



DIRITTO BANCARIO

3. LE GARANZIE BANCARIE

Prof. Matteo De Poli
Università degli Studi di Padova

LA CESSIONE DEL CREDITO A SCOPO DI GARANZIA ED IL MANDATO IRREVOCABILE ALL'INCASSO

LA CESSIONE DEL CREDITO ALLA BANCA PROFILI GENERALI

Il modo con cui la cessione *pro solvendo** del credito ad una banca è generalmente regolata dalle banche la rende diversa dalla cessione *pro solvendo* comune (artt. 1267 ss. c.c.): v. a breve il perché.

↳ La corretta qualificazione della figura consente di inquadrare i rapporti tra le parti, e tra la banca ed il curatore fallimentare del cedente (se poi fallito).

* **Memo:** nella cessione *pro solvendo* di un credito il cedente garantisce al cessionario sia l'esistenza del credito sia la solvibilità del creditore. Nella cessione *pro soluto*, invece, il cedente garantisce al cessionario solo l'esistenza del credito.

I TRATTI CARATTERISTICI DELLA FIGURA

- Il cliente al quale viene concesso credito (cd. “**rapporto garantito**”) cede alla banca un proprio credito verso terzi (c.d. “**cessione di credito**”).
- La titolarità del credito passa – in forza dell’atto di cessione – immediatamente in capo alla banca.
- La cessione è *pro solvendo*.
- Fino all’incasso la banca può agire sia contro il debitore ceduto, sia contro il cedente.
 - ↳ La banca **non** è tenuta ad agire dapprima contro il debitore ceduto e, solo in caso di mancata riscossione del credito, contro il cedente.
 - ↳ La banca, quindi, può agire direttamente contro il cedente e se l’originario credito scade prima di quello ceduto in garanzia, può rivolgersi al cedente anche prima della scadenza del credito ceduto.

I TRATTI CARATTERISTICI DELLA FIGURA IL PAGAMENTO

- a) In caso di **pagamento da parte del terzo ceduto**, la banca incassa il denaro, imputandolo a decurtazione o ad estinzione del proprio credito, e, laddove vi sia un'eccedenza positiva, accreditala in conto al cedente.

- b) In caso di **pagamento da parte del cedente**, la banca deve ritrasferirgli il credito originariamente ceduto e il ritrasferimento deve essere notificato al debitore ceduto o da questi accettato*.

* Queste formalità non dovranno essere poste in essere nel caso di trasferimento di titolo di credito.

LA FUNZIONE (CAUSA) DELLA CESSIONE

Date queste caratteristiche, nella cessione di credito alla banca non è in discussione la natura, solutoria oppure di garanzia, di questa cessione perché

- il cedente dichiara espressamente che **il credito è ceduto in garanzia del credito concesso dalla banca** e delle successive ed eventuali concessioni di credito;
- la **titolarità del credito**, come visto, passa – in forza dell’atto di cessione – immediatamente in capo alla banca
 - ↳ *Contra*: nel pegno di crediti viene trasferita al creditore pignoratizio la sola titolarità dello *ius exigendi*.
 - ↳ *Idem* nella conterminale figura del mandato irrevocabile all’incasso (v. oltre).

DISCIPLINA DELLA CESSIONE

- Il trasferimento del (diritto di) credito rende **impignorabile** lo stesso da parte dei creditori del cedente (\neq nel mandato, pur se irrevocabile, all'incasso dello stesso credito).
- Il cedente **non è liberato** dalla propria obbligazione di restituzione della somma di denaro ottenuta fintantoché la banca non abbia incassato il credito.
- Questa forma di cessione di crediti **non lede il divieto di patto commissorio** (art. 2744 c.c.)
 - ↳ Non si realizza un approfittamento di uno stato di bisogno di un soggetto il quale, pur di ottenere un prestito, acconsente a che un bene di maggior valore passi in proprietà del creditore in caso di mancato pagamento del credito.

DISCIPLINA DELLA CESSIONE IN CASO DI DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DEL CEDENTE

- Alla curatela sono **opponibili** le sole cessioni di credito che siano state notificate al debitore ceduto, o da questi accettate, prima della dichiarazione di fallimento.
- La banca che abbia incassato il credito ceduto potrà subire un'azione di **revocatoria fallimentare**, ma non ai sensi dell'art. 67, comma 1, L.F. (atti estintivi del debito effettuati con mezzi di pagamento anormali) ma dell'art. 67, comma 2, L.F. (revocatoria degli atti costitutivi di prelazioni).
 - ↳ Comma 1: «Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: ... 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento».
 - ↳ Comma 2: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e **quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti**, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento».

IL MANDATO IRREVOCABILE ALL'INCASSO

- Nel mandato irrevocabile all'incasso il soggetto finanziato dalla banca incarica quest'ultima di **riscuotere un proprio credito verso terzi**, trattenendolo ad estinzione o decurtazione del credito per finanziamento dalla stessa erogato.
- Il mandato è conferito anche **nell'interesse della banca mandataria** (v. art. 1723, co. 2, c.c.).
 - ↳ L'interesse del mandatario-banca è quello di interporre tra il proprio cliente ed il debitore di questi, svolgendo una funzione di incasso del credito che opererà come mezzo estintivo sia del proprio credito verso il mandante sia del debito del terzo verso il mandante.
- **Oggetto** del mandato irrevocabile conferito alla banca è **l'esazione e l'incasso** – anche mediante girata, pure per quietanza, di titoli di credito – di tutte le somme che il terzo (debitore del mandante) deve in dipendenza del credito del quale la banca deve curare l'incasso.
 - ↳ Le somme incassate dalla banca in virtù del mandato possano essere portate ad estinzione o a decurtazione di ogni credito vantato dalla banca nei confronti del mandante.
- Con questa operazione **il credito non viene trasferito al mandatario**, restando nella titolarità e nella disponibilità del mandante. Inoltre, sulle somme incassate la banca non ha un diritto di prelazione, cosa che distingue il mandato irrevocabile all'incasso dal pegno di crediti.

IL MANDATO IRREVOCABILE ALL'INCASSO IN CASO DI DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DEL CEDENTE

Se il cedente fallisce e la banca ha incassato il credito e utilizzato le somme per l'estinzione di un debito del cedente verso essa stessa, si ritiene che

- il mandato realizza una **funzione solutoria**, risolvendosi nella precostituzione di un mezzo sicuro di pagamento per il mandatario in ordine ai finanziamenti da effettuare a favore del mandante;
- questo schema realizza un mezzo soddisfacente diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali (dunque anomalo).



Il mandato è **revocabile** ai sensi dell'art. 67, co. 1, n. 2, [L.F.](#) (v. sopra).

LA FIDEIUSSIONE OMNIBUS

LA FIDEIUSSIONE CARATTERISTICHE GENERALI

- È una **garanzia personale** disciplinata agli artt. 1936-1957 c.c.: «È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui» (art. 1936, co. 1, c.c.).
- Caratteristica fondamentale → **accessorietà**:
 - la garanzia è valida se è valida l'obbligazione principale (art. 1939 c.c.);
 - il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spetterebbero al debitore principale, salvo quelle derivanti dall'incapacità (art. 1945 c.c.);
 - ↳ una deroga a questa previsione rende – non più accessoria ma – autonoma la garanzia, e la garanzia verrà trattata come contratto autonomo di garanzia (v. oltre);
 - il fideiussore non può essere tenuto a dare più di quanto è dovuto dal debitore né la fideiussione può essere prestata a condizioni più onerose (art. 1941 c.c.);
 - il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito (art. 1944 c.c.).

LA FIDEIUSSIONE OMNIBUS

- Il fideiussore *omnibus* garantisce l'adempimento di **tutte le obbligazioni, anche future**, che un soggetto ha assunto ed assumerà nei confronti di una banca.
- Sulla sua evoluzione:
 - la fideiussione *omnibus* è nata nella prassi bancaria ed è vissuta di regolamentazione “uniforme” di marca bancaria ...
 - ... in seguito, è stata disciplinata in chiave di “trasparenza” dall'art. 10 della [L. 17 febbraio 1992 n. 154](#), che ha modificato gli artt. 1938 e 1956 c.c.*

* Le fideiussioni *omnibus* rilasciate prima dell'entrata in vigore della [L. 154/92](#) sono ritenute valide nei riguardi dei debiti verso la banca sorti prima della data di entrata in vigore della legge.

LA RIFORMA IN CHIAVE DI TRASPARENZA L'IMPORTO MASSIMO GARANTITO

L'art. 10 della [L. 154/92](#) ha modificato l'art. 1938 nei seguenti termini:

Vecchia formulazione	Nuova formulazione
Art. 1938 c.c.: «La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione futura o condizionale».	Art. 1938 c.c.: «La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito ».

N.B.:

- La fideiussione prestata per un'obbligazione futura, pertanto, se rispetta quella prescrizione è valida (tema della determinatezza o determinabilità dell'oggetto contrattuale).
- L'importo massimo garantito deve essere **determinato in modo espresso** (arg. ex art. 1937 c.c., secondo cui «La volontà di prestare fideiussione deve essere espressa»).

LA RIFORMA IN CHIAVE DI TRASPARENZA LA RINUNCIA AD AVVALERSI DELLA LIBERAZIONE

L'art. 10 della [L. 154/92](#) ha modificato l'art. 1956 c.c., aggiungendovi il secondo comma:
«1. Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.
2. Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione».

UN ESEMPIO DI CLAUSOLA FIDEIUSSORIA (OMNIBUS)

«Ci costituiamo fideiussori di Tizio e dei suoi successori ed aventi causa con beneficio della divisione con altri garanti per l'importo di € 2.000.000,00 per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta Banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, poste in essere dal predetto finanziato nell'ambito della sua attività imprenditoriale/professionale, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto finanziato o a chi gli fosse subentrato, quali, a titolo puramente indicativo e non esaustivo, finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli, su crediti, su merci, sconto o negoziazione di titoli cambiari o documenti, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita di titoli e cambi, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi. Nei limiti sopra indicati, garantiremo inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate nell'interesse di terzi, per le quali Vi dichiariamo sin d'ora di considerarci solidalmente obbligati nei Vostri confronti, e ciò indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni stabilite dall'art. 1948 c.c.»

LE PRINCIPALI CLAUSOLE

La clausola omnibus

«Ci costituiamo fideiussori di Tizio e dei suoi successori ed aventi causa con beneficio della divisione con altri garanti per l'importo massimo garantito di € 2.000.000, per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta Banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, poste in essere dal predetto finanziato nell'ambito della sua attività imprenditoriale/professionale, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto finanziato o a chi gli fosse subentrato, quali, a titolo puramente indicativo e non esaustivo, finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli, su crediti, su merci, sconto o negoziazione di titoli cambiari o documenti, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita di titoli e cambi, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi. Nei limiti sopra indicati, garantiremo inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate nell'interesse di terzi»».

La clausola sul pagamento a prima richiesta

«Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio a semplice richiesta scritta mediante lettera raccomandata o pec ed anche in caso di opposizione del debitore»».

LE PRINCIPALI CLAUSOLE (SEGUE)

La clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c.:

«I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato».

La c.d. clausola di “sopravvivenza”:

«Qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

La c.d. clausola di “reviviscenza”:

«Il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

NORMATIVA ANTITRUST E FIDEIUSSIONE BANCARIA

Nel 2005, la Banca d'Italia – quale Autorità garante della concorrenza nel settore del credito* – ha dichiarato turbative del libero gioco della concorrenza le Norme Uniformi Bancarie elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana in materia di fideiussione contenenti le seguenti previsioni ([link](#)):

- **clausola sopravvivenza:** *«qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate»;*
- **clausole di reviviscenza:** *«il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo»;*
- **rinuncia termini ex art. 1957 c.c.:** *«i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».*

* **N.B.:** dal 2006, tale competenza è attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

NORMATIVA ANTITRUST E FIDEIUSSIONE BANCARIA LE RICADUTE SUI CONTRATTI

Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994 ([link](#)) ha dichiarato che «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, sono **parzialmente nulli**, ai sensi dell’art. 2, comma 3 della Legge succitata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

↳ **Nullità meramente parziale:** l’impegno del fideiussore rimane in piedi. Cadono le regole contrattuali contrastanti la normativa antitrust.

↳ Sugli effetti della nullità della rinuncia del garante ai **termini ex art. 1957 c.c.**, ai sensi del quale:

«1. Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate.

2. La disposizione si applica anche al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell’obbligazione principale.

3. In questo caso però l’istanza contro il debitore deve essere proposta entro due mesi.

4. L’istanza proposta contro il debitore interrompe la prescrizione anche nei confronti del fideiussore».

FIDEIUSSIONE E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA L'AUTONOMIA

Il contratto autonomo di garanzia è una garanzia in cui non sussiste il rapporto di accessorietà con l'obbligazione principale, sicché non sussiste vincolo di solidarietà tra l'obbligazione assunta dal debitore principale e quella del garante (caratteristica dell'**autonomia**).

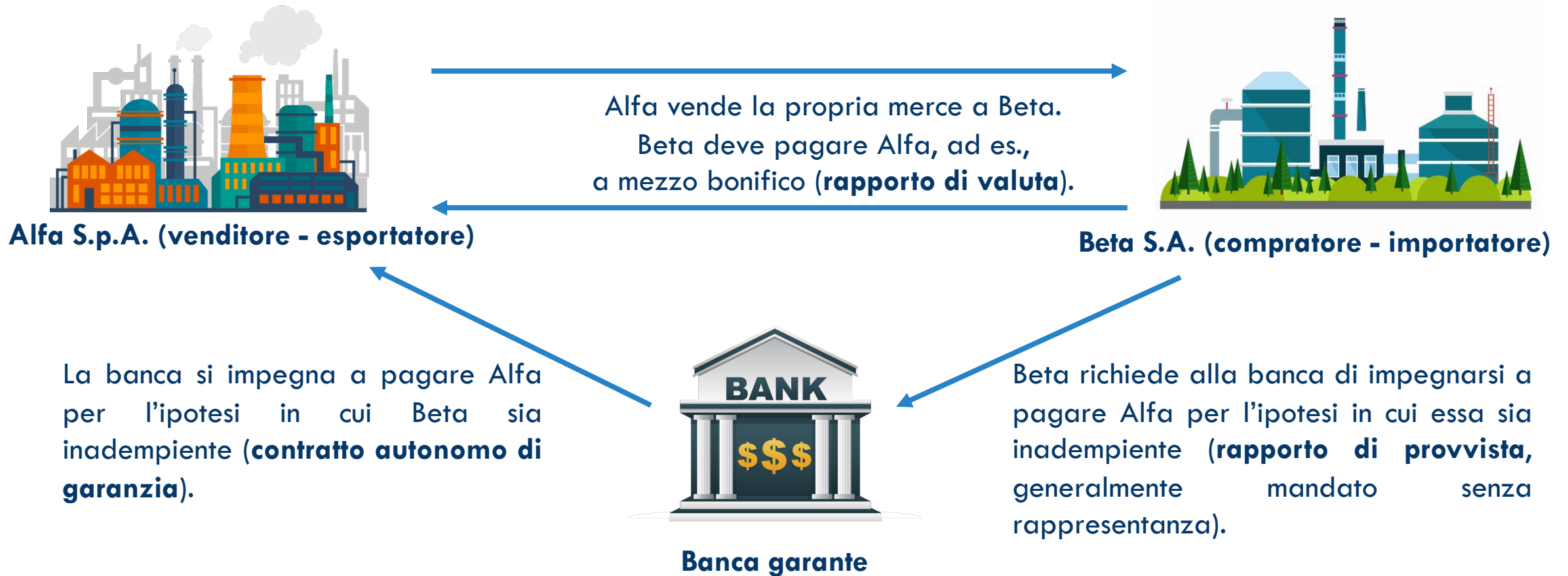
- ↳ Il garante non può opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ma
- ↳ può però opporre l'*exceptio doli* in caso di escussione abusiva o fraudolenta.



Dunque, il creditore è più garantito da un contratto autonomo che da una fideiussione.

N.B. La c.d. “polizza fideiussoria” emessa da una compagnia assicurativa con la quale la compagnia si impegna a pagare un certo importo al beneficiario, per garantirlo in caso di inadempimento della prestazione a questi dovuta dal proprio contraente (ad es., in caso di appalto e di rischio di inadempimento dell'appaltatore verso il committente) è considerata un contratto autonomo di garanzia, non una fideiussione.

LA STRUTTURA BASILARE DELL'OPERAZIONE



FIDEIUSSIONE E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA L'ATIPICITÀ E LA CAUSA DEL CONTRATTO

Il contratto autonomo di garanzia non è disciplinato dal codice civile (**atipicità e rilevanza delle c.d. “Uniform Rules for Demand Guarantees 758”**): esso è certamente lecito perché realizza interessi meritevoli di tutela in quanto sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito sulla banca.

↳ La causa concreta del negozio autonomo consiste nel **trasferire da un soggetto all'altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale**, mentre nelle obbligazioni solidali in generale, e nella fideiussione in particolare, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale, sicché **l'obbligazione del garante autonomo rimane sempre distinta da quella del debitore principale**, essendo finalizzata ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione, configurandosi tra le stesse un mero collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni.

↳ Altra rilevante differenza tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia sta nel fatto che, se il pagamento fatto dal fideiussore non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, egli può agire in ripetizione con l'azione di indebito ex art. 2033 c.c. nei confronti del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, mentre il garante autonomo, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), ma potrà esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito.

FIDEIUSSIONE E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA LA CLAUSOLA “A PRIMA RICHIESTA E SENZA ECCEZIONI”

Secondo Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2021, n. 15091 la previsione, nel testo contrattuale di una garanzia bancaria, della clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” **fa presumere l’assenza dell’accessorietà della garanzia ...**

... anche in mancanza di essa, comunque, il tenore dell’accordo può portare a ritenere che si sia in presenza di un contratto autonomo di garanzia, in particolare in presenza di una clausola che fissa al garante il ristretto termine di trenta giorni per provvedere al pagamento dietro richiesta del creditore, insufficiente per l’effettiva opposizione delle eccezioni, e dalla esclusione, al contempo, della possibilità per il debitore principale di eccepire alcunché al garante in merito al pagamento stesso*.

* Sulla irrinunciabilità della tutela inibitoria ex art. 700 c.p.c.: brevi cenni.

LE LETTERE DI PATRONAGE

INQUADRAMENTO GENERALE DELLE LETTERE DI PATRONAGE

Quando il potenziale garante non vuole concedere una fideiussione né tanto meno una garanzia autonoma ma ciononostante vuole agevolare il cliente della banca ad ottenere credito a fronte delle garanzie richieste dalla stessa, può emettere una c.d. “**lettera di patronage**”.

Funzione:

- la funzione tipica delle dichiarazioni contenute in tali lettere non consiste nel “garantire” l’adempimento altrui, bensì unicamente nel **rafforzare nella banca il convincimento che il potenziale debitore (anche detto “patrocinato”)** farà fronte ai propri impegni*;
- ciò non significa che chi rilascia la lettera di *patronage* (cd. “patrocinante” o “*patronnant*”) vada esente da qualsiasi **responsabilità per quanto dichiarato**.

*Esempio: è frequente che siano emesse dalla società controllante a favore della società controllata.

TIPOLOGIE

Lettera di <i>patronage</i> “debole”	Lettera di <i>patronage</i> “forte”
<p>Le dichiarazioni del patrocinate hanno un contenuto meramente informativo, circa l’esistenza della posizione di influenza e sulle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinate: pertanto, si ritiene abbiano natura negoziale non vincolante.</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Il patrocinate risponde, se del caso, solo in termini di responsabilità precontrattuale.</p>	<p>Il patrocinate non si limita ad esternare la propria posizione di influenza o a fornire informazioni sul soggetto patrocinate ma assume veri e propri impegni (quali, ad es., la salvaguardia della solvibilità della società controllata, o il futuro mantenimento della propria partecipazione nella medesima). L’impegno ha dunque per oggetto un facere (non un pagare) in quanto il patrocinate deve tenere una certa condotta, in modo che il patrocinate (in genere, la società controllata) sia sempre nelle condizioni economiche di adempiere gli impegni assunti con la banca.</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Il patrocinate assume impegni e, se è inadempiente, risponde in termini di responsabilità contrattuale (v. art. 1333 c.c. sul contratto con obbligazioni del solo proponente).</p>

IL PEGNO ROTATIVO

INQUADRAMENTO GENERALE DEL PEGNO ROTATIVO

Il pegno rotativo è una garanzia reale riguardo alla quale le parti hanno acconsentito ad una **sostituzione dell'oggetto iniziale*** del pegno senza necessità di ulteriori stipulazioni.



Si evita così al creditore di stipulare un nuovo pegno.

* Ad es.: certificati di deposito, obbligazioni, *etc.* che scadano prima della scadenza della linea di credito garantita.

INQUADRAMENTO GENERALE DEL PEGNO ROTATIVO (SEGUE)

Si ritiene che il creditore possa avvalersi della causa legittima di prelazione a condizione che:

- a) La previsione delle future ed eventuali sostituzioni del bene oggetto di pegno riguardi **beni di valore non superiore al primo**.
 - ↳ La sostituzione del bene originariamente concesso in garanzia costituisce soltanto il meccanismo attuativo della prevista rotatività **senza determinare alcun effetto novativo del rapporto**.
- b) Il patto sia consacrato in una **scrittura avente data certa che accompagni la consegna e contenga una sufficiente indicazione della cosa e del credito**.
 - ↳ la data certa rileva, in modo particolare, nel caso di fallimento del debitore, e per evitare che il curatore fallimentare eccepisca che la costituzione del pegno non gli è imputabile.
 - ↳ la certezza della data, dunque, va riferita solo alla convenzione originaria prevedente la sostituzione e non già alla scrittura o alle scritture con le quali la stessa in concreto si attui.
 - ↳ il pegno potrà essere sottoposto all'azione **revocatoria fallimentare** solo quando nei sei o dodici mesi precedenti ricada non solo il momento della sostituzione ma anche il momento (anteriore) della costituzione in pegno.

SULLA RILEVANZA DEI CITATI REQUISITI

Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1526 ha chiarito che «*Nella originaria stipulazione del pegno rotativo l'espressa previsione che la sostituzione dei beni oggetto di garanzia sia accompagnata dalla consegna, e che i beni in sostituzione non abbiano valore superiore ai precedenti, non costituiscono elementi essenziali del patto richiesti a pena di nullità, ma solo il requisito che quanto dato in sostituzione deve possedere perché la prelazione del creditore su quanto ricevuto in pegno sia opponibile ai terzi*» (massima in *Giust. Civ. Mass.*, 1, 2010, p. 95).

IL PEGNO OMNIBUS

INQUADRAMENTO GENERALE DEL PEGNO OMNIBUS

- È un pegno a garanzia di crediti condizionali o futuri.
 - ↳ Secondo l'art. 2852 c.c. «L'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche se è iscritta per un credito condizionale. La stessa norma si applica per i crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente» → **applicabilità analogica al pegno** (v. Cass. civ., sez. I, 25 marzo 2009, n. 7214)
- Occorre esaminarne la validità o opponibilità in relazione all'art. 2787 c.c. che disciplina la **prelazione del creditore pignoratizio**:
 - «1. Il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno.
 2. La prelazione non si può far valere se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti.
 3. Quando il credito garantito eccede la somma di 2,58 euro, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa.
 4. Se però il pegno risulta da polizza o da altra scrittura di enti che, debitamente autorizzati, compiono professionalmente operazioni di credito su pegno, la data della scrittura può essere accertata con ogni mezzo di prova»).

INQUADRAMENTO GENERALE DEL PEGNO OMNIBUS (SEGUE)

Visto quanto previsto dall'art. 2787, co. 3, c.c., comma 3, quando il credito eccede un certo importo la prelazione pignorizia può essere opposta ai terzi (= **opponibile agli altri creditori**) se la scrittura che documenta il pegno è di data certa e contiene sufficienti indicazioni del credito, oltretutto della cosa.

Considerazioni:

- Tale indicazione può anche essere desunta in via indiretta, in base ad elementi che comunque portino alla identificazione del credito garantito, che siano presenti all'interno della scrittura o anche ad essa esterni, purché il documento contenga indici di collegamento utili alla individuazione del credito e della cosa.
- È inopponibile ai terzi la prelazione se, per la genericità delle espressioni usate, il credito garantito può essere individuato solo con l'ausilio di ulteriori elementi esterni, ancor più se non preesistenti o almeno coevi alla formazione della scrittura, la cui insorgenza solo dopo la convenzione, tanto più se lontano da essa, comporta che il pegno fu costituito in previsione di indeterminate ed eventuali operazioni creditizie, e mancò dunque dei caratteri di accessorietà ed inerenza, venuti ad esistenza solo *ex post*.
- La indeterminatezza del credito garantito, al pari di quella afferente all'oggetto del pegno, è causa di nullità del contratto.

IL PRIVILEGIO SPECIALE EX ART. 46 TUB

INQUADRAMENTO GENERALE

Art. 46, co. 1, TUB:

«1. La concessione di **finanziamenti a medio e lungo termine da parte di banche alle imprese** può essere garantita da **privilegio speciale su beni mobili, comunque destinati all'esercizio dell'impresa, non iscritti nei pubblici registri**. Il privilegio può avere a oggetto:

- a) *impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali;*
- b) *materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci;*
- c) *beni comunque acquistati con il finanziamento concesso;*
- d) *crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nelle lettere precedenti».*

Caratteristiche:

- **le parti coinvolte:** banca ed impresa;
- **l'oggetto del privilegio:** beni mobili destinati all'esercizio dell'attività d'impresa ma non iscritti in pubblici registri;
- **l'obiettivo della norma:** supportare la finanza di progetto con il rilascio di speciali garanzie (N.B.: ai sensi del co. 1-bis, il privilegio può essere costituito anche per garantire obbligazioni e titoli simili emessi da società ai sensi degli artt. 2410 ss. o 2483 c.c., la cui sottoscrizione e circolazione è riservata a investitori qualificati).

SUI REQUISITI DI FORMA

Ai sensi dell'art. 46, co. 2, [TUB](#), il privilegio, **a pena di nullità, deve risultare da atto scritto**, in cui devono essere esattamente descritti:

- i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito;
- la banca creditrice;
- il debitore e il soggetto che ha concesso il privilegio;
- l'ammontare e le condizioni del finanziamento;
- la somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto.

SULL'OPPONIBILITÀ AI TERZI

Ai sensi dell'art. 46, co. 3, 4 e 5, [TUB](#),

- **l'opponibilità a terzi** del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione dell'atto da cui risulta (art. 46, co. 3, [TUB](#)).
 - ↳ fermo l'art. 1153 c.c., il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione dell'atto. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo;
- il privilegio assume il **grado di cui all'art. 2777, u. co., c.c.**: è preferito ad ogni altro credito, anche pignoratizio o ipotecario, ai privilegi per le spese di giustizia ed ai privilegi indicati nell'arti. 2751-*bis* c.c. (crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane);