diritto civile*», in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss., rispetto alla sua monografia del 1971-1974.

³⁹ Vi è però che l'ordinamento italiano manchi comunque di una previsione generale sulla ammissibilità di forme di autotutela privata come quella contemplata da altri ordinamenti (v. § 229 BGB). Sul punto v., A. LEPORE, *op. cit.*, 32 ss., il quale ricorda tuttavia che il progetto preliminare del nostro codice civile conteneva una norma espressamente dedicata all'autotutela possessoria (art. 553: «il possessore anche se in nome altrui ha facoltà di difendere o di riprendere il possesso sulla cosa anche con la forza contro l'altrui violenza nei limiti consentiti dalla legge penale»). In argomento, v. anche A. RICCI, *Sul «principio di ragione naturale»: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contr. impr.*, 2009, 6, 1200. Sempre per un approccio comparativistico, merita un richiamo anche la scelta del diritto cinese di prevedere una disciplina generale della ritenzione: per ogni riferimento al riguardo, ed anche per una attenta ricostruzione delle origini della ritenzione nel diritto romano, v. M. VINCI, *Riflessioni storico-comparative in tema di ritenzione: diritto romano, diritto italiano, Diritto cinese*, in *Riv. dir. integr. unif. dir. eur. amer. lat.*, 2011, 31-32, 95 ss.

⁴⁰ Il riferimento è all'arbitrato ma anche alle altre forme di risoluzione alternativa delle controversie (v. ricorso all'ABF) ormai ammesse e largamente impiegate nella prassi applicativa.

contesta che in ipotesi di autotutela esecutiva venga intaccata non solo la riserva di legge sulle conseguenze dell'inadempimento e la relativa competenza giurisdizionale, ma anche la tutela dell'interesse privato dei soggetti coinvolti, prospettandosi sia il pericolo di una lesione del debitore per abuso di potere del creditore al momento della concessione del credito, sia il danno irrimediabile alle ragioni dei terzi creditori e quindi alla *par condicio creditorum*. In particolare, il prevedere un surrogato dell'adempimento spontaneo del debitore e l'affidarlo alla stessa iniziativa del creditore comporterebbe un rischio di sua prevaricazione sul debitore indotto ad accettare condizioni inique pur di accedere al credito; secondo alcuni sarebbe poi violato il diritto dei creditori di concorrere paritariamente sul patrimonio del debitore escluse soltanto le cause legali e tipiche di prelazione⁴¹.

Entrambe le preoccupazioni sono certo fondate, ma non consentono di derivarne un divieto assoluto e generalizzato della autotutela esecutiva, occorrendo guardare al singolo meccanismo ideato dalle parti per misurarne in concreto la proporzionalità⁴² e, quindi,

⁴¹ Si richiamano qui gli stessi argomenti utilizzati dalla dottrina per definire il fondamento del divieto del patto commissorio, sul quale v. la ricostruzione di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 129 ss.

⁴² È questa d'altronde ormai la via individuata per distinguere l'illiceità della convenzione commissoria da quella marciana, sia da parte della giurisprudenza che da parte della dottrina. V. da ultimo Cass. 17 gennaio 2010, n. 844, in *Guida dir.*, 2020, 70; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, c. 685; in *Contratti*, 1996, 28 ss. V. anche le recenti aperture della giurisprudenza di merito: Trib. Milano, 21 febbraio 2020, in *Guida dir.*, 2020, 70, secondo il quale «[a]ffinché possa attribuirsi carattere commissorio all'attribuzione al creditore di un bene a garanzia dell'adempimento è necessario che sussista un'evidente sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia [...] Dunque, perché ci si possa dolere della violazione del patto commissorio non è sufficiente il trasferimento di un bene a garanzia di un credito, essendo altresì necessario che il bene trasferito sia di valore superiore al credito garantito e che, dunque, si generi una rilevante sproporzione tra il credito ed il bene». In dottrina v. G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto di patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016, 3, 797; N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, 1730; A. DOLMETTA, *op. cit.*, 812; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO e T. RUMI, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, *passim*. In particolare, in materia di ritenzione, è interessante l'applicazione del principio di proporzionalità compiuta da F. CAMILLETI, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, cit., 1152-1153, il quale più che guardare al rapporto tra il valore del bene e quello del

meritevolezza⁴³. Ai fini che ci riguardano, l'indagine non può che proseguire separatamente per l'ipotesi di ritenzione convenzionale

credito alla data dell'inadempimento individua un necessario «rapporto di proporzionalità o corrispettività tra il rifiuto del *retentor* a consegnare il bene e l'inadempimento del debitore al pagamento del prezzo, alla luce delle circostanze contingenti al caso concreto (si pensi, ad esempio, alla valutazione del rapporto tra l'entità del credito vantato dal *retentor* ed il valore o l'utilità della cosa per il debitore e al danno che questi ne subisca a causa della perduranza dello spossessamento; palesi sono in questo caso le analogie con la richiesta gravità dell'inadempimento per ottenere la risoluzione, e la ricorrenza del medesimo requisito, per opporre, *ex art.* 1460, comma 2, l'eccezione di inadempimento)». Il tema del rapporto tra garanzia e proporzionalità rimane caldissimo in dottrina, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti, fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 452; ID., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 9, 1304 ss.; G. TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1, 329 ss.; A.M. SOLDI, *I rimedi contro l'abuso dell'espropriazione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2008, 133 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, 56 ss. Tra i contributi più recenti v. M. ANGELONE, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, II, 73 ss.; F. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, *ivi*, 563 ss.; D. ACHILLE, *Eccesso di iscrizione ipotecaria e "principio" di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 460 ss.; S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 3, 891 ss.; M. GALLETTI, *Analitica della responsabilità patrimoniale e principio di proporzionalità*, in *Giust. civ.*, 2019, 1, 161 ss.

⁴³ Sul controllo di meritevolezza degli atti, distinto dal controllo di liceità, che richiede una valutazione in positivo degli interessi e dei valori realizzati, nonché il loro eventuale e necessario bilanciamento: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 337 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 317 ss.; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, 204 ss. Il contributo della dottrina in materia di meritevolezza è amplissimo, tra le molte voci, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 485 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 431; A. GUARNERI, voce «Meritevolezza dell'interesse», in *Dig. civ.*, XI, Torino, 1994, 324 ss.; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*; M. Bessone (diretto da), Torino, 1999, 89 ss. Tra i contributi più recenti, v. P. FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione*

semplice e per quella di ritenzione privilegiata, volendo con quest'ultima espressione mutuare quella legale, ma solo nel senso di una ritenzione impiegata con funzione cautelare e preparatoria dell'effetto solutorio programmato dalle parti il quale, nella sostanza, pure realizza una condizione di preferenza del creditore sul valore di uno o più beni determinati del debitore.

7. I diversi gradi di efficacia della ritenzione convenzionale: la vincolatività inter partes e le possibili configurazioni della fattispecie rilevanti ai fini della sua ulteriore efficacia erga omnes

Cominciando con l'immaginare un patto privato con il quale le parti si limitino a prevedere il diritto del creditore di trattenere presso di sé i beni del debitore con funzione di garanzia atipica del credito, ma senza che questi possano essere utilizzati con effetti solutori una volta verificatosi l'inadempimento del debitore, davvero non si riscontrano valide ragioni per impedire una tale esplicazione dell'autonomia privata⁴⁴. Il patto di ritenzione utilizzato con funzione di autotutela, ma non di autotutela esecutiva, pare comunque e sempre conforme al

della sfera privata, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, in Atti del 1° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C, Napoli, 2006, 195 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 789 ss.; A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 9, 1205 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. PERLINGIERI E M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, 402; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017; C. CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, in *Riv. not.*, 2018, 6, 1327 ss.

⁴⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, 368; E. AL MUREDEN, *op. cit.*, 211; A. BARBA, *op. cit.*, 1387; A. DAGNINO, *op. cit.*, 115 ss.; L. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 63 e 160 s.; A. SATURNO, *op. cit.*, 88 ss.; G.G. AULETTA, *op. cit.*, 308. In giurisprudenza per la ritenzione convenzionale semplice v. Cass., 11 gennaio 1957, n. 44, in *Foro pad.*, 1958, I, c. 322; Cass., 7 luglio 1975, n. 2643, cit.; Cass., 16 marzo 1984, n. 1808, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, 584. In senso opposto, A. CARAVELLI, *op. cit.*, 18; G. SCADUTO, *L'“exceptio non adimplendi contractus” nel diritto civile italiano*, Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo, VIII, 1921, 111 ss.; e per la giurisprudenza Cass., 17 maggio 1962, n. 1110, in *Foro it.*, 1963, I, 146; Cass., 10 agosto 1962, n. 2528, in *Foro it.*, 1962, 730.

diritto⁴⁵. In presenza di un autonomo e valido titolo di legittimazione del possesso o della detenzione sul bene da parte del creditore, non si trovano elementi ostativi che vietino al debitore la facoltà di attribuire a quel possesso o a quella detenzione la prerogativa ulteriore di agire quale garanzia in senso atecnico del credito vantato ad altro titolo dal possessore/detentore⁴⁶. Il solo effetto di pressione psicologica che avrebbe in questo caso la ritenzione sul debitore non lascia pensare che possano esserci profili di iniquità o di coartazione della sua volontà; del pari, la mancata programmazione dell'effetto solutorio, e l'assenza di quello della prelazione, fanno escludere in radice sospetti di lesione della *par condicio creditorum*. La fattispecie e la sua legittimità possono essere accostate alla pacifica ammissibilità di patti a effetti obbligatori del tipo *covenant* con i quali si preveda, ad esempio, l'obbligo del debitore di non disporre del suo patrimonio senza la preventiva consultazione e approvazione del creditore. Qui l'accordo persegue il fine meritevole di conservare la garanzia patrimoniale generica a favore del creditore, e deve essere ammesso se contenuto entro limiti ragionevoli di tempo e risulti disciplinato in modo da escludere veti immotivati o eccessivi da parte del creditore, nel rispetto della valenza sistematica da attribuire alla norma dell'art. 1379 c.c.

Abilitata la ritenzione semplice di origine negoziale, sembra possibile altresì sostenere l'opponibilità della stessa nei confronti dei terzi aventi causa dal debitore qualora essa abbia a oggetto beni mobili⁴⁷. Questo tipo di opponibilità, come anticipato, è consentita dalla funzione pubblicitaria svolta dalla ritenzione che, in maniera affine allo spossessamento nel pegno, mette i terzi acquirenti nelle condizioni di sospettare della libera disponibilità del bene da parte dell'alienante in forza della mancanza delle condizioni per una *traditio* materiale. Come per la ritenzione legale, è discutibile se anche quella convenzionale

⁴⁵ Si esprime oggi a favore della ritenzione convenzionale P. BASSO, *Ritenzione anche convenzionale? È tempo di uscire dagli schemi*, in *personaedanno.it*.

⁴⁶ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 139: «il proprietario ha il potere di attribuire ad altri il diritto di godere della cosa [...] [a] maggior ragione deve quindi ammettersi che possa conferire ad altri un diritto di contenuto più limitato, quale quello di trattenere la cosa per un fine cautelativo». Così anche, F. MESSINEO, *op. cit.*, 171; in senso favorevole pure A. DAGNINO, *op. cit.*, 58.

⁴⁷ In senso contrario v. L. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 63; A. SATURNO, *op. cit.*, 92; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 621.

semplice abbia ragione di essere esercitata nel contesto di un'azione esecutiva individuale o di quella fallimentare (oggi liquidazione giudiziale nel contesto nel nuovo Codice della Crisi di impresa e dell'Insolvenza). Benché molte voci favorevoli abbiano sostenuto l'utilità per il creditore di trattenere la cosa nonostante l'inizio dell'esecuzione la renda indisponibile da parte del debitore, sembra più lineare affermare che una volta intervenuto il vincolo del pignoramento ovvero il potere sostitutivo del curatore nella amministrazione e liquidazione del bene, la ritenzione non abbia alcun motivo di permanere. Viceversa, vi sono tutte le ragioni di preservare il rapporto materiale tra creditore e bene quando ci si trovi nell'ambito di procedimenti per la gestione della crisi di impresa c.dd. minori, nei quali non operi lo spossessamento del debitore e questi possa quindi svolgere attività lesive dell'interesse del creditore (concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti)⁴⁸.

Venendo ora all'ipotesi più complessa e di maggiore interesse pratico della ritenzione convenzionale utilizzata, oltre che con funzione di garanzia "in senso lato", con finalità di autotutela esecutiva, si diceva che, in qualche maniera, anche questa può definirsi una ritenzione privilegiata, per via dell'effetto di destinazione di alcuni beni del debitore alla soddisfazione di un creditore in particolare. L'utile espressione verbale non deve, invece, portare a pensare a una applicazione della ritenzione convenzionale in concorso con gli istituti del pegno, ove è di per sé soppiantata dallo spossessamento, o dell'ipoteca volontaria, ove il più severo regime di circolazione della ricchezza immobiliare affida in via esclusiva alla formalità della trascrizione l'effetto della costituzione e della opponibilità del vincolo.

Chiarito ciò, l'utilità pratica di una ritenzione convenzionale "privilegiata" può venire in rilievo proprio quando il creditore non voglia assoggettarsi alle formalità dell'esecuzione forzata e concorsuale per ottenere il valore del bene, ovvero quando il debitore, magari per il tipo di attività svolta, preferisca non pubblicizzare il diritto apposto su

⁴⁸ Tra i primi a sviluppare l'argomento e mettere le diverse opinioni a confronto, G. BONGIORNO, *op. cit.*, 173 ss., A. BARBA, *op. cit.*, 1382 ss.; D. CARUSI, *op. cit.*, 5 s. Più di recente, v. M. FERRO, *Art. 53*, in *La legge fallimentare*, Padova, 2014, 736 ss.; M. GIORGETTI, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2017, 224 ss.

un bene⁴⁹. Non è accettabile, di contro, che la ritenzione convenzionale venga adoperata quale *escamotage* per l'aggiramento della disciplina delle garanzie tipiche nella parte relativa alle condizioni imposte a tutela dell'interesse dei restanti creditori⁵⁰. In particolare, va respinta la possibilità che le parti invochino il meccanismo della ritenzione per attribuire al diritto del creditore una portata molto più ampia di quella consentita dall'art. 2787 c.c. per il pegno, ove è richiesta la «sufficiente indicazione del credito e della cosa», e dell'art. 2809 c.c. per l'ipoteca, ove pure si specifica che essa deve essere iscritta «su beni specialmente indicati e per una somma indicata in danaro».

Secondo l'interpretazione preferibile⁵¹, la *ratio* di queste ultime due norme, e soprattutto dell'art. 2787 c.c. in quanto riferito ad un tipo di garanzia mobiliare che non è oggettivamente assistito dalla iscrizione in pubblici registri, sarebbe proprio quella di impedire l'operatività di una prelazione indeterminata nel *quantum* e nel quando, per via del riferimento a tutti i possibili rapporti di credito intercorrenti tra le parti e ad una categoria indistinta e variabile di beni del debitore; in questo modo, entrambe le norme esprimerebbero un grado di specialità rispetto alla regola generale dell'art. 1346 c.c., per rispondere allo specifico interesse dei terzi creditori di essere resi edotti della effettiva portata del vincolo che va a comprimere la funzione di garanzia generica assolta dal patrimonio del debitore. E questo sarebbe uno dei pochi casi nei quali la legge eleva espressamente il profilo della tutela della *par condicio creditorum* a condizione genetica di efficacia dell'atto non

⁴⁹ Individua in queste esigenze l'origine storica della ritenzione privilegiata, M. VINCI, *op. cit.*, 109: «[d]al punto di vista storico, le radici (e le motivazioni fondanti) della ritenzione privilegiata affondano nella pratica commerciale, in cui la rapidità degli scambi da un lato, e l'esigenza di sicurezza dell'adempimento della prestazione dall'altro, hanno imposto una forma di garanzia sulla merce che non implicasse una forma di "sospetto" nella controparte che, al contrario, sembrava fosse connaturata alla richiesta di un pegno. Il pegno, oltretutto, avrebbe reso necessario – se pur privo di rigidità di forma – quantomeno l'accordo sulla sua costituzione: moltiplicando questo per ogni singolo rapporto commerciale, la velocità delle transazioni commerciali sarebbe risultata praticamente paralizzata». L'a., a sua volta, richiama B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, Artt. 51-63, in *Comm. l. fall. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988, 67 ss.

⁵⁰ Cass., 11 gennaio 1957, n. 44, cit., c. 322, secondo la quale «può farsi luogo al diritto di ritenzione fuori dei casi stabiliti dalla legge quando tale diritto trovi il suo fondamento nella volontà contrattuale delle parti e non leda le ragioni dei terzi».

⁵¹ Per tutti v. E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 134 ss.

rinviata al rimedio postumo dell'azione revocatoria e, quindi, dell'inefficacia sopravvenuta, eventuale e relativa frutto dell'impugnazione dei creditori⁵².

Ne risulta, per ragioni di coerenza del sistema, la inammissibilità anche di una ritenzione convenzionale utilizzata per bypassare le tutele improntate dalla legge a favore dei terzi creditori. Senonché, proprio questo è il contesto ideale per attribuire centrale rilevanza alla autonomia della funzione di garanzia rispetto a quella solutoria e, all'interno della prima, a una diversa graduazione di efficacia del patto di ritenzione a seconda della classe di soggetti controinteressati presa in considerazione. Una visione questa che non sempre riesce a tenere la giurisprudenza⁵³, là dove in alcune decisioni pare che il nesso teleologico tra funzione di garanzia e autotutela esecutiva oscuri l'autonomia dei due momenti e porti a ritenere inscindibilmente connesso ciò che si può separare, per giungere a un arbitrario giudizio di inammissibilità dell'operazione negoziale nel suo complesso. Si percepisce, cioè, una certa tendenza a trasferire le considerazioni svolte sulla inidoneità della ritenzione convenzionale a produrre l'effetto della prelazione anche al segmento dell'operazione negoziale voluta dalle parti ma riguardante la sola funzione di garanzia in senso lato prodotta dalla ritenzione⁵⁴ e quello del meccanismo ideato per ottenere la soddisfazione diretta del creditore sul bene. Come anticipato, invece, il tratto della opponibilità ai terzi del negozio non va confuso con quello della sua pur possibile efficacia ed utilità *inter partes*. Con un ragionamento analogo a quello elaborato dalla dottrina⁵⁵ sulla

⁵² I. MASPES, *op. cit.*, 507 ss., la definisce finanche una «una cautela di ordine pubblico predisposta a favore dei terzi creditori».

⁵³ ABF, coll. coord., 20 settembre 2013, n. 4808, cit.; ABF Napoli, 30 giugno 2015, n. 5146, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

⁵⁴ Sulla autonoma funzione di garanzia realizzata da forme di autotutela esecutiva v. A. LUMINOSO, *op. cit.*, 20.

⁵⁵ N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., 1006-1007, di cui vale la pena riportare le argomentazioni: «[c]osì ragionando, si riconducono ad unità sul piano funzionale le ipotesi del patto commissorio accessorio e del patto commissorio autonomo, giacché in entrambi i casi si tende a distinguere a) la vicenda che genera l'obbligazione (mutuo o altro); b) la garanzia; c) la clausola commissoria. Nel patto commissorio autonomo i tre elementi, e soprattutto il secondo e il terzo, possono risultare strutturalmente fusi, ma vanno pur sempre distinti sul piano funzionale perché, quale che sia il meccanismo contrattuale in concreto elaborato dalle parti, resta

autonomia della funzione solutoria svolta dal patto commissorio rispetto al credito e alla funzione di garanzia realizzata secondo i più diversi schemi negoziali ideati dalle parti, se l'illiceità del patto privo delle garanzie della convenzione marcianda non deve intaccare la validità della concessione del credito e della forma di garanzia prescelta, così deve concludersi che l'assenza di una legittima causa di prelazione a favore del retentore non esclude la conservazione della funzione di garanzia della ritenzione stessa, così come non deve comprometterne la sua opponibilità per quella specifica categoria di soggetti che sono i terzi acquirenti di beni mobili aventi causa dal debitore⁵⁶.

Nei rapporti interni tra le parti, non può incidere il profilo della non sufficiente determinazione del credito garantito o della cosa data in garanzia perché questa, ai sensi della disciplina del pegno è condizione richiesta soltanto ai fini dell'esercizio della prelazione⁵⁷. Nel conflitto

sempre possibile individuare Questa impostazione ha una conseguenza che, a chi scrive, sembra fondamentale sul piano della disciplina, perché conduce ad affermare, nel patto commissorio autonomo, la nullità non dell'intera vicenda negoziale, ma soltanto di quella parte del regolamento che produce l'effetto caratteristico (e quindi svolge la funzione) del patto commissorio, ossia il fatto che il creditore può appropriarsi in via definitiva del bene del debitore inadempiente senza che sia svolto un controllo di congruità sul rapporto tra valore del bene e ammontare del credito». Sembra accennare alla necessità di mantenere separati gli effetti della nullità del patto dal resto della convezione voluta dalle parti Cass., 19 febbraio 2019, n. 4729, in *Cass. civ. online*: «in tema di patto commissorio, la sanzione della nullità prevista dalla norma di cui all'art. 2744 c.c. riguarda il solo patto commissorio stipulato “a latere” dell'obbligazione restitutoria (con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, ex art. 2744 cit.), e non anche detta obbligazione restitutoria, che resta del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato” (Cass. n. 6864/2000), sulla cui scia può senz'altro affermarsi che la nullità non investe neppure il negozio ricognitivo dell'obbligazione di restituzione».

⁵⁶ E. AL MUREDEN, *o.l.u.c.*: «In questo contesto si evidenzia l'utilità della ritenzione convenzionale che, rendendo autonoma la coazione psicologica all'adempimento rispetto alla fuoriuscita del bene dal patrimonio responsabile del debitore, consente di trovare un nuovo punto di equilibrio tra le confliggenti esigenze del debitore, del creditore e del rispetto del principio della *par condicio creditorum*».

⁵⁷ Cass., 28 ottobre 2005, n. 21084, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 314, con nota di E. GABRIELLI; Cass., 12 giugno 2006, n. 13551, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 1282; Cass. 25 marzo 2009, n. 7214, in *Giust. civ.*, 2010, 2305. G.E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, 1, 201 ss.; G. GORLA e P. ZANELLI, *op. cit.*, 46. Con specifico riferimento

tra creditore e terzi aventi causa dal debitore, la ritenzione deve potersi opporre se riferita a beni mobili in quanto, come già esposto, essa soddisfa quella esigenza pubblicitaria utile a permettere che si applichi la regola dell'art. 1155 c.c. sul conflitto tra più aventi causa dal titolare; se riferita a beni immobili, dovrebbe potersi invocare invece l'art. 1380 c.c. sul conflitto tra più diritti personali di godimento.

Maggiori precisazioni merita il discorso sulla efficacia del meccanismo di autotutela esecutiva previsto dalle parti nei confronti dei terzi creditori. Qui, invero, il tema si interseca con quello generale della opponibilità ai creditori del patto marciano lecito. Laddove si riscontri cioè che le modalità di programmazione dell'effetto solutorio sono conformi alle condizioni di validità del patto marciano, la capacità di tale convenzione di porsi in effettivo contrasto con la tutela dei restanti creditori va debitamente approfondita. Va, prima di ogni cosa, distinta l'ipotesi nella quale le parti si accordino per l'automatica acquisizione del bene al creditore in conseguenza dell'inadempimento del debitore da quella nella quale, invece, si preveda un incarico fiduciario di affidamento al creditore della vendita del bene con incameramento delle sole somme sufficienti a soddisfare il suo credito.

Nel primo caso, la circostanza che l'operazione negoziale sia stata arricchita anche dalla previsione di un preliminare diritto di ritenzione del bene del creditore non altera i termini della riflessione svolta dalla dottrina sulla impossibilità per i creditori concorrenti di impugnare la validità del patto marciano, avendo questi a disposizione il diverso e più adeguato rimedio della azione revocatoria ordinaria e concorsuale.

all'applicazione di questa regola anche alla ritenzione v. A. SATURNO, *op. cit.*, 95 che ammette «la conversione in contratto di ritenzione di un pegno o di un'anticresi invalidi per dispregio degli artt. 2787, comma 3, e 1350, n. 7 c.c., così conservando in capo al creditore la residua facoltà di ritenere la cosa del debitore fino ad estinzione del debito, pur nell'impossibilità di esercitare i diritti di prelazione e di appropriazione dei frutti». Sul piano sistematico va, tuttavia, considerata la deroga all'art. 2787 c.c. consentita in materia di garanzie finanziarie dal d.lgs. 170 del 2004 ove si estende la garanzia anche alle obbligazioni condizionate o future e, più recente ma sempre sulla stessa linea, la disciplina del pegno non possessorio (art. 1, comma 3, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. dalla l. 30 giugno 2016 n. 119), ove opera la stessa regola dell'importo massimo garantito già ammessa per la fideiussione dall'art. 1938 c.c. Sui collegamenti tra queste diverse discipline, v. R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *ilcaso.it*, 2018, 22 ss.

D'altronde, una volta completata la vicenda non il passaggio definitivo del bene nelle mani del creditore, e salvo il diritto del debitore all'esubero di valore rispetto al credito garantito, l'operazione non avrebbe per i creditori effetti molto diversi da quelli di una *datio in solutum*⁵⁸, impugnabile per l'appunto soltanto quale trasferimento oneroso o pagamento anomalo compiuto dal debitore in frode ai creditori.

Se, di contro, la vicenda traslativa non si è ancora conclusa prima della apertura della procedura esecutiva o concorsuale, essa non dovrebbe potersi opporre in ogni caso ai creditori, giacché la ritenzione e la programmazione dell'effetto traslativo non soddisfano le condizioni necessarie alla costituzione di un diritto reale di garanzia in senso stretto. In definitiva, si avrà una ritenzione convenzionale funzionale all'effetto solutorio suscettibile di distinte valutazioni di efficacia: quella *inter partes*, quella nei confronti dei terzi acquirenti di beni mobili certamente operante, e quella invece inammissibile nei confronti dei terzi creditori. Ciò che sta a dimostrare proprio come la ritenzione, in quanto garanzia "in senso lato" del credito, sia idonea a supportare causalmente l'effetto traslativo, ma non anche presupposto sufficiente all'effetto della prelazione.

Nella differente ipotesi nella quale la ritenzione operi a favore del creditore-mandatario incaricato di vendere i beni del debitore per soddisfarsi, vi è spazio probabilmente per qualche considerazione in più a favore del pieno regime di opponibilità dell'effetto solutorio verso i terzi. Si può, cioè, avanzare l'idea che con il negozio gestorio di mandato le parti intendano nella sostanza trasferire una prerogativa assoluta di soddisfazione e di controllo sul bene a vantaggio del creditore, in una logica di predestinazione del bene stesso alla realizzazione di quello specifico credito e, dunque, di separazione del suo statuto giuridico dal resto del patrimonio del debitore soggetto alla

⁵⁸ Che, peraltro, prescinde dal rapporto di equivalenza tra la prestazione originaria e quella sostitutiva, ma scettico sul punto, fino a prospettare la nullità del patto per iniquità in danno del debitore, A. LEPORE, *op. cit.*, 154; probabilmente, però, mantiene un certo rilievo il fatto che nel patto solutorio originario (cioè coevo o collegato alla erogazione del prestito) il condizionamento della volontà del debitore è legato alla necessità irrinunciabile di ricevere il prestito, mentre invece nel caso di sostituzione postuma dell'oggetto dell'obbligazione già sorta tale condizione fortemente incidente sulla libera determinazione del debitore non ricorre.

funzione di garanzia patrimoniale generica⁵⁹. Tanto si può sostenere nella misura in cui il mandato sia conferito al creditore in modo irrevocabile⁶⁰ e senza una particolare ragione di interesse del debitore ad usufruire delle competenze del creditore. Non solo, dovrebbe altresì riscontrarsi un nesso causale inscindibile tra l'erogazione del credito a favore del proprietario del bene e il quanto e il *quomodo* dell'operazione di finanziamento, al punto da poterla interpretare in concreto come nient'altro che un'anticipazione da parte del creditore del valore da ricavarsi dalla futura vendita del bene. In questa prospettiva, la vendita stessa non si attegga a circostanza meramente eventuale legata all'inadempimento del debitore, bensì a modalità preventivamente selezionata di adempimento del debito, sicché il debito stesso in tanto esiste in quanto il finanziamento è stato calcolato e ponderato guardando ad una fonte predefinita per il suo rimborso⁶¹. Ebbene, a ben guardare, una tale configurazione dell'operazione di finanziamento è possibile solo ove alla funzione solutoria siano chiamati beni presi in considerazione dalle parti più per il loro valore fungibile, assimilabile a quello del denaro stesso, che non per il loro valore corporale infungibile. Solo in tal caso, come anticipato, la funzione solutoria

⁵⁹ G. BONGIORNO, *op. cit.*, 208 ss.

⁶⁰ Ritieni che il ricorso al mandato *in rem propriam* irrevocabile sia figura idonea a legittimare i poteri della banca purché costituito e regolato espressamente A. CARNACCINI, *Esercizio del diritto di ritenzione da parte della Banca sul deposito titoli del cliente inadempiente*, in *Giuricivile.it*, 2019.

⁶¹ Una tale lettura si porrebbe in linea con la Dir. 2018/0063 del 14 marzo 2018, «relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali», ove si specifica l'obiettivo di «rafforzare la capacità dei creditori garantiti di recuperare più rapidamente il valore dalle garanzie tramite procedure di escussione extragiudiziali», là dove i «creditori dovrebbero essi stessi poter eseguire i contratti di credito e recuperare gli importi dovuti». Nota come, in questo modo, si alteri il rapporto tra responsabilità personale e responsabilità patrimoniale rispetto alle costruzioni prevalenti nel secolo scorso, R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 6, il quale intravede anche un mutamento dell'elemento dell'interesse del creditore «in quanto qui centrato, dall'origine del rapporto, non già sulla prestazione ma sui diritti che gli consentono di esercitare prerogative di stampo dominicale direttamente su beni o porzioni di patrimonio destinati alla sua soddisfazione». V. anche ID., *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, in *Dir. cost.*, 2018, 75; ID., *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in questa *Rivista*, 2018, 1.

dell'operazione supera di gran lunga, fino ad oscurare, quella di garanzia, annullando di conseguenza il problema della opponibilità del patto a titolo di prelazione: il bene oggetto della convenzione è in realtà uscito dal patrimonio aggredibile del debitore già al momento della stipulazione della ritenzione convenzionale, senza necessità di invocare un qualche effetto di prelazione.

Sulla idoneità del mandato irrevocabile a vendere a svolgere una funzione di garanzia si esprime da tempo la giurisprudenza⁶²; l'aggiunta dell'effetto solutorio è invece il frutto di una libera determinazione delle parti che riposa sulla già affermata capacità della funzione di garanzia a sorreggere causalmente l'effetto traslativo. Il ricorso a una tale figura è particolarmente richiesto dalla prassi bancaria, ove è intuitivo l'interesse delle parti a vincolare alla funzione solutoria i titoli del debitore già depositati presso la stessa banca creditrice. Ebbene, proprio quando si tratti di contratti bancari con i quali il debitore voglia legittimare la banca a cedere i titoli con scopo di adempimento, il mandato attribuito all'intermediario si esprime quale lecita caratterizzazione della causa gestoria già riconosciuta al contratto di deposito dall'art. 1838 c.c., ove è di per sé contemplata nella forma della custodia e raccolta dei frutti dei titoli in amministrazione.

Non solo, in una tale fattispecie, l'elevato grado di fungibilità dei beni e l'agile determinazione del loro valore di mercato, può addirittura consentire che si applichi analogicamente la disciplina del pegno irregolare⁶³ e, quindi, ritenere finanche pleonastica la previsione delle condizioni di valutazione oggettiva del bene richiesta ai fini di un marciano lecito, semplificando quindi di molto i presupposti di validità

⁶² Tra le più recenti, Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giur. it.*, 2012, 568, con nota di M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*; Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 62, con nota di G. Buset, *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?*; Cass., 26 settembre 2018, n. 22903, in *Cass. civ. online*.

⁶³ Sulla *ratio* delle garanzie irregolari e sulla loro disponibilità da parte dei privati v. M. DE SIMONE, *I negozi irregolari*, Napoli, 1952, *passim*. L'accostamento in termini generali della ritenzione al pegno irregolare è fatto da F. DE MARTINO, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1984, 48.

e di efficacia dell'operazione nei confronti dei terzi⁶⁴. Non pare, di contro, superabile il disposto dell'art. 2787 c.c., a proposito della richiesta di sufficiente indicazione del credito e dei beni vincolati, che è norma valevole anche per il pegno dell'art. 2851 c.c. in quanto esprime una *ratio* di generale inopponibilità di una tutela convenzionale del creditore oggettivamente illimitata: in tal caso, infatti, il concetto stesso di destinazione solutoria dei beni del debitore e/o di separazione patrimoniale verrebbe messo a repentaglio dalla impossibilità concreta di tracciare una linea netta tra ciò che passa nella disponibilità del creditore e ciò che resta al patrimonio del debitore⁶⁵.

⁶⁴ D'altronde dal punto di vista dell'oggetto la ritenzione da parte della banca sui titoli del debitore coprirebbe la medesima area dei contratti di garanzia finanziaria *ex d.lgs. 170 del 2004*, dove è richiamato il criterio della ragionevolezza commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie.

⁶⁵ In senso contrario si potrebbe provare ad invocare le argomentazioni espresse da una parte della dottrina a proposito della inapplicabilità dell'art. 2787, comma 3, c.c. al pegno irregolare: v. da ultimo, S. BIANCHI, *Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie*, in *Corr. Giur.*, 2014, 1501 ss., ove il richiamo a A. DALMARTELLO, voce «*Pegno irregolare*», in *Novissimo Dig.*, XII, Torino, 1965, 804; G. GORLA e P. ZANELLI, *op. cit.*, 43; A.A. DOLMETTA, *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Milano, 1986, 157; G.E. COLOMBO, *Problemi risolti e irrisolti nella giurisprudenza sul pegno*, in *Banche banchieri*, 1989, 1, 102 ss. Opinione contraria ha G. PRESTI, *Il pegno irregolare: profili ricostruttivi e di disciplina fallimentare*, in *Vita not.*, 2001, 1, 42 s.; invero, non pare possibile che si reputi superata la *ratio* di tutela della norma quando la garanzia è costruita in modo tale da impedire fin dalla sua genesi l'individuazione esatta dei beni cui rimanere limitata, per via di una clausola di estensione che la estenda indistintamente a tutti i valori del debitore che si trovino per il futuro depositati presso la stessa banca. Contraria all'applicazione limitata dell'art. 2787 c.c. anche la Cassazione: Cass., 19 marzo 2004, n. 5561 e Cass., 2 ottobre 2007, n. 20699, entrambe in *Dejure online*.