

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2023

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, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
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 ABBA 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.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Rapporti di durata e poteri di controllo del creditore*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti: profili di analogia funzionale con gli artt. 1460 c.c. e 1186 c.c. – 3. Estensione dell'ambito di indagine: il potere di controllo nel codice civile. – 4. L'ammissibilità di un generale potere di controllo alla luce della Costituzione. – 5. Il potere di controllo del creditore in alcune recenti normative: la disciplina del pegno mobiliare non possessorio e quella dell'allerta esterna. – 6. Il potere di controllo come nuova garanzia: osservazioni critiche. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il tempo, quale fisiologica continuità di stati tesa ad incidere sulle vicende umane e naturali, evoca in sé la nozione di cambiamento. Tale concetto, lungi dall'essere neutro, assume significati positivi o negativi a seconda della sfera degli interessi sui quali impatta: il medesimo mutamento della realtà, infatti, potrebbe rivelarsi utile per un soggetto e deleterio per un altro.

Se ciò è vero in linea generale, lo è ancor di più con riferimento ai rapporti obbligatori, nei quali gli interessi delle parti vengono a coesistere per trovare un punto di equilibrio nel risultato cui le stesse aspirano. La funzionalizzazione del rapporto allo scopo fissato dai contraenti implica la valutazione tanto del rispettivo assetto iniziale di interessi, quanto di quello finale¹, sì che ogni variazione dello stesso – qual è quella imputabile al fisiologico trascorrere del tempo – può frustrarne l'originaria ragione giustificatrice e indurre le parti, là dove sia possibile, a ricercare un nuovo punto di equilibrio.

Il tempo è fonte di effetti (*i.e.* di movimenti² e, quindi, di sopravvenienze) che i titolari del rapporto, tramite la legge o gli atti dell'autonomia privata, devono fronteggiare.

* Il contributo è destinato al volume collettaneo AA.VV., *Tempo e giustizia*, a cura di R. Martino e F. Ricci, di prossima pubblicazione.

¹ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 10^a ed., Napoli, 2021, 72.

² Il riferimento è ad ARISTOTELE, *Fisica*, secondo il quale «il tempo è numero del movimento secondo il prima e il poi».

Pertanto, il problema che ci si intende porre in queste pagine è se il tempo, oltre ad essere la fonte del mutamento, possa – nell’ambito dei rapporti di durata e limitatamente alle finalità di tutela degli interessi sopra esposte – legittimare anche la nascita di poteri e, in particolare, di poteri di controllo del creditore sull’attività del debitore, qualora quest’ultima si riveli idonea a mettere in pericolo l’esecuzione della prestazione.

2. *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti: profili di analogia funzionale con gli artt. 1460 c.c. e 1186 c.c..*

Al fine di rispondere a tale quesito, appare opportuno avviare l’indagine dall’art. 1461 c.c., fulgido esempio della rilevanza giuridica del trinomio tempo-potere-giustizia nel nostro ordinamento. Da sempre oggetto di studio e di riflessione da parte di autorevole dottrina³, l’art. 1461 c.c. continua a mostrare profili

³ Si sono occupati approfonditamente del tema F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, V, parte 2, a cura di Roppo, Milano, 2006, 413-491; F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 89-109; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull’art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, 38-81; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, Milano, 1974; A. BOCCALATTE, *Osservazioni in tema di 1461 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 26-41; V. CALANDRA BUONAURO, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.* 1972, II, 565 ss.; B. CARBONI, *Sospensione dell’esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni, responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 827-876; U. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *La risoluzione*, Torino 2011, 255-261; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 556-571; G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 453 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell’esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 167 ss.; F. MACARIO, *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, 181-205; F. MASSONE, *Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, 40-45; A. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, 131-142; R. SACCO, *Le eccezioni dilatorie*, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, 3^a ed., in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 640 ss.; R. SACCO, *Obbligazioni e*

di attualità e di interesse. In particolare, la norma⁴ consente a ciascun contraente di sospendere l'esecuzione della prestazione quando le condizioni patrimoniali dell'altro siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia. Muovendo dal profilo funzionale, la disposizione mira a collocare

contratti, tomo II, parte X, in *Tratt. Rescigno*, 2^a ed., Torino, 1995, 620 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento, I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, 1481 ss.

⁴ L'art. 1461 c.c. non è una novità del codice del '42 ma rappresenta l'evoluzione, sul piano generale, del previgente art. 1469 comma 2 c.c. dettato in tema di vendita. Per un raffronto più evidente si riporta il testo originario della norma:

«Il venditore che non ha accordato la dilazione al pagamento, non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paga il prezzo.

Egli non è tenuto alla consegna della cosa, ancorché avesse accordata una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore cade in istato di fallimento o di non solvenza, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, salvo che il compratore dia cauzione di pagare nel termine pattuito». Nonostante l'art. 1469 del codice del 1865 fosse stato specificamente introdotto per i contratti di compravendita, la giurisprudenza lo aveva inteso come rimedio generale, a tal punto che il Legislatore del '42, recependo tale orientamento, collocò il nuovo art.1461 c.c. tra le norme tese a disciplinare i contratti in generale. Gli interpreti, infatti, muovevano dal presupposto che l'art. 1469, comma 2, perseguisse una funzione dilatoria, finalizzata alla conservazione del rapporto, così come dimostrato anche dalla possibilità di prestare idonea garanzia. Da tale premessa discendeva allora l'irragionevolezza del richiamo operato dalla norma allo stato di insolvenza o di fallimento che, per loro natura, postulano un'alterazione grave ed irreversibile delle condizioni patrimoniali del debitore. L'ambito di operatività della norma doveva, pertanto, ricercarsi in tutte quelle ipotesi di pericolo di inadempimento determinate da una oggettiva difficoltà patrimoniale dell'acquirente, ricavabile dalla valutazione di tutte le relazioni obbligatorie nelle quali fosse coinvolto e, segnatamente, dalla loro eventuale inattuazione. La rinnovata valutazione quantitativa del dissesto consentiva, quindi, di procedere ad una interpretazione antiletterale dell'art. 1469 c.c. e di addivenire all'attuale formulazione dell'art. 1461 c.c. Sul punto, per una approfondita disamina storica, si rinvia a F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 70 ss. nonché a L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 39 e V. CALANDRA BUONAURO, *op. cit.*, 564.

il rapporto in un temporaneo stato di quiescenza⁵, affinché gli effetti negativi del tempo⁶ sulla situazione patrimoniale del

⁵ La funzione di autotutela assolta dall'art. 1461 c.c. è pacificamente riconosciuta in dottrina. Sin dagli anni '70 L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 42, nota 10, osservava che ciò che viene in considerazione «è la facoltà (diritto potestativo) riconosciuta al creditore (proprio perché anche debitore) di provocare – attraverso un fatto tipicamente volitivo – la temporanea inesigibilità della propria prestazione, mediante l'esercizio di un potere capace di rendere inattuale, paralizzandola, l'altrui pretesa e di legittimare, *a priori*, il comportamento di sospensione dell'esecuzione della prestazione di costui». In termini ancora più stringenti si pone la prospettiva di V. CALANDRA BUONAURO, *op. cit.*, 565, secondo il quale l'art. 1461 c.c. ha natura cautelare e dà luogo «ad un vero e proprio sequestro a mani proprie d'autorità privata». In senso conforme ai citati orientamenti, si pongono A. RAVAZZONI, *op. cit.*, 138; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 91 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 424 ss. e B. CARBONI, *op. cit.*, 873.

⁶ In realtà, il problema del riflesso del tempo sulle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti è ben più ampio e merita qualche precisazione: si tratta, infatti, di verificare quale sia l'esatto momento entro il quale il mutamento in *peius* debba verificarsi ai fini dell'attivazione del rimedio di cui all'art. 1461 c.c. Si è detto (si rimanda alla nota 4), infatti, che il previgente art. 1469 c.c. ancorava espressamente il dissesto del compratore al momento successivo alla vendita, mentre l'art. 1461 c.c. tace sul punto, richiedendo solo che le condizioni patrimoniali «siano divenute tali» da porre in pericolo il conseguimento della controprestazione. Sul piano lessicale il «divenire» è concetto dinamico che evoca l'idea del movimento, sì che anche l'attuale formulazione dell'art. 1461 c.c. lascerebbe intendere che, nell'ambito dei rapporti di durata, il mutamento in *peius* debba essere successivo alla conclusione del contratto. In tal senso, R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, cit., 620 secondo il quale un'eventuale equiparazione dell'insolvenza originaria a quella sopravvenuta sarebbe «arbitraria». Tuttavia, oggi, l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza è di segno contrario: si ritiene, infatti, che l'eccezione di insicurezza possa essere invocata dal creditore anche quando il dissesto dell'altro contraente sia già presente al momento della conclusione del contratto, purché oggettivamente non conoscibile ovvero quando, pur essendo noto, abbia subito successivamente un ulteriore peggioramento tale da integrare gli estremi dell'art. 1461 c.c.

Viene, dunque, in rilievo il tempo in cui il mutamento in *peius* si è manifestato e non quello in cui si è realizzato, sì che laddove il creditore abbia volontariamente e consapevolmente concluso il contratto con un debitore, le cui precarie condizioni economiche fossero già note, la tutela dilatoria non potrà essere invocata. Così, L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 61 ss.; F. MACARIO, *Le modificazioni del rapporto del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Interesse e poteri di controllo nei*

rapporti di diritto civile, Napoli, 2006, 379, in particolare nota 26, nonché U. CARNEVALI, *op. cit.*, 257 ss., A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 100 ss. e F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 469 ss.

Ovviamente, l'ignoranza sulle condizioni patrimoniali dell'altro contraente non potrà che essere incolpevole, non potendo accordarsi tutela agli interessi di colui che, con la dovuta diligenza, avrebbe potuto addivenire alla conoscenza della reale situazione finanziaria dell'altra parte e, segnatamente, evitare l'operazione economica sfavorevole. Così, B. CARBONI, *op. cit.*, 872, secondo il quale l'eventuale dissesto preesistente e conoscibile non può essere eccepito ai fini della tutela offerta dall'art. 1461 c.c., in quanto, in violazione della regola *pacta sunt servanda*, verrebbe alterato il programma contrattuale tracciato dalle parti; nello stesso senso, L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 63; F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 224 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 100. *Contra*, COLONNA, nota a Cass., 4 agosto 1988, n. 4835, in *Nuova giur. comm.*, 1989, I, 345; nonché M. DELLACASA, *op. cit.*, 570-571, secondo i quali tale requisito non sarebbe richiesto dalla norma e finirebbe per gravare il contraente *in bonis* di un onere che, in tempi di contrattazione rapida, rischia di essere eccessivo.

A ben vedere, la correttezza dell'impostazione maggioritaria discende tanto dalla finalità perseguita dalla norma, quanto da possibili scenari di uniformazione internazionale. Sul primo versante, è stata giustamente valorizzata l'esigenza di tutelare la fiducia e l'affidamento di un contraente sulla capacità economica dell'altro, presupposto indispensabile ai fini dell'attribuzione di uno sfasamento temporale per l'esecuzione delle prestazioni, implicito nell'art. 1461 c.c. Da tale premessa, infatti, risulta evidente che l'affidamento verrebbe frustrato non solo a causa di un dissesto sopravvenuto ma anche in forza di uno preesistente, seppur ignorato senza colpa dal contraente chiamato ad eseguire la prestazione per primo. In tal senso, V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 573.

Quanto al secondo versante, si dà atto che gli sviluppi del sistema civilistico, attraverso l'incremento delle sue fonti di produzione anche sovranazionali, consente di rinvenire addentellati normativi connotati da potenzialità di elevata astrazione disciplinare: questo è il caso dell'art. 71 della Convenzione di Vienna del 1980 (testualmente, «una parte può differire l'adempimento dei suoi obblighi ove sia manifesto, dopo la conclusione del contratto, che l'altra parte non adempirà ad una parte essenziale dei suoi obblighi a causa: a) di una grave insufficienza della capacità di adempimento di detta parte o della sua solvibilità; b) del modo con cui si prepara a dare esecuzione o esegue il contratto. 2. Se il venditore ha già spedito le merci quando si manifestano le ragioni previste al paragrafo precedente, può opporsi a che le merci siano consegnate all'acquirente, anche se questi è in possesso di un documento che gli dà diritto ad ottenerle. Il presente paragrafo riguarda solo i diritti rispettivi del venditore e dell'acquirente sulle merci. 3. La parte che

differisce l'esecuzione, prima o dopo la spedizione delle merci, deve immediatamente inviare una notifica in tal senso all'altra parte, e deve procedere all'esecuzione se l'altra parte dà assicurazioni sufficienti per un buon adempimento dei suoi obblighi»). A ben vedere, l'art. 71 CISG presenta molti punti di contatto con l'art. 1461 c.c. e la maggiore ampiezza delle situazioni fattuali che lo stesso assume in oggetto ha portato una parte della dottrina ad auspicare un'integrazione della prima norma in favore della seconda (in senso favorevole, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 925; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 102 e un accenno all'insufficienza dell'art. 1461 c.c. era già stato effettuato da A. BOCCALATTE, *op. cit.*, 31, nota 15. È evidente, infatti, il tenore letterale della disposizione che discorre espressamente di «manifestazione» e non di mutamento, lasciando così intendere che ciò che rileva è il momento della conoscenza del dissesto (ovvero delle modalità di attuazione della prestazione) e non il tempo in cui lo stesso si è realizzato. Il riferimento al «mutamento» operato dall'art. 1461 c.c. è, infatti, singolare, posto che la precisazione poteva avere un senso solo quando la norma – nella sua formulazione originaria del 1865 – recava espressamente l'indicazione temporale del momento in cui la disfunzione patrimoniale doveva verificarsi («dopo la vendita», così art. 1469 c.c. del 1865). Venuto meno il parametro cronologico, la nozione di «mutamento» sarebbe dovuta cadere con esso, lasciando il posto a quella di «manifestazione», così come dimostrato dalle pronunce della giurisprudenza italiana nonché dall'art. 71 CISG. Il passaggio dal mutamento ontologico a quello gnoseologico, tuttavia, non è l'unico vento di novità che spira dalla norma sovranazionale: invero, il comma 2 ricollega l'esercizio della tutela dilatoria alla constatazione dell'oggettiva alterazione della realizzabilità della prestazione, indipendentemente dal fatto che quest'ultima risulti o meno esigibile al momento della sospensione dell'esecuzione. L'assenza di riferimenti temporali nell'art. 71 CISG, quindi, induce a ritenerlo applicabile anche a quelle ipotesi in cui le prestazioni debbano eseguirsi contestualmente, offrendo così una nuova formulazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*. È dunque possibile ravvisare il punto di congiunzione tra le due norme nel comune rilievo attribuito a circostanze che, pur non costituendo inadempimento, secondo l'*id quod plerumque accidit*, suscitano il timore di non conseguire la controprestazione, sì da richiedere un nesso di causalità tra il pericolo e le situazioni fattuali in grado di innalzarne oggettivamente la misura, superando gli ambigui confini del mero timore soggettivo.

Tuttavia, la norma sovranazionale se può influenzare l'interpretazione di quella interna non può sostituirsi ad essa: da un lato, infatti, l'art. 71 CISG richiama la nozione di insolvibilità (non contenuta nell'art. 1461 c.c.) e l'insufficienza della capacità di adempiere, desumibile anche (ma non solo) dalla consistenza patrimoniale del debitore, con la conseguenza che il mutamento *in peius* è solo una delle possibili cause di essa; dall'altro, ricollega la tutela anche al contraente che abbia il timore oggettivo di non conseguire la

debitore non alterino l'equilibrio del sinallagma e, segnatamente, non rischino di frustrare le ragioni creditorie (*rectius*, del contraente *in bonis*).

L'art. 1461 c.c., quindi, assume ad oggetto un effetto qualificato del tempo (ossia la sua incidenza negativa sulle condizioni patrimoniali dell'altro contraente) attribuendo, dapprima, un potere di controllo alla parte *in bonis* e, in caso di esito negativo, il diritto potestativo di sospendere l'esecuzione della prestazione, alterandone così l'originario ordine⁷ (c.d. autotutela). Il potere di controllo, attraverso una sequenza

controprestazione in vista delle modalità con le quali l'altra parte prepari all'adempimento, così sovrapponendo il proprio ambito applicativo a quell'ipotesi che nel nostro ordinamento è già regolata dall'art. 1460 c.c.

Pertanto, limitatamente ai profili di contiguità tra l'art. 1461 c.c. e l'art. 71 CISG si può ritenere che la prima costituisca il precursore della seconda. Per una disamina più analitica della questione, si rinvia a F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 121-178 e 258-265.

⁷ L'art. 1461 c.c. trova il suo campo di operatività in quei rapporti sinallagmatici caratterizzati da uno sfasamento temporale, in forza del quale il contraente *in bonis* è chiamato ad adempiere per primo rispetto all'altro. Se così non fosse e l'esecuzione delle prestazioni fosse sincronica, l'eccezione di insicurezza non avrebbe ragion d'essere e lascerebbe il posto a quella di inadempimento regolata dall'art. 1460 c.c., che espressamente disciplina i casi di adempimento contestuale; d'altronde non va trascurato che solo un'esecuzione diacronica della prestazione può far sorgere il pericolo di eseguire l'attribuzione patrimoniale senza che ne venga conseguito il corrispettivo, con la conseguenza di legittimare una tutela sospensiva. Quest'ultima quindi è volta, non solo alla conservazione dell'equilibrio del rapporto contrattuale, ma anche alla paralisi degli effetti della mora che, in assenza dell'art. 1461 c.c., discenderebbero in capo al creditore eccezionale per la mancata (ovvero ritardata) esecuzione della prestazione. Tale orientamento è condiviso da A. BOCCALATTE, *op. cit.*, 31 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 96; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 65 ss.; U. CARNEVALI, *op. cit.*, 258, nonché da F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 104 ss. Non sembra cogliere nel segno, invece, la tesi di G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile* redatto a cura di magistrati e docenti, IV, 2^a ed., Torino, 1980, 571, secondo il quale l'eccezione di insicurezza potrebbe essere utilizzata anche nel caso di esecuzione contestuale delle prestazioni, quando una delle parti abbia fondate ragioni di diffidare dell'altrui adempimento, anche tardivo. Infatti, come si è detto, in questa ipotesi il rimedio accordato al contraente *in bonis* è quello di cui all'art. 1460 c.c.

progressiva di effetti, risulta strumentale alla realizzazione e alla tutela dell'interesse finale: infatti, mentre in una prima fase esso produce l'effetto diretto di verificare i presupposti per l'attivazione del rimedio in autotutela; in quella subito susseguente, produce l'effetto mediato di conservare il rapporto e, con esso, la concreta possibilità di ottenere il risultato al quale l'operazione economica era stata finalizzata.

L'incisivo impatto – nei termini sopra esposti, di temporanea paralisi dell'altrui pretesa e di alterazione dell'ordine di esecuzione del rapporto – provocato dall'esercizio della tutela accordata dall'art. 1461 c.c. spiega perché, oltre al mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali, sia necessario anche un nesso teleologico che connetta il primo all'«evidente pericolo di conseguimento della controprestazione».

La modifica unilaterale delle sorti del sinallagma, in spregio alla regola *pacta sunt servanda* e all'intangibilità dell'altrui sfera giuridica, necessita infatti di un'adeguata causa giustificatrice, tale da rendere gli interessi del creditore (contestualmente debitore) non solo meritevoli ma anche bisognevoli di tutela: se non vi è dubbio, infatti, che una alterazione della situazione patrimoniale dell'altro contraente possa generare insicurezze sulla stabilità dell'affare, è altrettanto vero che tale situazione di incertezza non è di per sé idonea a porre il rapporto obbligatorio in stato di quiescenza. Il rimedio sarebbe evidentemente sproporzionato.

Questa è la ragione per la quale il legislatore àncora la tutela sospensiva ad un dato oggettivo, qual è il nesso di causalità che lega il dissesto patrimoniale all'evidente pericolo di non conseguire la controprestazione: vi è, quindi, l'obiettivazione di quei fattori che, lungi dal dimorare nell'animo del creditore, trovano riscontro empirico nella realtà, legittimando l'operatività di un rimedio unilaterale, che reagisce ad un vizio funzionale e sopravvenuto del rapporto, conservandone il suo equilibrio.

Resta, tuttavia, da chiedersi che cosa debba intendersi per «evidente pericolo» di conseguire la controprestazione: la

vaghezza della formula ha portato gli interpreti⁸ ad elaborare una definizione per *relationem*, muovendo dal rapporto tra l'art. 1460 c.c. e l'art. 1461 c.c. Entrambi i rimedi, invero, sono preposti alla conservazione del rapporto⁹ ma rispondono a presupposti diversi: l'inadempimento (art. 1460 c.c.) ed il mero pericolo di esso (art. 1461 c.c.). Ciò spiega perché, mentre l'art. 1460 c.c. postula un ordine sincronico di esecuzione delle prestazioni, l'art. 1461 c.c. trova il suo campo elettivo in tutti quei rapporti che presentino uno sfasamento temporale nell'esecuzione delle attribuzioni patrimoniali. Logica conseguenza di tale premessa è che solo nell'ultimo caso sarà possibile prestare un'idonea garanzia, posto che nella prima ipotesi la sicurezza dell'altrui adempimento sarà conferita dall'esecuzione contestuale della prestazione¹⁰.

Il raffronto con l'art. 1460 c.c. consente, quindi, di configurare l'«evidente pericolo» di cui all'art. 1461 c.c. come una situazione connotata da elementi di gravità tali da mettere a rischio il buon esito dell'operazione economica compiuta dalle parti, senza tuttavia comprometterla in modo assoluto ed irreversibile¹¹. Pertanto, il connotato di «evidenza» del pericolo, lungi dal concretarsi in una valutazione probabilistica compiuta soggettivamente dal contraente *in bonis*, si atteggia a verifica successiva circa la liceità della sospensione, incentrata su un giudizio prognostico che prende le mosse da indici oggettivi, quali l'attualità, la consistenza e la sopravvenienza (anche in

⁸ Il riferimento è, tra gli altri, a F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 89; U. CARNEVALI, *op. cit.*, 256; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 103; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 48 ss.; F. MACARIO, *op. cit.*, 368.

⁹ In particolare, essi scongiurano il rischio che l'interesse del creditore non venga soddisfatto o venga comunque esposto a tale pericolo: il rifiuto di eseguire la prestazione e la sospensione della stessa, quindi, pur originando da fatti diversi mirano allo stesso risultato manutentivo.

¹⁰ È stato correttamente osservato da V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 588 che, mentre la sospensione di cui all'art. 1461 c.c. «ha prevalentemente una funzione di garanzia, l'eccezione di inadempimento serve ad esercitare una coazione psicologica all'adempimento».

¹¹ Se così non fosse, il rimedio produrrebbe effetti caducatori e non conservativi né consentirebbe al contraente dissestato di apprestare un'idonea garanzia.

punto di mera conoscenza¹²) del mutamento in *peius* delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente¹³.

Come il pericolo di inadempimento deve ritenersi concetto prodromico e distinto dall'inadempimento, così il mutamento negativo delle condizioni patrimoniali del debitore (a sua volta creditore) deve prendere le distanze dal concetto di insolvenza¹⁴: ciò, infatti, vale a tracciare l'ulteriore distinzione tra il rimedio offerto dall'art. 1461 c.c. e quello proposto dall'art. 1186 c.c.

Al fine di delimitare l'esatto perimetro di operatività delle due norme, occorre ancora una volta muovere dal rispettivo profilo funzionale: si è già detto che la tutela offerta dall'art. 1461 c.c. persegue una finalità cautelare, diretta cioè alla conservazione del rapporto in vista della soddisfazione degli interessi in esso dedotti; lo stesso scopo non è ascrivibile al rimedio posto dall'art. 1186 c.c. il quale, ricollegando la decadenza dal beneficio del termine allo stato di insolvenza patito dal debitore, mira a

¹² Si rimanda alla nota 6.

¹³ La dottrina è unanime sul punto, ritenendo irrilevante il mero pericolo soggettivo di non conseguire la prestazione. In tal caso, infatti, si altererebbe unilateralmente l'equilibrio del rapporto, attribuendo al contraente eccezionale un potere irragionevole e sproporzionato rispetto alla tutela dei propri interessi. Sul punto, si rinvia a L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 48 ss.; F. MACARIO, *op. cit.*, 368; A. BOCCALATTE, *op. cit.*, 30.

¹⁴ In realtà, come si è visto nella nota 4, l'art. 1469, comma 2 del codice civile del 1865 assumeva a presupposto di operatività proprio lo stato di fallimento e l'insolvenza, lasciando così presagire una irreversibilità del dissesto patito dal debitore. Tali premesse avrebbero, quindi, dovuto condurre alla caducazione del rapporto contrattuale, in spregio alla funzione dilatoria perseguita dalla norma. Quest'ultima, infatti, postula una situazione di difficoltà superabile, così come dimostrato anche dalla possibilità per il debitore di prestare garanzia: ciò ha portato la giurisprudenza, in sede interpretativa, ad allargare le maglie dell'art. 1469, comma 2 sino ad applicarlo a tutte quelle ipotesi di pericolo di inadempimento determinate da una difficoltà patrimoniale dell'acquirente, ricavabile dalla valutazione di tutte le relazioni obbligatorie che lo vedevano coinvolto e, segnatamente, dalla loro eventuale inattuazione dalla quale dedurre una difficoltà di pagare regolarmente.

La funzione perseguita dall'art. 1469 c.c. porta, quindi, ad una interpretazione antiletterale della norma e gioca un ruolo fondamentale per la formulazione del successivo art. 1461 c.c.

soddisfare direttamente le ragioni creditorie attraverso l'immediata esigibilità della prestazione.

Alla diversità funzionale si accompagna, quindi, quella effettuale: se l'art. 1461 c.c. mantiene in vita il sinallagma, pur paralizzandolo temporaneamente (c.d. effetto sospensivo del termine); l'art. 1186 c.c. priva il rapporto della sua dimensione temporale, rendendo attuale ed immediata la sua esecuzione¹⁵ (c.d. effetto estintivo del termine): ciò spiega perché solo nel primo caso il debitore possa prestare idonea garanzia.

Le divergenze funzionali ed effettuali delle due norme dimostrano l'ontologica differenza dei relativi presupposti applicativi, sì che «insolvenza» e «mutamento *in peius*» non possono essere concetti coincidenti¹⁶. Sarebbe, infatti, illogico che il medesimo fenomeno patrimoniale generasse due fattispecie normative che si muovono in direzioni tra loro opposte: pertanto, deve concludersi che il mutamento *in peius* abbia una gravità minore rispetto allo stato di insolvenza¹⁷ e che il codice abbia

¹⁵ Ciò significa che, dopo essersi avvalso dell'art. 1186 c.c., il creditore potrà ottenere l'adempimento o, in mancanza, fruire dei rimedi caducatori.

¹⁶ Di diverso avviso M. BOCCHIOLA, *La nozione di insolvenza nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 205, secondo il quale l'identità di concetti discenderebbe dal fatto che entrambe le norme legittimano il creditore a non fare più affidamento sulla controparte. La diversità di disciplina, in questa prospettiva, sarebbe giustificata dal fatto che mentre nell'ipotesi regolata dall'art. 1186 c.c. un contraente ha già adempiuto, in quella delineata dall'art. 1461 c.c. entrambi i contraenti non hanno ancora eseguito le rispettive prestazioni. In senso conforme, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 129, il quale afferma che, tanto nel caso disciplinato dall'art. 1186 c.c., quanto in quello regolato dall'art. 1461 c.c. vi sarebbe una lesione della garanzia patrimoniale tale da rendere il debitore non più meritevole della fiducia accordata dal creditore attraverso la concessione della dilazione.

¹⁷ Sul punto, appare condivisibile la prospettiva di A. RAVAZZONI, *op. cit.*, 132 ss., secondo il quale «l'insolvenza è (...) l'impotenza del debitore a soddisfare le proprie obbligazioni alle singole scadenze e con i normali mezzi tratti dall'esercizio delle proprie attività (...). Il fatto che il debitore non sia in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, pone in essere una situazione nella quale il creditore viene ad avere, ben oltre l'«evidente pericolo», la quasi certezza di non conseguire la controprestazione (...). L'evidente pericolo si verifica quando il patrimonio del debitore si trova in una situazione di difficoltà e di marasma ma, a rigore, non si può dire che il debitore

voluto predisporre rimedi gradualmente, speculari all'intensità del dissesto che colpisce la sfera patrimoniale del debitore.

Se si è già evidenziato che nell'art. 1461 c.c. il presupposto temporale assume rilievo giuridico al fine di attribuire al creditore un potere di controllo, strumentale all'attivazione del rimedio in autotutela e, conseguentemente, alla soddisfazione degli interessi dedotti in rapporto, il parallelismo con gli art. 1460 c.c. e 1186 c.c. potrebbe apparire un fuor d'opera. Pertanto, un'analisi più accurata delle logiche sottese all'eccezione suddetta varrà a chiarirne il legame.

La tutela apprestata dall'art. 1461 c.c. muove dal presupposto che il tempo necessario all'esecuzione del rapporto obbligatorio possa alterare le condizioni patrimoniali dei contraenti e, con esse, la garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.)¹⁸. La strumentalità di quest'ultima all'attuazione della pretesa creditoria, fa sì che il creditore vanti un interesse (ancillare) alla sua conservazione, con la conseguenza che un'eventuale alterazione peggiorativa, oltre ad incidere sulla capacità di esecuzione della prestazione principale, frustra anche la prestazione succedanea all'inadempimento (*i.e.* l'espropriazione forzata sui beni del debitore), così amplificando quel senso di ingiustizia patito dal soggetto attivo per la mancata tutela (diretta ed indiretta) dei propri interessi. Ciò spiega perché il mutamento *in peius* debba essere legato a doppio filo al pericolo evidente di compromissione della garanzia patrimoniale generica: solo quest'ultimo, infatti, legittima una tutela preventiva del credito attraverso il ricorso al rimedio sospensivo.

In questa prospettiva, il pericolo al quale fa riferimento l'art. 1461 c.c. non è dissimile dall'*eventus damni* richiesto per gli altri rimedi conservativi (quali sono l'azione revocatoria, quella

sia in condizione di impotenza rispetto all'adempimento delle proprie obbligazioni; anzi con una condotta avveduta e prudente e, non senza qualche sforzo, egli può essere ancora in grado di adempiere (...). Nel caso di insolvenza, invece, l'adempimento delle obbligazioni può essere concepito come fatto straordinario, dovuto a circostanze eccezionali». In senso conforme, tra gli altri, A. BOCCALATTE, *op. cit.*, 27 ss.; U. CARNEVALI, *op. cit.*, 256; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 93.

¹⁸Si rimanda a B. CARBONI, *op. cit.*, 861.

surrogatoria e il sequestro conservativo), dei quali il primo condivide la funzione¹⁹.

Tali considerazioni valgono a concludere che la tutela di cui all'art. 1461 c.c. poggia sullo schema tempo-potere di controllo-justizia (intesa in termini di autotutela), posto che lo sfasamento temporale sotteso all'eccezione di insicurezza legittima la nascita di poteri di controllo²⁰ in capo al creditore, i quali sono a loro volta strumentali alla soddisfazione dei relativi interessi finali e, quindi, all'attivazione di un meccanismo di giustizia privata che, nel caso specifico dell'art. 1461 c.c., assume le vesti della sospensione della controprestazione.

Analogo ragionamento può essere condotto per la tutela apprestata dall'art. 1186 c.c.

Anche in questo caso, si è al cospetto di un rapporto obbligatorio soggetto all'incidenza del tempo: infatti, l'ordine diacronico di esecuzione delle prestazioni discende dalla concessione di un termine a favore del debitore. Al pari di quanto accade nell'ipotesi precedente, poi, il fisiologico incedere del tempo impatta sulle condizioni patrimoniali del debitore, mutandole con una variante di intensità tale da integrare il più grave stato di «insolvenza»²¹. Fino al momento di esecuzione della prestazione, quindi, sorgono poteri di controllo in capo al creditore²², tesi a monitorare l'altrui garanzia patrimoniale nonché la correlata capacità di adempimento. La sopravvenuta

¹⁹ Si veda, in particolare, L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, *op. cit.*, 50 ss., nonché F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.*, 84 ss.

²⁰ In particolare, secondo M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, 49, il potere di controllo in questi casi diventa manifestazione del credito.

²¹ I rimedi predisposti dagli artt. 1461 c.c. e 1186 c.c. vanno concepiti in rapporto di alterità: entrambi muovono dal mutamento in *peius* delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti ma differiscono a seconda della gravità dello stesso. Quindi, nel caso in cui si verifichi una vera e propria insolvenza del debitore, opererà l'art. 1186 c.c.; diversamente, l'art. 1461 c.c.

²² Così espressamente L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 202 ss. Sul punto, M. IMBRENDA, *op. cit.*, 267 osserva che «l'interferenza creditoria investe il rapporto sin dal suo costituirsi, dal momento che i rimedi attinenti all'attuazione del medesimo danno luogo ad una unilaterale modificazione dell'altrui sfera giuridica».

insolvenza, manifestando l'oggettiva inadeguatezza della garanzia patrimoniale del debitore²³, legittima il creditore ad esigere immediatamente la prestazione dovuta, sì da tutelare direttamente la soddisfazione dei propri interessi.

L'art. 1186 c.c. si muove, pertanto, lungo la stessa direttrice dell'art. 1461 c.c., secondo lo schema tempo -potere di controllo-autotutela, che in questo caso si atteggia, in generale, come modificazione unilaterale del rapporto e, in particolare, come estinzione del beneficio del termine, con conseguente immediata esigibilità dell'attribuzione patrimoniale.

In termini non dissimili, è possibile analizzare anche l'art. 1460 c.c.: in questo caso il tempo, più che essere ontologicamente correlato alla natura del rapporto obbligatorio, attiene al comportamento del debitore (a sua volta creditore) che non ha eseguito la propria prestazione ovvero non ha offerto di adempiere contestualmente.

Il contegno inerte tenuto dalla controparte, dunque, fa sorgere un potere di controllo del creditore (a sua volta debitore) strumentale alla soddisfazione dei propri interessi: infatti, là dove il debitore, pur essendovi tenuto, non offra o non esegua la prestazione, il creditore potrà agire in autotutela²⁴, rifiutando l'adempimento. Lo strumento di giustizia privata offerto dall'art. 1460 c.c. persegue, così, una duplice funzione: da un lato, garantisce la tutela preventiva del credito, conservando il rapporto in vista della sua corretta attuazione; dall'altro, assurge a strumento di coazione indiretta all'adempimento, di modo che sia assicurata la realizzazione dell'interesse finale.

In conclusione i tre rimedi analizzati, fondati sullo schema tempo-potere di controllo-justizia, offrono soluzioni differenziate e graduate in modo direttamente proporzionale al rischio dell'inadempimento e, conseguentemente, al pericolo di vedere frustrate le ragioni che il rapporto obbligatorio mirava a soddisfare.

²³ Approfonditamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 57-58.

²⁴ L. BARBIERA, *op. cit.*, 220, discorre efficacemente di una «sorta di ritenzione della controprestazione».

3. Estensione dell'ambito di indagine: il potere di controllo nel codice civile.

Il nesso di necessaria interdipendenza tra tempo e controllo, funzionalizzato alla conservazione dell'altrui garanzia patrimoniale, reca con sé il quesito relativo alla sua portata: si tratta, infatti, di comprendere se lo schema sotteso all'art. 1461 c.c. (e, in particolare, il potere di controllo riconosciuto in capo al creditore) sia riconducibile, nell'ambito dei rapporti di durata, ad una regola generale ovvero sia destinato a rimanere confinato nelle fattispecie per le quali è espressamente previsto.

La risposta a tale quesito impone di allargare i confini della riflessione a tutte quelle disposizioni codicistiche nelle quali viene attribuito rilievo al tempo e, segnatamente, ai suoi effetti sulle condizioni patrimoniali del debitore. Prescindendo dalla disciplina della fideiussione²⁵ (art. 1956 c.c.), ove l'effetto estintivo dell'obbligazione di garanzia si ricollega ad un meccanismo sanzionatorio²⁶, l'indagine deve muovere dalla disciplina della promessa di mutuo, del mandato di credito e dell'affitto.

In particolare, l'art. 1822 c.c. consente al promittente di rifiutare l'adempimento «se le condizioni dell'altro contraente

²⁵ In realtà, anche l'art. 1956 c.c. presenta punti di contatto con l'art. 1461 c.c.: il presupposto di operatività di entrambe le norme è la *mutatio in deterius* delle condizioni patrimoniali del debitore, tuttavia esse differiscono per funzione e, quindi, per effetti. Invero, se l'art. 1461 c.c., come si è detto, assolve una funzione cautelare e conservativa del rapporto, l'art. 1956 c.c. mira a tutelare il fideiussore dalla condotta abusiva tenuta dal creditore. Ciò spiega perché l'effetto discendente dal rimedio apprestato in tema di fideiussione sia estintivo e non meramente sospensivo. Per converso, vi è chi ritiene (F. MACARIO, *op. cit.*, 375-376, riprendendo il pensiero di M. FRAGALI, voce «Fideiussione», in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, 477) che il rimedio di cui all'art. 1956 c.c. sia coerente con il principio generale contenuto nell'art. 1461 c.c., per cui anche in questo caso il mutamento *in peius* dovrebbe intervenire dopo che sia prestata la garanzia personale, sì che un dissesto anteriore non varrebbe a liberare il fideiussore, salvo che non sia da questi stato ignorato senza colpa.

²⁶ Per aver il creditore violato il principio di buona fede, concedendo – senza l'autorizzazione del fideiussore – ulteriore credito al debitore le cui condizioni patrimoniali siano divenute tali da rendere più difficile il soddisfacimento del credito.

siano divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli siano offerte idonee garanzie». In questo caso i punti di affinità con l'art. 1461 c.c. risultano evidenti: invero, il tempo corrente tra la promessa e l'effettiva dazione della somma fa sorgere un potere di controllo del promittente in ordine alla situazione patrimoniale (*i.e.* alla garanzia patrimoniale) del debitore. L'eventuale verifica di un'alterazione peggiorativa della stessa (tale, questa volta, da rendere solo più difficile il conseguimento della prestazione) legittima l'attivazione del rimedio in autotutela²⁷, inteso come rifiuto dell'adempimento: lo schema, pertanto, ritorna ad essere quello sotteso al rimedio di cui all'art. 1461 c.c. secondo l'ordine tempo – potere di controllo – giustizia.

In tal caso, infatti, il creditore si protegge da una riduzione dell'altrui garanzia patrimoniale²⁸ che potrebbe, al termine del rapporto, frustrare i propri interessi: ciò spiega perché il rifiuto, strumentale alla tutela del credito, possa essere paralizzato dalla prestazione di idonea garanzia, unico strumento in grado di ripristinare la fiducia del promittente nella capacità di adempimento del debitore.

Conclusioni speculari possono essere raggiunte anche per l'art. 1959 c.c. (mandato di credito) che consente al mandatario di non eseguire l'incarico qualora, dopo il suo conferimento, «le condizioni patrimoniali del mandante o del terzo siano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito»; nonché per l'art. 1626 c.c. che prevede lo scioglimento del contratto di affitto in caso di insolvenza dell'affittuario, salvo che sia prestata idonea garanzia.

²⁷ Condivisibile è la prospettiva di F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 467, nota 139, secondo il quale si è al cospetto di un mezzo di tutela preventiva del credito, ispirato al rimedio generale previsto dall'art. 1461 c.c. ma differente per oggetto (si garantisce la restituzione della somma e non una controprestazione) e per funzione (liberatoria e non meramente sospensiva).

²⁸ Si rimanda a L. BARBIERA, *op. cit.*, 214. Sul punto, F. MACARIO, *op. cit.*, 374, nota 21, precisa che il mutamento rileva anche quando ad essere cambiata sia la composizione (e non la consistenza) del patrimonio del debitore (es. inizio di un'attività rischiosa).

Nonostante i differenti àmbiti di applicazione e le diverse varianti di gravità in cui si estrinseca la *mutatio in deterius*, le due norme presentano il comune rilievo del tempo che pervade l'intero rapporto giuridico, mettendone a repentaglio la funzione. Il potere di controllo mira, allora, a contenerne i rischi e a ristabilire l'equilibrio dell'originario assetto di interessi predisposto dalle parti: in quest'ottica, il tempo diviene, in uno, presupposto per la nascita del potere di controllo e oggetto dello stesso.

L'eterogeneità delle norme esaminate non osta all'individuazione di una direttiva comune ravvisabile nella tendenza dell'ordinamento ad apprestare strumenti di tutela alla garanzia patrimoniale, qualora quest'ultima possa essere compromessa dal tempo²⁹. Invero, la consapevolezza che la fiducia del creditore nell'altrui solidità patrimoniale possa essere svilita da un'esecuzione diacronica del programma negoziale e, segnatamente, ridursi fino al punto da metterne a repentaglio la stessa esistenza, porta il sistema a riconoscere una serie di rimedi tesi a riequilibrare (e, quindi, a conservare) l'originario assetto di interessi.

Le norme richiamate, dunque, attribuiscono al creditore una vasta gamma di poteri (nei quali si inserisce anche quello di controllo) destinati ad interferire nella sfera giuridica del debitore, al fine di neutralizzare (*ex ante*) o di rimuovere (*ex post*) gli effetti di quei comportamenti che riducano o pregiudichino la garanzia patrimoniale. Sebbene a questo potere corrisponda una posizione di soggezione, esso assume comunque una dimensione collaborativa³⁰ in quanto, riequilibrando il rapporto sbilanciato

²⁹ Il riferimento è a F. MACARIO, *op. cit.*, 375; nonché a F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 468.

³⁰ Sul punto, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 93 ss., il quale osserva che «il potere di controllo concerne tutte le situazioni soggettive nelle quali l'interesse del creditore dipende dalla cooperazione altrui (...), anche in mancanza di una norma che lo ammetta espressamente». Il pensiero viene ulteriormente sviluppato da M. IMBRENDA, *op. cit.*, 45 e 50, secondo la quale il controllo può operare come esercizio dell'autonomia privata quando sia strumentale alla realizzazione degli interessi consacrati nel rapporto obbligatorio. Non aderisce a tale impostazione, A. GENTILI, *op. cit.*, 14 ss., secondo il quale un generalizzato potere di controllo in capo al creditore stride

per effetto del tempo, mira ad assicurare la soddisfazione degli interessi in esso dedotti: pertanto, il controllo diviene condizione «necessaria per rendere efficienti gli istituti legali di garanzia a favore del creditore³¹».

4. *L'ammissibilità di un generale potere di controllo alla luce della Costituzione.*

La funzionalizzazione del controllo alla realizzazione del risultato concordato, quale filo invisibile che collega tutte le disposizioni analizzate, consente secondo autorevole dottrina³² di prospettare l'apertura verso un potere generalizzato, che trova il suo fondamento nella rinnovata lettura dei rapporti obbligatori alla luce della Costituzione: infatti, l'art. 2 Cost. e, in particolare, il principio di solidarietà conformano la funzione di ogni situazione soggettiva in chiave sociale³³, sì da influenzare anche i rapporti patrimoniali. Si passa così da una prospettiva conflittuale, che vede ciascuna parte portatrice solo dei propri interessi, ad una prospettiva collaborativa³⁴, nella quale gli interessi delle parti dialogano verso la realizzazione di un risultato comune, qual è l'attuazione del programma negoziale³⁵.

In quest'ottica, quindi, il potere di controllo, che nasce nell'ambito dei rapporti di durata e legittima l'intromissione

con l'intangibilità della sfera giuridica altrui. I casi in cui l'ordinamento riconosce tale potere devono, pertanto, considerarsi come «eccezioni» e non come applicazioni di una regola: infatti, «il diritto soggettivo attribuisce al titolare solo i poteri che trovano fondamento nella regola che lo governa o nel titolo che lo attribuisce». I poteri quindi, salvo che non trovino la propria fonte nella legge o in un atto dell'autonomia privata, devono considerarsi tipici, sì da non ammettere espansioni o abusi in vista della tutela dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

³¹ Letteralmente, L. BARBIERA, *op. cit.*, 195.

³² La tesi in esame è sostenuta da P. PERLINGIERI in *Manuale di diritto civile*, cit., 86 nonché in *Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2017, 204 ss. Nello stesso senso, M. IMBRENDA, *op. cit.*, 40 ss.

³³ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 86.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3^a ed., Napoli, 2006, 268 ss.

³⁵ Questa è la prospettiva accolta da M. IMBRENDA, *op. cit.*, 272.

nell'altrui sfera giuridica (al fine di attivare strumenti di autotutela ancillari alla conservazione della garanzia patrimoniale del debitore), diviene coessenziale³⁶ alla pretesa del creditore, a prescindere dalla natura del rapporto: il diritto di credito, dunque, realizza una situazione giuridica complessa nella quale convivono tutti i poteri necessari alla sua realizzazione³⁷.

Invero, la compiuta analisi normativa disvela un certo *favor* per il rafforzamento della relazione obbligatoria, destinato a realizzarsi attraverso l'attribuzione in capo alle parti di un generalizzato potere di controllo, che consenta loro di acquisire informazioni in ordine alla condizione attuale del rapporto e, per l'effetto, di comprendere se le prescelte modalità di attuazione dello stesso risultino o meno ancora idonee al perseguimento del risultato comune³⁸.

³⁶ Per una disamina più approfondita, si rinvia a M. PENNASILICO, *op. cit.*, 172 ss.

³⁷ Il rapporto tra privati, in questi termini, si avvicina a quello tra P.A. e cittadino: infatti, come il cittadino vanta interessi partecipativi e procedimentali, strumentali all'ottenimento del bene della vita agognato (interesse legittimo finale), così il creditore è titolare di un potere di controllo teso alla realizzazione del diritto di credito. Tuttavia, se nel diritto pubblico è ormai pacifico che gli interessi procedimentali non figurino come autonome situazioni soggettive, sì che la rispettiva lesione è giudizialmente tutelabile solo congiuntamente a quella arrecata all'interesse legittimo (interesse finale), nei rapporti tra privati non è chiaro se la lesione del potere di controllo possa ricevere il medesimo trattamento.

³⁸ Va, tuttavia, precisato che il potere di controllo, sebbene coessenziale alla pretesa creditoria, non sempre risulta in grado di soddisfarla. Sul punto, R. DI RAIMO, *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 25, 326 ss., dimostra come il potere di controllo risulti fallibile al cospetto di tutte quelle vicende che realizzano una commistione tra «regole di rapporti e regole di attività». L'a. riporta, a titolo esemplificativo, il caso in cui il debitore sia una grande impresa ovvero un intermediario finanziario: nella prima ipotesi, invero, il creditore non può «valutare il rischio di credito sulla base dello stato patrimoniale del debitore osservato staticamente. L'entità del rischio dipende infatti dalle sue variazioni quale risultato dell'attività. (...) Fintanto che non si arrivi ad ipotesi di crisi di impresa la semplice diminuzione del patrimonio in corso di attività non è segnale certo di pericolo per il creditore». D'altronde, il potere di controllo si rivela incompatibile anche con le esigenze di riservatezza dell'attività di impresa, sì che il piccolo risparmiatore è posto nell'impossibilità di attuare verifiche sull'attività

Il potere di controllo assurge, in questi termini, non solo a strumento di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore ma anche a mezzo di verifica della corretta esecuzione del rapporto³⁹. Emblematici, a riguardo, sono gli esempi forniti dalle norme in tema di appalto (art. 1662 c.c.) e di contratto d'opera (art. 2224 c.c.): esse, infatti, consentono al committente di verificare la conformità dell'esecuzione dell'opera alle condizioni contrattuali, sì che, in caso di riscontrate irregolarità, è possibile dapprima fissare un termine entro il quale l'appaltatore (o il prestatore d'opera) debba conformarsi e, successivamente, procedere alla risoluzione⁴⁰ (art. 1662 c.c.) ovvero al recesso (art. 2224 c.c.) dal contratto.

In tal caso, il potere di controllo è funzionale alla tutela dell'esatta esecuzione della prestazione, affinché il creditore non sia costretto ad attendere la fine dei lavori in presenza di condizioni che lascino presagire l'inadempimento (e, quindi, la lesione dei propri interessi). Ancora una volta, quindi, nell'ambito dei rapporti di durata, il tempo legittima l'insorgenza di un potere di controllo teso, in via immediata, alla correzione del rapporto (e, conseguentemente alla tutela degli interessi ad esso sottesi) e,

preparatoria all'adempimento. Nella seconda ipotesi, invece, il risparmiatore, attesa la confusione tra i patrimoni gestiti dall'intermediario finanziario, è impossibilitato ad esercitare un effettivo potere di controllo, posto che è impossibile «nel complesso dell'attività di impresa finanziaria, distinguere l'attività svolta nell'interesse di ciascun singolo cliente. L'essenza del problema sta, dunque, nell'imputazione (...) che avviene automaticamente, quale effetto della mera individuazione dei risultati dell'attività».

³⁹ Tali sono le conclusioni alle quali, sulla base dei principi di solidarietà e buona fede, perviene M. IMBRENDA, *op. cit.*, 275.

⁴⁰ In particolare, P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in *Interessi e poteri di controllo nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 505 ss., osserva che nell'appalto il committente esercita un ampio potere di controllo in vista della soddisfazione del proprio interesse finale, sì che lo stesso viene ad assumere un ruolo «talmente centrale da presentare tratti di inderogabilità: l'eliminazione convenzionale del controllo è tale, in alcune fattispecie, da violare i limiti posti dall'art. 1229 c.c. alle clausole di esclusione della responsabilità».

in via mediata, all'attivazione di un rimedio in autotutela⁴¹, qual è la risoluzione ovvero il recesso.

Tuttavia, l'esito del controllo, potendo dare la stura all'attivazione di un rimedio caducatorio, rischia di collidere con gli interessi del debitore: pertanto, l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, quale fisiologico riflesso dell'esercizio del potere, impone l'individuazione di precisi limiti entro i quali le prerogative creditorie debbano esplicarsi.

In questa prospettiva il potere di controllo intercetta la buona fede e con essa la proporzionalità⁴², limite naturale dell'attività discrezionale. D'altronde, una simile soluzione è già accolta a livello normativo dall'art. 1460, comma 2, c.c. e non vi sarebbero ragioni ostative ad estenderla, sulla base degli artt. 1175 e 1375 c.c., alla generalità dei rapporti⁴³. La buona fede, infatti, riporta

⁴¹ Sulla natura di rimedi in autotutela degli artt. 1662 c.c. e 2224 c.c., G. ROMANO, *op. cit.*, 89, nota 61.

⁴² P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2001, 341 ss., secondo il quale «la proporzionalità consiste nella giusta proporzione, quantificazione (...), una diversa modalità di valutare l'interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi». Più precisamente, la proporzionalità è «una norma imperativa, la quale fa parte di un ordine pubblico economico, costituendo un interesse primario dell'ordinamento e, pertanto, assolvendo una funzione di controllo sugli atti di autonomia». Il concetto viene ulteriormente specificato dall' a. in *Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale*, cit., 217 ss. Con particolare riferimento alla proporzionalità tra debito e garanzia, si rinvia a N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 174 ss.: invero, il principio di proporzionalità, quale «valutazione di adeguatezza tra le norme e gli interessi che vengono in rilievo nelle fattispecie che esse disciplinano», pur trovando la propria fonte primaria nel diritto comunitario e nelle relazioni verticali, è divenuto un principio generale destinato a trovare applicazione anche nei rapporti tra privati, alla luce degli artt. 3 e 11 Cost. In questa prospettiva, «il principio di proporzionalità presenta più di qualche elemento in comune con quello di solidarietà», essendo destinato, da un lato, ad apporre limitazioni all'autonomia privata «in relazione all'equilibrio delle prestazioni nei contratti sinallagmatici» e, dall'altro, a calibrare le sanzioni disposte dai contraenti agli interessi dagli stessi perseguiti.

⁴³ Si veda F. MACARIO, *op. cit.*, 381 ss. e, in senso adesivo, M. IMBRENDA, *op. cit.*, 277 ss.

su un piano di parità il creditore-controllante ed il debitore-controllato, posto che quest'ultimo, al fine di evitare indebite intromissioni nella sua sfera privata, potrà a sua volta controllare le modalità di esercizio del potere, secondo una logica di reciprocità. Ciò avvalorata la dimensione collaborativa del controllo nella quale le parti, in conformità al principio di solidarietà, cooperano verso l'attuazione di un risultato comune, qual è la corretta esecuzione del rapporto.

Tale conclusione muove dall'assunto che il controllo, essendo indirizzato in ultima istanza all'attivazione di un rimedio in autotutela, non possa attribuire al creditore una posizione di vantaggio eccedente quanto sia necessario alla difesa delle proprie ragioni. Pertanto, l'esercizio delle prerogative creditorie dovrà avvenire secondo modalità che siano non solo idonee a perseguire la cura degli interessi trasfusi nel programma negoziale, ma anche strettamente indispensabili ad essa⁴⁴.

In altri termini, al potere di controllo è sotteso il criterio di proporzionalità che permea anche la garanzia patrimoniale⁴⁵, sì che il primo deve essere esercitato in modo direttamente proporzionale alla riduzione della seconda.

5. Il potere di controllo del creditore in alcune recenti normative: la disciplina del pegno mobiliare non possessorio e quella dell'allerta esterna.

Il tema del controllo del creditore sul patrimonio del debitore e sulle vicende che lo interessano si arricchisce di spunti di sicuro rilievo anche in relazione ad alcuni istituti e normative di recente introduzione.

⁴⁴ E. BETTI, voce «Autotutela», in *Enc. Dir.*, Milano, IV, 1959, 529, secondo il quale «per la liceità dei mezzi in autotutela deve supporre e richiedersi un rapporto di proporzionalità fra essi e l'inadempienza con la esclusione di abusi. (...) Il campo dell'autotutela è ancora aperto a una serie di accorgimenti che si ispirano alla massima “*vigilantibus iura succurunt, non dormientibus*” (...)».

⁴⁵ In forza degli artt. 496 c.p.c. (riduzione pegni) c.p.c. e 2782 c.c. (riduzione ipoteche).

Ad esempio, viene in rilievo la disciplina del pegno non possessorio, introdotta dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59⁴⁶, che, con l'evidente intento di ammodernare il sistema delle garanzie reali⁴⁷, ha il pregio di ricercare un delicato equilibrio tra le esigenze di produttività del debitore e quelle di tutela del creditore. Ovviamente non è possibile in questa sede illustrare in dettaglio la disciplina dell'istituto⁴⁸ ma vi sono alcuni aspetti che meritano una sottolineatura, in quanto aprono scenari densi di implicazioni ai fini della riflessione che si sta svolgendo in queste pagine.

In primo luogo, viene in rilievo quanto disposto dall'art. 1, comma 2 del d.l. 59/2016, che attribuisce alle parti la possibilità

⁴⁶ Successivamente convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, così come integrata dal decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 maggio 2021, n. 114 che ha introdotto il «Regolamento del registro dei pegni mobiliari non possessori». La disciplina dell'istituto è stata da ultimo completata dal provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 12 gennaio 2023 che, attuando il citato regolamento, ha formalizzato la procedura per l'iscrizione dei pegni non possessori nel relativo registro.

⁴⁷ Il problema è messo ben in luce da N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, 1727 ss., il quale osserva che la vetustà del sistema italiano delle garanzie reali riverbera i propri effetti sul mercato, incentivando gli operatori economici ad investire in quei Paesi che assicurino condizioni di maggiore efficienza e proconcorrenzialità. Infatti, prima dell'introduzione del pegno senza spossessamento, uno dei principali problemi che si riscontrava nel sistema delle garanzie reali era quello di obbligare il creditore, in caso di inadempimento, ad attivare la procedura esecutiva che, com'è noto, non solo può avere una durata eccessivamente prolungata ma anche rivelarsi antieconomica. In tali casi, allora, si rivela preferibile spostare la tutela del creditore dal piano giudiziale a quello stragiudiziale, attribuendogli poteri funzionali ad un più rapido soddisfacimento del credito.

⁴⁸ Tra i molteplici studiosi che si sono occupati del tema, si rinvia a D. ACHILLE, *Il pegno non mobiliare non possessorio*, Napoli, 2022; R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 6, 762 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, 995 ss.; V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, Napoli, 2019.

di apporre una clausola di rotatività⁴⁹, in virtù della quale è consentito al debitore di trasformare, alienare o disporre dei beni oggetto della garanzia, con la previsione del contestuale trasferimento di quest'ultima⁵⁰ sul prodotto derivante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato ovvero sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo.

Orbene, si tratta di una rotatività particolarmente evoluta o, si sarebbe tentati di dire, 'spinta', soprattutto se si considera che, mentre il pegno non possessorio è inizialmente soggetto a iscrizione nell'apposito registro, gli effetti della rotazione non sono soggetti a pubblicità⁵¹.

Questo comporta potenziali problemi per tutti i creditori: in *primis* per il creditore pignoratizio, che può avere difficoltà a identificare l'oggetto della garanzia a valle dell'operatività della clausola di rotatività; ma anche per gli altri creditori, che potrebbero non essere in condizione di verificare quali beni del debitore non siano gravati da garanzia reale e possano, quindi, essere aggrediti fruttuosamente.

Per quanto riguarda il creditore pignoratizio, l'art. 1 co. 7-*ter* del d.l. n. 59 del 2016 gli attribuisce, in caso di mancata consegna

⁴⁹ Secondo D. ACHILLE, *Il pegno mobiliare non possessorio*, cit., 154, il «pegno non possessorio è connotato legislativamente ma non essenzialmente come rotativo» nel senso che tale ultima caratteristica viene riconosciuta dal legislatore ma può anche essere esclusa dalle parti.

⁵⁰ Come osserva R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., 784, si tratta di una «surrogazione reale che non importa novazione, in quanto, diversamente, si altererebbe l'ordine di soddisfazione dei creditori e si consentirebbe all'operazione economica di essere colpita dalla revocatoria fallimentare».

⁵¹ Invero, l'art. 3 co. 2, lett. s) del Regolamento del registro pegni, pur annoverando tra i requisiti oggetto di iscrizione «le condizioni contrattuali che disciplinano il patto di rotatività», omette di contemplare l'indicazione dei beni sostituiti, così aprendo ad uno scenario incerto e potenzialmente dannoso proprio per il creditore. Il problema, d'altronde, non ha trovato pronta soluzione neppure nel recente provvedimento dell'Agenzia delle Entrate (adottato il 12 gennaio 2023), il quale si limita a prevedere, a pagina 18, l'annotazione delle vicende di cessione del credito e di trasformazione del bene garantito, senza aver riguardo ai casi di alienazione dello stesso.

del bene oggetto del pegno⁵², il diritto di fare istanza all'ufficiale giudiziario affinché proceda a norma delle disposizioni del codice di rito sul processo esecutivo. Se il bene non è di immediata identificazione, «l'ufficiale giudiziario [...] si avvale su istanza del creditore e con spese liquidate dall'ufficiale giudiziario e anticipate dal creditore e comunque a carico del medesimo, di un esperto stimatore o di un commercialista da lui scelto, per la corretta individuazione, anche mediante esame delle scritture contabili, del bene mobile oggetto del pegno, tenendo conto delle eventuali operazioni rasformazione o di alienazione poste in essere a norma del comma 2. Quando risulta che il pegno si è trasferito sul corrispettivo ricavato dall'alienazione del bene, l'ufficiale giudiziario ricerca, mediante esame delle scritture contabili ovvero a norma dell'articolo 492-bis del codice di procedura civile, i crediti del datore della garanzia, nei limiti della somma garantita ai sensi del comma 2».

Invero, i dubbi che sorgono in merito all'effettiva tutela delle ragioni creditorie sono più d'uno. Prescindendo, infatti, dalla considerazione che non sono ben chiare le modalità con le quali il datore del pegno possa alienare il bene oggetto della garanzia senza alterare la sua destinazione economica⁵³, il primo nodo da sciogliere è rappresentato proprio dall'ipotesi nella quale il debitore muti la destinazione economica del bene originario ovvero di quello acquisito per effetto degli atti di disposizione del primo.

⁵² Nel dettaglio, l'art. 1 co. 7 prescrive che il creditore, al verificarsi di un evento che comporta l'escussione del pegno, possa: vendere, previa stima da parte di soggetti specializzati, i beni oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza (lett. a); escutere i crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita (lett. b); locare, ove previsto dal contratto, il bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita (lett. c); appropriarsi, ove previsto dal contratto, dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita (lett. d).

⁵³ Secondo quanto prescritto dall'art. 1 co. 2 del citato d.l. n. 59 del 2016.

In tal caso, venendo in rilievo un'ipotesi di uso abusivo dei beni, il potere di controllo del creditore potrebbe essere funzionale all'attivazione di tutele conservative o inibitorie⁵⁴, le quali, tuttavia, possono presentare un margine di utilità solo quando il mutamento della destinazione non sia divenuto irreversibile.

Del pari, le ragioni del creditore potrebbero risultare pregiudicate dal contegno del debitore che, sempre avvalendosi della clausola di rotatività, decida di sostituire la *res* originaria con un bene insuscettibile di formare oggetto della garanzia, qual è, ad esempio, un immobile o un bene mobile registrato⁵⁵. In tali casi, infatti, se è evidente che l'originaria garanzia non possa trasferirsi sui nuovi cespiti, non è altrettanto chiaro quali siano gli specifici obblighi gravanti in capo al debitore, il quale presumibilmente dovrà individuare un altro bene da fornire in garanzia, sì che il creditore non perda il proprio diritto di prelazione.

Così stando le cose, risulta necessario definire, in sede applicativa, gli effettivi contorni del potere di controllo attribuito al creditore pignoratorio, il quale, anche prima dell'escussione, deve essere in grado di monitorare⁵⁶ le vicende che interessano il patrimonio del debitore (e, in particolare, il bene oggetto della garanzia), sia al fine di accertare che questi non abbia compiuto abusi (mutamento di destinazione, acquisto di beni non passibili di pegno, etc.); sia per sorvegliarne la situazione patrimoniale,

⁵⁴ In questo senso, D. ACHILLE, *Il pegno non mobiliare non possessorio*, cit., 166.

⁵⁵ La problematica è messa ben in luce da R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., 788, la quale propende per l'invalidità del trasferimento del vincolo.

⁵⁶ In tale prospettiva si rivelano poco utili anche le forme di monitoraggio soggettivo e oggettivo previste dal d.l. n. 59 del 2016, che, nel primo senso, consente la costituzione del pegno senza spossessamento ai soli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, sì da garantire al creditore la piena conoscenza del datore di pegno; mentre, sul piano oggettivo, consente al creditore di iscrivere il pegno nell'apposito registro istituito presso l'Agenzia delle Entrate, di modo da opporre ai terzi il proprio diritto e di esser loro preferito, in mancanza dell'ordinaria apprensione materiale del bene.

anche in considerazione del fatto che tra la costituzione del pegno e l'escussione potrebbe trascorrere un intervallo di tempo non breve.

Dalla risposta che si saprà dare in termini di adeguatezza a questo potere di controllo dipenderà probabilmente lo spazio applicativo della clausola di rotatività, il quale potrebbe ridursi drasticamente (fino ad annullarsi) ove i creditori non ricevano strumenti di controllo concretamente idonei a tutelare le proprie prerogative.

Per quanto riguarda gli altri creditori, non vi è alcuna previsione specifica, se non la precisazione che, se il bene oggetto di pegno viene coinvolto in una vicenda espropriativa da parte di terzi, il creditore pignoratizio può far valere la prelazione nell'ambito del giudizio esecutivo. Proprio per questo, ci si deve domandare se non sia il caso di riconoscere anche ai creditori chirografari il potere di svolgere delle verifiche sul patrimonio del debitore, sì da individuare i beni non gravati da garanzia, non solo perché non risultante dal registro pegni, ma anche perché al riparo dagli effetti della rotatività.

D'altronde, ulteriori conflitti tra creditori potrebbero poi sorgere qualora il debitore alieni il bene garantito, ricevendone il corrispettivo: in tal caso, soprattutto ove il patrimonio del debitore dovesse risultare insufficiente, sarà difficile per il creditore originario dimostrare la titolarità del diritto di prelazione proprio sulla somma residua. *Quid iuris*, poi, se il debitore contesti le risultanze delle scritture contabili, dimostrando che il corrispettivo reclamato dal creditore non derivi dalla vendita del bene garantito?

Il panorama delle questioni potenzialmente critiche⁵⁷ è, quindi, assai variegato e mostra con netta evidenza come soltanto un

⁵⁷ Ancora, si potrebbe ipotizzare che con il ricavato dell'alienazione del bene concesso in pegno il debitore acquisti un nuovo cespite, il quale, però, non essendo suscettibile di iscrizione nell'apposito registro, risulta libero da vincoli e, quindi, potenzialmente idoneo a formare oggetto di una nuova garanzia o di essere alienato a terzi.

Similmente, potrebbe accadere che il bene sostituto venga alienato dal debitore proprio nel momento in cui il creditore decida di esercitare i poteri di cui all'art. 1 co. 7 lett a): in tal caso, infatti, non vi è dubbio che la norma,

adeguato potere di controllo del creditore risulti in grado di colmare gli attuali vuoti di tutela nonché di bilanciare, dinanzi all'operatività della clausola di rotatività, possibili disallineamenti nelle posizioni delle parti.

Al netto di tali osservazioni, la disciplina del pegno mobiliare non possessorio risulta degna di apprezzamento, in quanto ridefinisce lo statuto della tutela creditoria, che transita dalla dimensione giudiziale a quella stragiudiziale⁵⁸, inducendo le parti ad operare secondo schemi collaborativi⁵⁹.

Tali caratteristiche sono agevolmente desumibili dai pervasivi poteri attribuiti al creditore dal citato art. 1 co. 7 del d.l. n. 59 del 2016, i quali, se da un lato, assumono le vesti di strumenti di autotutela consensuale⁶⁰, funzionali alla soddisfazione degli

imponendo al creditore di dare immediato avviso al solo datore di pegno, consenta la prevalenza del diritto vantato dal terzo acquirente secondo la regola dell'art. 1153 c.c

Un'altra ipotesi controversa è individuata da R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., 794, secondo il quale la mancanza nella normativa di un meccanismo di contrassegno dei beni garantiti pone il problema, in capo al creditore, di individuare concretamente quelli pignorabili. Si riporta l'esempio del macchinario, oggetto di garanzia, al quale ne venga sostituito un altro identico ma non funzionante: in tal caso, infatti, sembrerebbe che la tutela del creditore venga ad essere vanificata.

⁵⁸ La disciplina in commento consente di evitare il processo esecutivo (e, segnatamente, i tempi e i rischi ad esso connessi), rendendo il creditore «autosufficiente» nella tutela delle proprie ragioni. In tal senso, V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, 146 ss. In altre parole, come osservato da N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit., 998, si realizza la semplificazione della fase del recupero dei crediti inadempiti, la quale, a sua volta, comporta una maggiore facilità all'accesso al credito e, segnatamente, la diminuzione dei relativi costi

⁵⁹ Sul punto, D. ACHILLE, *Il pegno non mobiliare non possessorio*, cit., 251 osserva che nel pegno mobiliare non possessorio l'accordo delle parti non determina unicamente la costituzione della garanzia ma «regola anche le modalità di escussione del pegno e di soddisfazione dell'interesse creditorio», in quanto – per effetto della garanzia – al creditore «è dato di realizzare autonomamente il proprio diritto di credito rimasto insoddisfatto, in virtù di un potere che gli deriva direttamente dalla convenzione negoziale di pegno».

⁶⁰ L'espressione è di R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., 793.

interessi del creditore; dall'altro, attraverso la previsione di apposti «correttivi»⁶¹, riparano il debitore dal rischio di condotte potenzialmente abusive.

In particolare, come è stato correttamente osservato⁶², si è al cospetto di forme di autotutela esecutiva «conformate dall'ordinamento attraverso elementi, per così dire, “marciani”»⁶³, idonei a ricostruire quelle garanzie come il controllo esterno e l'imparzialità [...] che sono proprie della procedura giurisdizionale di tutela dei diritti». Pertanto, se da un lato, l'eterogeneità dei poteri attribuiti al creditore dimostra la sua crescente ingerenza⁶⁴ nella sfera patrimoniale del debitore; dall'altro, la previsione di meccanismi riequilibranti e a tutela del

⁶¹ Si rinvia alla nota 52.

⁶² Il riferimento è a V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, cit., 152

⁶³ Per una disamina più approfondita dell'istituto si rinvia a N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit.; ID. *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, cit.; ID. *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit.. In particolare, l'a. osserva che la scelta del legislatore di puntare sul patto marciano segna una rottura rispetto al passato, nel quale gli interpreti avevano rinunciato ad utilizzare l'istituto a causa della sua contiguità con il patto commissorio.

Tuttavia, oggi non dovrebbero più residuare dubbi in merito alla legittimità del patto, il quale, a prescindere dalla sua struttura (autonoma o accessoria), assolverebbe sempre una funzione solutoria. *Contra*, D. ACHILLE, *Il pegno non mobiliare non possessorio*, cit., 266, secondo il quale la ragione pratica del patto marciano autonomo sarebbe principalmente di garanzia; mentre, nel patto marciano accessorio la ragion pratica sarebbe rinvenibile nell'attribuzione di un mezzo attraverso il quale il creditore possa autosoddisfare le proprie ragioni.

Ad ogni modo, quel che è certo, è che il patto marciano segna l'emersione del principio di proporzionalità nei rapporti tra debito e credito, costituendo una manifestazione del principio di solidarietà sociale (in tal senso, V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, cit., 137)

⁶⁴ Come autorevolmente sostenuto da N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, cit., 1731, si passa dal tradizionale potere di aggressione (nell'esecuzione forzata) del bene, a quelli di appropriazione e di disposizione (nel patto marciano, con la variante dello *ius vendendi*) dello stesso, ma potenzialmente anche di gestione (come accade nell'ipotesi di locazione di cui all'art. 1 co. 7 lett. c).

debitore evidenzia la tendenza dell'ordinamento a prediligere, in caso di patologia del rapporto giuridico, rimedi stragiudiziali e su base consensuale.

La collaborazione tra creditore e debitore, nell'ottica dell'efficiente realizzazione del credito, è alla base anche della c.d. allerta esterna, introdotta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dall'art. 30 *sexies* del d.l. n. 152 del 2021. In particolare, la legge attribuisce a taluni creditori pubblici qualificati⁶⁵ un potere di controllo sulla situazione patrimoniale del debitore affinché, ove questi ometta, oltre determinate soglie⁶⁶, di versare contributi o imposte, possa essere esercitato il potere di segnalazione nei confronti dell'organo di controllo⁶⁷ e, segnatamente, innestata la composizione negoziata della crisi.

Si tratta di uno strumento che, da un lato, rafforza la posizione creditoria attraverso l'attribuzione di poteri di controllo e di segnalazione e, dall'altro, sotto la spinta dell'attivazione di strumenti di soluzione della crisi, induce il debitore all'autocorrezione.

Tuttavia, come è stato osservato⁶⁸, affinché il meccanismo dell'allerta esterna funzioni, è necessario che i creditori pubblici siano indotti ad attivarsi e ciò, allo stato, potrebbe rappresentare un risultato irraggiungibile, attesa la mancanza di una norma volta

⁶⁵ Si tratta, nel dettaglio, dell'Agenzia delle Entrate, dell'INPS e dell'Agenzia della Riscossione.

⁶⁶ Sono determinate dal citato art. 30 *sexies* e definiscono la gravità dell'inadempimento necessario ad innescare la procedura negoziata.

⁶⁷ Nel dettaglio, l'organo di controllo, valutata la fondatezza della segnalazione, dovrà chiedere agli amministratori di riferire tempestivamente sulle iniziative intraprese e valutare l'adeguatezza delle azioni proposte.

Se la reazione degli amministratori non apparirà sufficientemente solida o credibile, insisterà per il ricorso alla composizione negoziata o ad altri strumenti di soluzione della crisi, altrimenti potrà semplicemente vigilare sulla realizzazione delle iniziative proposte.

In assenza di reazione da parte degli amministratori, l'organo di controllo dovrà invece adottare le iniziative che la legge gli riconosce, che per i sindaci arrivano fino alla denuncia di gravi irregolarità.

⁶⁸ Per una disamina approfondita, si rinvia a S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2022, 3-4, 501 ss.

a sanzionarne l'inerzia: infatti, a differenza di quanto accade per i creditori privati, quelli pubblici hanno tendenzialmente scarso interesse ad effettuare la segnalazione, posto che l'insolvenza non incide (o incide in misura limitata) sul loro soddisfacimento.

Pertanto, se risulta evidente la volontà legislativa di indurre, da una parte, il creditore ad entrare in azione precocemente e, dall'altra, il debitore a regolarizzare quanto prima la posizione debitoria (ovvero ad accedere alla composizione negoziata), è altrettanto vero che la realizzazione di siffatto obiettivo potrebbe rivelarsi utopica, se rimessa ad un creditore disinteressato, che agisce per mero opportunismo.

6. Il potere di controllo come nuova garanzia: osservazioni critiche.

Il superamento del punto di frizione tra l'intangibilità dell'altrui sfera giuridica e l'esercizio di un generale potere di controllo ha indotto una parte della dottrina⁶⁹ ad ampliare i confini di quest'ultimo sino a farlo coincidere con la nozione di garanzia, intesa quale strumento per fronteggiare l'insicurezza del credito.

Nella delineata prospettiva, quindi, il controllo precede l'attribuzione delle garanzie (reali o personali) tipiche e diviene una garanzia di nuova generazione, che trova il suo fondamento nel dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) ed il suo limite nella buona fede.

Funzionalmente orientato alla conservazione e alla tutela degli interessi trasfusi nel rapporto obbligatorio, il potere di controllo assume strutturalmente le vesti di una nuova forma di autotutela,

⁶⁹ In questo senso, M. IMBRENDA, *op. cit.*, 282 ss., nota 564, che muovendo dai principi di solidarietà e di buona fede, nonché dalla disciplina comunitaria in materia di contratti asimmetrici (ove gli obblighi informativi posti a carico del professionista risultano strumentali alla tutela delle ragioni del consumatore), arriva a concludere che il sistema abbia accolto una nozione ampia di garanzia «comprensiva di tutti i mezzi che siano idonei a rendere sicura ed effettiva l'aspettativa del creditore, difendendolo dal rischio dell'insolvenza del debitore (...)». Secondo l'a., infatti, il controllo diviene il nuovo volto della garanzia, identificandosi «con la valutazione dell'entità attuale e con la previsione di quella che il patrimonio potrà avere alla scadenza del credito».

destinata ad attivarsi dinanzi ad ogni fenomeno potenzialmente lesivo⁷⁰.

Logica conclusione di tale orientamento è che l'insicurezza da eccezione (art. 1461 c.c.) diventa fisiologica componente del credito, in grado di generare autonomi strumenti di giustizia privata.

L'esposta prospettiva evolutiva, seppur suggestiva, non appare però condivisibile.

Il rapporto obbligatorio, infatti, segna il punto di equilibrio raggiunto dalle parti per la composizione del proprio conflitto di interessi, con la conseguenza che le regole tese a disciplinarlo, a prescindere dalla rispettiva fonte (legale o convenzionale), mostrano il risultato finale che le stesse mirano a perseguire nonché il grado di tutela che i paciscenti intendano apprestarvi. Ciò significa che, sin dal momento genetico, l'autonomia privata ovvero la legge individuano le concrete modalità di realizzazione dell'interesse, le quali fungeranno anche da parametro di valutazione della condotta del debitore e del creditore⁷¹.

Pertanto, i contraenti possono subire ingerenze nella propria sfera giuridica nei limiti di quanto sia necessario alla soddisfazione del risultato comune e secondo le modalità preventivamente individuate da essi o comunque desumibili dal sistema: al di fuori da tali ipotesi, ritorna a porsi il problema relativo all'intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

L'ammissibilità di un potere di controllo in funzione di garanzia sconta, da un lato, il problema del conflitto di interessi tra le ragioni creditorie e la riservatezza del debitore⁷², posto che il secondo, in assenza di una espressa fonte che ne legittimi la compressione, non può automaticamente risultare recessivo in favore del primo; dall'altro, l'assenza di un effettivo fondamento normativo: non convince, invero, il riferimento al principio

⁷⁰ Per una disamina più approfondita, si rimanda a M. IMBRENDA, *op. cit.*, 296 ss.

⁷¹ Più approfonditamente, A. GENTILI, *op. cit.*, 13.

⁷² Come rilevato da G. ROMANO, *op. cit.*, 73, il debitore potrebbe aver interesse a non far conoscere la propria situazione finanziaria; a non subire un aggravamento del vincolo o, più in generale, a mantenere la propria libertà di azione.

solidaristico né alla buona fede⁷³. La solidarietà, infatti, imponendo a ciascuna parte di preservare gli interessi dell'altra nei limiti in cui ciò non le comporti un apprezzabile sacrificio, osta alla creazione di situazioni di potere correlate a stati di soggezione; parimenti debole appare il ricorso alla buona fede, la quale, essendo una clausola generale, ossia un frammento vago di disposizione della quale si deve ancora ricavare il significato applicabile⁷⁴, difetta di quella tipicità e tassatività propria delle norme attributive di poteri.

Invero, come è stato graniticamente chiarito da autorevole dottrina⁷⁵ «chiedersi se un comportamento sia contrario a buona fede o a correttezza, significa individuare i principi (e i corrispondenti valori in concorso), le ulteriori regole legislative vigenti in relazione alla ipotesi da decidere; significa sviluppare aspetti impliciti nella normativa (...) e sintetizzarli nell'elaborazione della regola del caso concreto».

Pertanto, solo in presenza di una fonte attributiva del potere, che assurga a metro di valutazione della condotta del creditore, è possibile effettuare un giudizio di conformità incentrato sulla buona fede; in mancanza, non si comprende secondo quali parametri dovrebbe valutarsi la conformità di una condotta ad una regola che di fatto non c'è. Il rischio è quello di affidarsi ad un senso di giustizia individuale che giammai potrebbe giustificare l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica.

Al contempo l'elaborazione di un potere di controllo in funzione di garanzia del credito lascia irrisolta un'ulteriore questione: quella degli effetti dell'autotutela.

L'analisi normativa che è stata condotta nei paragrafi precedenti ha dimostrato come l'autotutela si espliciti in un ventaglio di rimedi che vanno dalla sospensione della prestazione

⁷³ Sebbene con un percorso argomentativo differente, la medesima conclusione è raggiunta da A. GENTILI, *op. cit.*, 23.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, op. cit.*, 19 e, più nello specifico, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 224 ss. Per un'approfondita disamina, si rinvia anche a P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, 33.

⁷⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., 225.

alla risoluzione del contratto; pertanto, nell'opposta prospettiva⁷⁶ non è chiaro in quale direzione debba orientarsi l'autotutela né è possibile rimettere alla discrezionalità del creditore la scelta degli effetti sulle sorti del sinallagma, pena la violazione dell'art. 1372 c.c.

Inoltre, la configurabilità del controllo quale strumento di giustizia privata non potrebbe apportare alcun vantaggio al creditore: infatti, sia che si concepisca l'esistenza di un controllo *ex ante* (sui mezzi utilizzati dal debitore per l'esecuzione della prestazione) sia che il controllo si estrinsechi *ex post* (come quello sulla conformità al contratto della prestazione eseguita), il sistema predispone una serie graduale di rimedi (dalla messa in mora alla risoluzione) con effetti direttamente proporzionali al rischio di inadempimento, che non lascia spazio alla protezione di meri stati di incertezza individuali. Anzi, proprio le tutele apprestate dall'ordinamento dimostrano che, fintanto che non si verifichi la lesione dell'interesse finale, vi è spazio solo per un potere di controllo sull'attività del debitore dal quale, tuttavia, non possono scaturire effetti diversi da quelli che discenderebbero se venissero impartite semplici raccomandazioni⁷⁷: tanto, infatti, rivela la condotta del debitore che potrebbe continuare a rimanere inerte anche dopo i controlli e le sollecitazioni del creditore.

7. Conclusioni

Le conclusioni appena rassegnate, lungi dal confutare l'approdo ermeneutico raggiunto con riferimento alle fattispecie normative analizzate, valgono a rileggerle sotto nuova luce: invero lo schema tempo –potere – giustizia sotteso all'art. 1461

⁷⁶ M. IMBRENDA, *op. cit.*, 298 ss.

⁷⁷ Osserva efficacemente G. ROMANO, *op. cit.*, 109 che il «creditore è ammesso a controllare la fase preparatoria e, poi, a fornire eventualmente quelle istruzioni in grado di orientare la discrezionalità del debitore nella direzione di un esatto adempimento. In simili casi il controllo è forma di cooperazione del creditore all'adempimento. Tali forme collaborative, in mancanza di espressa previsione – legale o convenzionale – devono essere valutate alla stregua di consigli non vincolanti per il debitore, il quale resta libero di organizzare la sua attività che sarà valutata solo a posteriori».

c.c. nonché alle altre disposizioni richiamate (artt. 1186, 1460, 1662, 2224, 1959, 1626 e 1822 c.c.) costituisce indice sintomatico dell'esistenza nell'ordinamento di un generale potere di controllo in capo al creditore⁷⁸.

In particolare, il sistema codicistico prende atto che nei rapporti di durata il lasso di tempo corrente tra il momento genetico e quello esecutivo del rapporto possa comportare la nascita di sopravvenienze, le quali impongono alle parti di rinnovare la valutazione della funzione del vincolo in vista del perseguimento degli interessi ad esso sottesi. Le ragioni giustificatrici del rapporto nonché le sue specificità, dunque, legittimano la nascita di un potere di controllo che si dirama nel senso ora di controllo sulla funzione, ora di controllo sull'esatto adempimento⁷⁹.

Nella prima direzione vanno gli artt. 1461, 1186, 1822, 1626 c.c., i quali, come si è osservato⁸⁰, reagiscono ad un vizio funzionale sopravvenuto che rischia di compromettere non solo l'adempimento della singola prestazione ma anche l'intera garanzia patrimoniale del debitore: ciò spiega perché tutte le fattispecie richiamate permettono di prestare idonea garanzia. Tale specificazione non deve apparire di poco conto, in quanto consente di dimostrare che il potere di controllo è sempre strumentale al perseguimento dell'interesse finale, con l'inevitabile conseguenza di assumere carattere ancillare alla concessione di una garanzia, non potendosi, invece, sostituire ad essa⁸¹.

⁷⁸ In tal senso si muove il pensiero di autorevole dottrina, L. BARBIERA, *op. cit.*, 214 ss.; nonché G. ROMANO, *op. cit.*, 97 ss.

⁷⁹ Per una disamina approfondita del tema, G. ROMANO, *op. cit.*, 105 ss.

⁸⁰ Si rinvia ai paragrafi 1 e 2.

⁸¹ La riflessione sorge dal contributo di A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 106 ss., secondo il quale il controllo è sempre strumentale alla realizzazione dell'interesse finale, non rilevando, invece, per quelle prestazioni secondarie o accessorie. D'altronde, anche quando le norme attribuiscono al creditore un espresso potere di controllo, si accompagnano sempre alla previsione di un'apposita garanzia da parte del debitore, a dimostrazione del fatto che il primo non può svolgere autonomamente la funzione propria della seconda. In senso conforme anche L. BARBIERA, *op. cit.*, 195, secondo il quale il controllo è condizione «necessaria per rendere efficienti gli istituti legali di garanzia a

In tali ipotesi, quindi, è l'ordinamento a ritenere meritevole di tutela la situazione soggettiva del creditore che, per effetto del tempo, rischia di vedere insoddisfatte le proprie ragioni: da qui, dunque, l'esigenza di riconoscergli un potere di controllo teso a rinnovare il suo giudizio in ordine all'opportunità dell'operazione economica in corso e a correggere la stessa attraverso l'attivazione di rimedi proporzionali alla riduzione dell'altrui garanzia patrimoniale. D'altronde, come si è visto, nell'ottica della correzione e dell'efficiente esecuzione del rapporto di credito si pongono anche le discipline del pegno mobiliare non possessorio e dell'allerta esterna, le quali devono ritenersi l'ulteriore conferma dell'esistenza di un generale potere di controllo nel nostro ordinamento, ancorché, in tali casi, esso si proietti verso l'attivazione di strumenti di (auto)tutela consensuale.

Nella seconda direzione si muovono, invece, gli artt. 1460, 1662 e 2224 c.c., nei quali il potere di controllo è teso a verificare la corretta esecuzione del contratto da parte del debitore. Invero, mentre la prima norma reagisce ad un inadempimento assoluto (mancata esecuzione della prestazione) ovvero ad un inadempimento – quantitativamente o qualitativamente – inesatto (c.d. *exceptio non rite adimpleti contractus*)⁸², le restanti disposizioni mirano a neutralizzare l'esecuzione dell'opera difforme dalle condizioni stabilite nel contratto. In quest'ultimo caso, a differenza del primo, non è solo il decorso del tempo a divenire fonte legale di attribuzione di un potere di controllo ma vi concorre l'autonomia privata: infatti, il riferimento normativo alle «condizioni stabilite dal contratto» non lascia dubbi interpretativi in ordine alla circostanza che siano le parti ad individuare le regole di condotta e, conseguentemente, ad attribuire poteri di controllo circa la loro osservanza. Tale conclusione, a ben vedere, costituisce la conseguenza a rime obbligate del peculiare interesse che il committente ripone nelle

favore del creditore» e non una garanzia in *re ipsa*. *Contra*, M. IMBRENDA, *op. cit.*, 291 ss., che ravvisa nel controllo un comportamento autodifensivo con funzione di autotutela.

⁸² Per un'approfondita disamina, A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 62 ss., nonché F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 449 ss.

caratteristiche della prestazione, sì che solo un'opera eseguita a regola d'arte sarà in grado di soddisfarlo: pertanto, ancora una volta, come osservato in premessa, il potere di controllo diventa componente fisiologica del diritto di credito.

L'inadempimento o l'inesatto adempimento quali presupposti per il potere di controllo e, segnatamente, per l'attivazione dei rimedi in autotutela spiegano la scelta legislativa di accordare rimedi caducatori⁸³, non dissimili da quelli che avrebbero operato al di fuori dei rapporti di durata.

In questa prospettiva dunque il controllo, pur continuando ad avere carattere strumentale alla soddisfazione dell'interesse finale, diviene – in relazione alla natura dell'affare – strumento di gestione delle sopravvenienze, affinché queste non arrechino disfunzioni al rapporto obbligatorio.⁸⁴

Al di fuori di questi casi, tuttavia, nulla esclude che, in ragione delle esigenze sottese al caso concreto, sia l'autonomia privata a ritenere meritevole di tutela l'interesse di una parte a controllare l'altrui situazione patrimoniale, sì da predisporre apposite clausole negoziali attributive del potere di controllo⁸⁵.

Alla luce delle coordinate ermeneutiche finora tracciate, pertanto, è possibile pervenire alla conclusione che nell'ordinamento vi sia una generale tendenza a ravvisare in capo al creditore un potere di controllo, fisiologico alla cura concreta degli interessi dedotti in rapporto: tuttavia, tale potere, lungi dall'esser concepito in funzione di autonoma garanzia, costituisce la risultante delle garanzie legali (in forma di autotutela) ovvero

⁸³ L'art. 1662 c.c. prevede la risoluzione dal contratto; l'art. 2224 c.c. contempla, invece, il recesso; mentre l'art. 1460 c.c. legittima il rifiuto della prestazione al quale, in caso di inerzia della controparte, potrà seguire la risoluzione.

⁸⁴ È stato efficacemente sostenuto da G. ROMANO, *op. cit.*, 97, nota 71 che «in funzione delle peculiari esigenze poste dalle sopravvenienze opera la specifica previsione di un'attività di controllo in materia di esecuzione di alcuni contratti nominati. La complessità dei rapporti ed il prevalente rilievo riconosciuto all'interesse creditorio giustificano una serie di poteri (...), il cui esercizio è strettamente legato all'accadimento di eventi o di circostanze non sempre prevedibili. Il monitoraggio delle evoluzioni esecutive è essenziale al fine di conservare quelle prerogative».

⁸⁵ In tal senso, G. ROMANO, *op. cit.*, 88.

convenzionali (quali sono quelle tipiche o atipiche predisposte dalle parti) che, di volta in volta, presidiano la corretta esecuzione del sinallagma contrattuale.