

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale

SOMMARIO*: 1. Premessa. Delimitazione dell'oggetto di osservazione – 2. L'evoluzione fisiologica dei negozi accrescitivi della garanzia: pegno senza spossessamento e pegno rotativo. – 3. L'evoluzione ultima: la nuova figura del pegno non possessorio di cui al Decreto Legge 59/2016. – 4. Il pegno non possessorio come indice di mutamento del sistema: la ricerca di prerogative proprietarie da parte del ceto creditorio a fronte della diminuzione, nei mercati, della circolazione effettiva della proprietà. Conclusione.

Fatta eccezione per l'ipoteca – la quale costituisce bensì un rapporto tra creditore e proprietario del bene ipotecato ma senza che in senso stretto si possa profilare la traslazione di una situazione giuridica dal secondo al primo – e fatta eccezione per la fidejussione – che costituisce (non trasferisce) una situazione personale accessoria di responsabilità –, in via di principio la costituzione di garanzie avviene a mezzo di vicende (anche) traslative di situazioni giuridiche. Dunque, a margine della figura principale del pegno, in primo luogo la circolazione di situazioni reali evoca un catalogo assai lungo di ipotesi che si possono reputare classiche nel dibattito civilistico. Si pensi, soltanto ad esempio, alla vicenda della cessione della proprietà con scopo di garanzia, sviluppatasi come noto nelle pieghe della più generale discussione inerente ai rapporti di tipo fiduciario, o anche alla costituzione di patrimoni destinati alla soddisfazione dei creditori. Altre numerose ipotesi sono poi prospettate dalla circolazione di situazioni non qualificabili come reali: esempi significativi ne sono la cessione del credito, il mandato irrevocabile all'incasso e la girata in garanzia dei titoli di credito.

Per delimitare il campo d'elezione delle presenti brevi pagine si rendono utili alcune partizioni.

Innanzitutto – fermo restando che sempre la garanzia convenzionale assume un proprio rilievo essenziale a monte rispetto alla responsabilità, poiché incide sul rischio quale elemento

* È la lezione tenuta all'incontro di studi *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive* promosso dall'Associazione Dottorati di Diritto Privato e svoltosi presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale nei giorni 23 e 24 marzo 2017.

fisiologico del credito condizionandone il valore e, se del caso, la circolazione – le fattispecie alle quali è possibile ascrivere in via generica una funzione di garanzia si possono distinguere a seconda della fase del rapporto obbligatorio alla quale afferiscono. Segnatamente, soltanto alcune garanzie assumono tecnicamente rilievo in funzione della fase che si può dire della responsabilità patrimoniale, dunque ai fini dell'applicazione degli artt. 2740 ss. c.c., apportando una regolamentazione specifica ora alla individuazione del contenuto del patrimonio sensibile, ora al concorso dei creditori su di esso. Altre, prima tra le quali la fidejussione, incidono invece ancora a monte, dopo l'inadempimento ma prima della responsabilità personale ex art. 1218 c.c., individuando con ciò un debito e una correlativa responsabilità funzionalmente accessori ma che hanno vita parallela e strutturalmente autonoma rispetto a quella originaria sulle regole della quale per ciò stesso non incidono.

In secondo luogo, allargando lo sguardo, gli accordi finalizzati a incidere in via diretta sulle regole della responsabilità si possono distinguere in ragione dell'effetto rinunciativo ovvero accrescitivo da essi programmato. Sia i patti rinunciativi sia i patti accrescitivi si collocano esattamente al confine di quella che uno studio recente di Luigi Follieri definisce zona grigia in quanto situata tra l'inadempimento e l'esecuzione forzata. I patti rinunciativi impegnano assai spesso direttamente situazioni di carattere processuale; situazioni che nella materia – calda da tempo e mai raffreddatasi – degli strumenti di risoluzione negoziale delle crisi d'impresa conducono assai rapidamente al cuore di due tra i grandi problemi pratici rimasti insoluti con le diverse riforme della disciplina del fallimento: la natura e l'efficacia degli accordi prefallimentari e di ristrutturazione dei debiti. I negozi con effetto accrescitivo dei mezzi di soddisfazione coattiva del credito rinviano senza mezzi termini al terreno delle garanzie.

Su questa base, possiamo intanto delimitare il campo, sulla base del perimetro entro il quale si trovano vicende circolatorie di situazioni per scopo di garanzia che siano idonee a incidere sulla disciplina della responsabilità patrimoniale in ragione dell'effetto accrescitivo dei negozi dai quali originano.

2. Detto questo, guardando alla generale evoluzione della disciplina dei contratti di garanzia negli ultimi trent'anni è evidente una tendenza ad aumentarne le potenzialità modellandone i caratteri in ragione dello sviluppo dei rapporti economici. Questo non soltanto in Italia ma in tutti i Paesi di *Civil Law*.

Così, come noto, l'attitudine delle garanzie personali alla riduzione del rischio mediante l'attribuzione al creditore di una sfera patrimoniale aggiuntiva rispetto a quella del debitore ha avuto sviluppo sul binario della *garantievertrag* e della riforma del 2006 del codice civile francese, trovando elasticità sia nell'autonomia rispetto al rapporto garantito sia nella estensione del suo oggetto mediante la clausola *omnibus*. D'altra parte proprio il dato, poco sopra sottolineato, della estraneità del meccanismo tecnico rispetto alle regole inerenti alla garanzia del patrimonio del debitore originario consentiva tale elasticità.

Analoga tendenza – sia pure contrastata da una complessità tecnica decisamente maggiore – si registra negli ultimi trent'anni anche per i contratti rientranti invece nella anzidetta categoria caratterizzata dall'effetto di accrescimento degli strumenti di garanzia tramite l'incidenza sulla disciplina oggettiva della responsabilità patrimoniale. V'è infatti che indubbiamente l'attitudine in primo luogo del pegno a conservare beni appartenenti al patrimonio del debitore congelandoli ovvero sottraendoli alla circolazione ed emarginandoli dall'attività economica è espressione di una economia essenzialmente statica o per lo meno estremamente lenta.

Appartiene all'evoluzione di circa un trentennio il perfezionamento dei contratti di pegno sotto due aspetti:

- a) la possibilità di non sottrarre i beni al loro ciclo produttivo lasciandoli presso il debitore, cosa normata per la prima volta con la celebre Legge 24 luglio 1985, n. 401 (Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata).
- b) la possibilità di non emarginare dall'attività economica i beni consegnati al creditore pignoratizio, consentendo a questi di disporre sostituendoli con altri di eguale valore.

Il primo aspetto profila il c.d. pegno senza spossessamento. A cominciare da lì, la dottrina ha sostenuto con intensità crescente che, se il possesso – come appare pacifico che sia – svolge la funzione di mero indice di circolazione a tutela della conservazione del bene nel

patrimonio del debitore nonché di segnalazione verso i terzi, a tutela del loro affidamento rispetto all'esistenza della causa di prelazione, se così è, lo stesso risultato si può ottenere con forme di pubblicità alternative rispetto al medesimo possesso.

Così ha reputato il nostro legislatore del 1985, prevedendo un regime segnalativo composto dall'apposizione di contrassegni sulle cosce di maiale e dall'annotazione su appositi registri. Così ha reputato il legislatore francese del 2006 riformando in via generale la costituzione della garanzia pignorizia nel codice civile e prevedendone, segnatamente, la costituzione consensuale tra le parti anche affidando la relativa funzione segnalativa, anziché allo spossessamento, all'annotazione in pubblici registri.

Il secondo aspetto richiama il pegno c.d. rotativo, ovvero la fungibilità dell'oggetto del rapporto di garanzia – in costanza del suo valore – determinata dall'apposizione in contratto della clausola c.d. di rotatività. Nel nostro sistema il fenomeno è stato fino a oggi limitato ai rapporti bancari e a garanzie aventi a oggetto titoli. La giurisprudenza, inizialmente ostile, ha cambiato atteggiamento a far capo dalla fine del millennio (il *leading case* si può collocare nel 1998).

Dunque, con riguardo al pegno, due profili di novità. Due profili di novità, diremmo, non incidenti sull'essenza della garanzia pignorizia per come consegnataci dalla tradizione e soprattutto per come giustificata nel suo rapporto con la garanzia generica e con l'interesse dei terzi creditori del medesimo debitore.

Il primo infatti si presenta tale da non mettere in dubbio il perseguimento del risultato tradizionalmente affidato allo spossessamento, a mezzo della conservazione dell'identità dei beni, iscritti nei registri o, nel caso dei prosciutti, marchiati.

Nella logica della responsabilità patrimoniale fondata sul rapporto tra soggetto e patrimonio, il meccanismo realizza – allo stesso modo della forma c.d. complementare nella vendita – una elisione esteriore di tale rapporto e la subordinazione – parimenti esteriorizzata – del bene a una regola di responsabilità differente.

Il secondo profilo pur implicando la rinuncia all'identità del bene, e anzi per definizione implicandone la mutazione, presuppone lo spossessamento e realizza una vicenda che integralmente si consuma all'esterno del patrimonio del debitore: non pone perciò stesso

problemi di tutela dei terzi creditori (soltanto di quelli successivi ovviamente, ma i precedenti hanno l'azione revocatoria) e dunque non pone problemi di rapporto tra garanzia convenzionale e garanzia generica.

Fin qui parlerei di evoluzione fisiologica, certamente equilibrata rispetto allo sviluppo dei rapporti economici e degli interessi ai quali gli istituti devono servire e tuttavia non tale da allontanare i medesimi istituti dalla loro essenza tradizionale.

3. Una prima espressione di cambiamento più radicale si trova ancora nella riforma francese del 2006, questa volta del codice di commercio. Anche qui il pegno viene delineato come garanzia senza spossessamento ma assume caratteri particolari sia sotto il profilo dell'oggetto (stock di prodotti o semilavorati o materie prime) sia dei soggetti (il creditore può esclusivamente essere un istituto di credito). È consentita la sostituzione – da parte del debitore – dei beni pignorati, con evidente perdita di identità ovvero, anche soltanto, dei confini certi del patrimonio sottoposto momento per momento alla garanzia.

Il sistema di pubblicità adottato ha l'effetto di attribuire un grado a creditori omogenei sul valore originario del credito di ciascuno di essi. Per la prima volta è possibile nutrire la sensazione che il sistema dei contratti costitutivi delle garanzie ridefinisca in realtà direttamente il concorso tra i creditori incidendo sulle regole della generica destinazione alla garanzia. V'è anche da dire, tuttavia, che a fronte di ciò il legislatore francese del 2006 ha conservato le tutele dell'ordinario procedimento esecutivo non accordando ai creditori strumenti solutori più favorevoli.

Il legislatore italiano, con il DL 3 maggio 2016, n. 59 («Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione», c.d. salvabanche), si spinge decisamente oltre. Il decreto non è il prodotto dell'interazione dei formanti nazionali, come lo erano state le precedenti innovazioni. Questa disciplina trova il proprio contesto nella normativa Europea del nuovo millennio, quella di reazione alla crisi economica. Vale ricordare l'approccio con il quale soprattutto con il regolamento EMIR è affrontato il problema posto dalla presenza massiccia nei bilanci anche degli istituti finanziari di rapporti ad alto

rischio privi di sottostante. Vale la pena cioè di ricordare che la collateralizzazione è il primo tra i sistemi di mitigazione del rischio sistemico impiegato nell'emergenza della crisi finanziaria.

Soprattutto è opportuno ricordare il Libro verde della Commissione Europea del 18 febbraio 2015 intitolato «Costruire un'Unione dei mercati dei capitali», il quale persegue la finalità di profilare strumenti idonei ad alleggerire la pressione sulle banche affinché siano in grado di animare un mercato dei finanziamenti efficace e accessibile anche per le imprese piccole e medie. Ebbene, in un contesto nel quale è nuovamente considerato lo strumento dell'esternalizzazione del rischio tramite operazioni di cartolarizzazione – salva la necessità che si presentino «sostenibili» ovvero «di alta qualità» – è contenuta una chiara espressione del ruolo sistemico giocato dalle garanzie reali: le «garanzie reali» si legge «sono un anello essenziale del sistema finanziario poiché sottendono molte operazioni di mercato e fungono da rete di sicurezza in caso di problemi. La limitata fluidità di tali garanzie in tutta l'UE attualmente impedisce ai mercati di essere efficienti». Ancora, è precisato che con «la crisi finanziaria è cresciuta la richiesta di garanzie reali, a causa della necessità del mercato di finanziamenti più sicuri e anche dei nuovi obblighi normativi, come quelli stabiliti dal regolamento sulle infrastrutture del mercato europeo (EMIR) e dal regolamento sui requisiti patrimoniali (CRR)».

Il decreto 59/2016 è occasionato da una nota vicenda di dissesto di quattro banche italiane di dimensioni medio piccole, in relazione al quale si è per la prima volta ipotizzata l'applicazione del c.d. *bail in*, introdotto dalla direttiva UE/2014/59. Di là dall'esito della specifica vicenda, il provvedimento esprime una generale profonda preoccupazione per la stabilità del sistema, messa a rischio dalla difficile situazione di molte banche, a loro volta destabilizzate dalla scarsa qualità dei loro crediti. In detto contesto, la disciplina in tema di garanzie è introdotta dal capo I, intitolato «Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti». Dell'art. 1, rubricato «Pegno mobiliare non possessorio», è utile riprodurre qualche passaggio: «1. Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti concessi a loro o a terzi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa».

Il comma 1, dunque, delimita l'ambito soggettivo (soltanto banche e imprenditori), limita i crediti garantiti in quelli inerenti all'esercizio dell'impresa, ne contempla la tipologia nel modo il più possibile ampio, fino a ricomprendere crediti futuri e (non determinati ma) determinabili, pone sulle parti l'onere di stabilire un importo massimo.

Di seguito: «2. Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo».

In prima battuta, anche il comma 2 delimita l'ambito, questa volta oggettivo (oppignorati possono essere esclusivamente beni mobili destinati all'impresa e non possono essere mobili registrati), per poi definirne la tipologia nel modo più ampio, ricomprendendovi beni futuri e (non determinati ma) determinabili anche con generico riferimento alla categoria o, ancora più genericamente, al valore.

Il medesimo comma 2 continua autorizzando, salvo patto contrario, la trasformazione e l'alienazione del bene oppignorato da parte del debitore o del terzo concedente e prevedendo in tali casi il trasferimento della garanzia sul bene risultante dalla trasformazione o, rispettivamente, sul corrispettivo realizzato o sul bene con esso acquistato.

Fin qui: a garanzia di crediti futuri, non determinati, determinabili e limitati nel valore in via convenzionale, è possibile costituire un pegno non possessorio avente a oggetto beni futuri determinati esclusivamente nel valore (ma diremmo perciò, per definizione, indeterminati).

Proseguendo, il comma 4 precisa l'efficacia dell'iscrizione in punto di disciplina della responsabilità: «dalla data dell'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali». Il comma 5 regola l'ipotesi di conflitto del creditore con altro creditore pignoratizio individuando quale criterio prevalente (anche sulla priorità dell'iscrizione) l'eventuale diretta strumentalità del finanziamento garantito all'acquisto del bene pignorato.

Semplificando, il decreto dota il pegno della elasticità che fino a oggi era stata guadagnata, non senza fatica, soltanto dalle garanzie personali. L'osservazione che sorge spontanea riprende l'essenza

dell'istituto tradizionale, quella che ne aveva finora indotto la rigidità: il pegno congela un bene appartenente al patrimonio del debitore in favore di un singolo creditore sottraendolo al concorso fino alla soddisfazione di tale singolo creditore; la cosa è stata sempre considerata legittima, non determinante cioè di una disegualianza ingiustificata tra i creditori, in ragione della precisa individuazione, momento per momento, del bene oppignorato, della sua uscita in data certa dal patrimonio del debitore e della stretta accessorietà con una obbligazione parimenti determinata. Per queste medesime ragioni il pegno è stato reputato garanzia speciale a fronte di quella generica innestantesi sulla previsione dell'art. 2740 c.c. Ancora, per queste ragioni qualcuno ha potuto ravvisare nel pegno e non nella garanzia generica una ipotesi di destinazione in senso stretto: destinazione, ovviamente, alla garanzia.

Il pegno non possessorio, quello del DL 59/2016 s'intende, fatica a distinguersi qualitativamente dalla garanzia generica. Meglio, la genericità dei nessi identificativi del rapporto consegna l'immagine di un legislatore il quale, memore della teoria che nei primi decenni del secolo scorso rappresentava la responsabilità patrimoniale generica come una sorta di pegno omnibus sul patrimonio del debitore, ha bensì attribuito all'autonomia privata il potere di sezionare i patrimoni per quote di valore, frammentando l'unico patrimonio c.d. generale, unificato dal criterio proprietario espresso dallo stesso art. 2740, in più nuclei unificati invece dagli accordi e dall'iscrizione costitutiva di cui all'art. 6 del DL.

Il comma 7 disciplina l'escussione della nuova garanzia. A tal fine il creditore, previa intimazione comunicata per iscritto, può procedere: «a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita [...]; b) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita [...]; c) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro [...], alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione [...]; d) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro [...], all'appropriazione 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».

Infine, è disposto che, in caso di escussione, il debitore consegni il bene oggetto di garanzia entro quindici giorni dall'intimazione. Per assicurare la celerità del procedimento, è previsto che in caso di mancata consegna il creditore possa fare istanza anche verbale all'ufficiale giudiziario affinché proceda anche in mancanza di titolo esecutivo e di precetto. A fronte di ciò, il debitore o il terzo datore di pegno hanno cinque giorni per proporre opposizione. Hanno poi tre mesi per proporre azione risarcitoria degli eventuali danni causati da illegittimità o abusi ascrivibili al creditore procedente.

La situazione soggettiva del creditore, come delineata dalle regole dell'escussione, somiglia assai poco a quella del creditore pignoratorio ricavabile dalla disciplina del codice civile. Quest'ultima infatti assicura al creditore essenzialmente due prerogative: il controllo del bene in corso di rapporto – onde escluderlo dalla circolazione – e la prelazione rispetto agli altri creditori nell'ambito del concorso. Il nostro pegno senza spossessamento, prescinde dal controllo diretto sul bene e attribuisce invece al creditore, nella fase esecutiva, facoltà che testimoniano assai più che di una mera posizione di prelazione e sembrano mimare una forma di cessione della proprietà con scopo di garanzia.

4. Cessione della proprietà, si diceva. Il dato è da interpretare guardando complessivamente alla categoria da principio individuata: quella dei negozi originanti vicende circolatorie di situazioni per scopo di garanzia che siano idonee a incidere sulla disciplina della responsabilità patrimoniale in ragione di un effetto accrescitivo degli strumenti di soddisfazione delle ragioni creditorie. Guardando dunque all'intera categoria, alla quale si iscrivono a pieno titolo ipotesi eterogenee – dal mandato irrevocabile all'incasso alle vendite con riserva di proprietà, al trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato di cui all'art. 2 del medesimo decreto 59/2016 ai patti marziani dell'art. 120 quinquiesdecies TUB – si coglie con chiarezza la tendenza a dotare il credito di strumenti di soddisfazione di principio estranei al meccanismo attuativo del rapporto obbligatorio per come delineato dal codice civile.

Per dirla in altri termini, il meccanismo in sé della garanzia anche quando qualificabile come reale non assicura – specie in tempo di crisi, e di crisi di liquidità – un’efficienza adeguata alla necessità di stabilità e di vitalità del mercato del credito. Se, dunque, la ricerca di forme di garanzia assistite da prerogative proprietarie è stata per lungo tempo espressione dell’interesse del ceto creditorio al controllo diretto di una fonte di liquidità alla quale attingere senza intermediazioni, la nuova figura di pegno non possessorio testimonia dell’assunzione del medesimo interesse a livello di sistema, a salvaguardia della stabilità degli operatori istituzionali. La cosa appare del resto perfettamente armonica rispetto ad un sistema che è profondamente mutato innanzitutto nella struttura economico sociale e quanto al ruolo assunto dai rapporti di credito nel mercato anche dei beni di prima necessità. Perfettamente armonica appare, ancora, nella logica di un sostanziale ribaltamento, rispetto alla progressiva diminuzione della effettiva negoziazione di diritti proprietari sui beni circolanti sui mercati; che vale a dire che i debitori sono, nel contempo, sempre meno proprietari poiché in misura crescente si rendono acquirenti di situazioni precarie, mediante rapporti parcellizzati in ragione del mero godimento protratto nel tempo.

Per sintetizzare quest’ultimo movimento, potremmo dire che il motore del mercato dei beni, che nello scorso millennio era il reddito, è divenuto oggi il debito. Ciò determina indubbiamente un mutamento di ruolo anche tecnico dell’obbligazione nella dinamica della circolazione della ricchezza. Quello che occorre chiedersi dinanzi a figure come quella descritta è se esse non alterino l’istituto dell’obbligazione anche nella sua sostanza tecnica. Probabilmente alterato è il rapporto tra responsabilità personale e responsabilità patrimoniale rispetto alle costruzioni prevalenti nel secolo scorso, forse anche lo è l’elemento dell’interesse del creditore in quanto dal principio centrato non già sulla prestazione ma sui diritti che gli consentono di esercitare prerogative di stampo dominicale direttamente su beni o porzioni di patrimonio destinati alla sua soddisfazione.

Del resto, della struttura tradizionale del rapporto obbligatorio già da tempo si è trasformato il ruolo dell’elemento del rischio, reputato accidentale ed esterno dalla letteratura classica e oggi divenuto invece essenziale sulla scorta di note evoluzioni dei mercati finanziari. Tutte

queste mutazioni semplicemente confermano la sensibilità degli istituti rispetto alla realtà sulla quale sono destinati a operare. Su di essi occorrerà riflettere verificandone la coerenza non tanto o non soltanto con l'obbligazione degli artt. 1173 ss. c.c. ma anche e soprattutto con il grappolo delle discipline recenti – da quelle sul credito al consumo e sul mutuo a quelle sul sovraindebitamento e sulle procedure concorsuali a quelle sui mercati finanziari e assicurativi a quelle, infine, sulle crisi bancarie – le quali danno vita a un sistema nuovo profondamente diverso da quello che ha visto la nascita e lo sviluppo della teoria delle obbligazioni su cui si sono formate generazioni di giuristi.