



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXIII

OBBLIGAZIONE NEGATIVA E GARANZIE DEL CREDITO. LA CLAUSOLA DI
NEGATIVE PLEDGE

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutore:

Chiar.mo Prof. Antonio Tullio

Dottorando: Francesco Amici

Anni Accademici 2017/2018 – 2019/2020

INDICE – SOMMARIO

CAPITOLO I

STRUTTURA E FUNZIONE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO A CONTENUTO NEGATIVO

1. Considerazioni introduttive	p.	1
2. Impegni a contenuto negativo e rapporto obbligatorio		3
3. Natura giuridica della prestazione a contenuto omissivo		5
4. La divisibilità dell'obbligazione negativa		7
5. Contenuto della prestazione omissiva: <i>non facere, non dare, pati</i> e disciplina applicabile		12
6. Caratteri generali e requisiti di legittimità della prestazione a contenuto omissivo		16
6.1. Possibilità e determinatezza della prestazione		21
7. Liceità e illiceità dell'obbligazione a contenuto negativo In particolare, le obbligazioni negative <i>contra legem</i>		23
7.1 Il patto di non pubblicazione del testamento		26
8. Limiti quantitativi dell'oggetto e illiceità della convenzione: il patto di inalienabilità <i>sine die</i> e quello di non esercitare alcuna attività professionale		30
9. Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto pubblico. I <i>pacta de non licitando</i>		32
9.1 La promessa di non denunciare un reato		34
10. Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto privato		35
11. Obbligazioni negative illecite per contrarietà al buon costume		37
12. Le principali intese a contenuto negativo di fonte legale		40
12. 1 Obbligazioni negative di fonte legale e rapporti patrimoniali connessi al matrimonio		43
13. Intese a contenuto negativo di fonte convenzionale		45
14. Obbligazione negativa e autonomia testamentaria		49
14. 1. Il divieto testamentario di alienazione		52
15. Obbligazioni negative e altre figure a contenuto negativo		54
15. 1. Obbligazioni negative e diritti reali		56
15.1.2. Il divieto di cessione del diritto di uso e abitazione		59

CAPITOLO II

L'OBBLIGAZIONE NEGATIVA IN FUNZIONE DI GARANZIA DEL CREDITO: LA CLAUSOLA DI *NEGATIVE PLEDGE*

1. L'obbligazione negativa in funzione di garanzia: genesi, struttura e funzione della clausola di <i>negative pledge</i>	p.	64
2. La <i>negative pledge</i> nel contesto dei finanziamenti sovranazionali		68
3. <i>Negative pledge</i> e <i>pari passu</i>		70
4. Contenuto della prestazione omissiva		73
5. Eccezioni al dovere d'inerzia imposto dalla <i>negative pledge</i>		80
6. Garanzie di fonte legale e <i>limited lien clause</i>		83
7. Natura giuridica della clausola di <i>negative pledge</i>		88
8. Inadempimento, tutela creditoria e profili rimediali: l'azione di risarcimento del danno		95
a. Esecuzione specifica della prestazione. <i>Prohibitory</i> e <i>mandatory injunction</i>		99
b. <i>Acceleration clause</i>		102
9. Inadempimento della <i>negative pledge</i> e responsabilità del terzo		103
10. Dalle <i>negative pledge</i> alle <i>affirmative-negative pledge: equal and ratable security clause</i> e <i>matching security</i>		107
11. L'inadempimento della <i>equal and ratable security clause</i>		113
12. Criticità delle <i>equal and ratable security clause</i> e sviluppo delle <i>automatic security clause</i>		115
13. Questioni controverse sull'efficacia della <i>Automatic security clause</i>		117

CAPITOLO III

LA *NEGATIVE PLEDGE* NEL CONTESTO NORMATIVO DOMESTICO: PROFILI DI COMPATIBILITÀ E ZONE D'OMBRA

1. Circolazione dei modelli giuridici e opportunità di recepire il modello negoziale della <i>negative pledge</i>	p.	121
2. <i>Negative pledge</i> e art. 1379 cod. civ.; meritevolezza dell'interesse e convenienti limiti di tempo dell'intesa restrittiva		123
3. Portata oggettiva dell'intesa restrittiva		132
4. Prolegomeni sull'inadempimento dell'obbligazione negativa		134
5. Inadempimento della <i>negative pledge</i> ed effettività dei mezzi di tutela a disposizione del creditore: il rimedio risarcitorio		141

6. Altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: tutela inibitoria e la chimera dell'azione revocatoria	148
7. <i>Sanctioning negative pledge</i> e disciplina domestica	152
Indice bibliografico	p. 154

CAPITOLO I

STRUTTURA E FUNZIONE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO A CONTENUTO NEGATIVO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; - 2. Impegno a contenuto negativo e rapporto obbligatorio; - 3. Natura giuridica della prestazione a contenuto omissivo; - 4. La divisibilità dell'obbligazione negativa; - 5. Contenuto della prestazione omissiva: *non facere, non dare, pati* e disciplina applicabile; - 6. Caratteri generali e requisiti di legittimità della prestazione a contenuto omissivo; - 6.1. Possibilità e determinatezza della prestazione; - 7. Liceità e illiceità dell'obbligazione a contenuto negativo. In particolare, le obbligazioni negative *contra legem*; - 7.1 Il patto di non pubblicazione del testamento; - 8. Limiti quantitativi dell'oggetto e illiceità della convenzione: il patto di inalienabilità *sine die* e quello di non esercitare alcuna attività professionale; - 9. Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto pubblico. I *pacta de non licitando*; - 9.1. La promessa di non denunziare un reato; - 10. Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto privato; - 11. Obbligazioni negative illecite per contrarietà al buon costume; - 12. Le principali intese a contenuto negativo di fonte legale; - 12.1 Obbligazioni negative di fonte legale e rapporti patrimoniali connessi al matrimonio; - 13. Intese a contenuto negativo di fonte convenzionale; - 14. Obbligazione negativa e autonomia testamentaria; - 14.1. Il divieto testamentario di alienazione; - 15. Obbligazioni negative e altre figure a contenuto negativo; - 15.1. Obbligazioni negative e diritti reali; - 15.1.2. Il divieto di cessione del diritto di uso e abitazione.

1. Considerazioni introduttive.

“L'obbligazione è una pianta rigogliosa che affonda le sue radici in ogni altra zona del diritto civile, onde la teoria delle obbligazioni è in giurisprudenza ciò che la teoria del valore è in economia politica: il problema centrale al quale ci si trova da ogni parte ricondotti” ⁽¹⁾.

La proposizione, di rara facondia, ben sintetizza come il diritto delle obbligazioni, tanto nella tradizione giuridica moderna quanto in quella più risalente nel tempo, rappresenti uno snodo cruciale, la cui posizione di preminente rilievo trae linfa vitale delle frequenti fughe nei più disparati campi della cultura giuridica ma non solo.

La centralità che la dimensione delle obbligazioni assume nel panorama giuridico, e la conseguente tendenza, specie in alcune aree, verso la superfetazione di argomenti ben noti e superati, non osta tuttavia alla possibilità di scorgere aspetti, in subietta materia, ancora scarsamente investigati.

A tacer d'altro, su questo terreno spicca il tema delle obbligazioni a contenuto negativo ossia, per dirla in poche parole, di quelle situazioni giuridiche dalla fenomenologia assai eterogenea cui è sotteso l'impegno, per l'obbligato, dell'astenersi dal compiere determinati atti nell'interesse del creditore ⁽²⁾.

⁽¹⁾ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, II, Roma, 1914, pag. 19.

⁽²⁾ Nonostante la vasta portata e le dense implicazioni sul piano sostanziale, il tema dell'obbligazione negativa occupa, nel dibattito dottrinale, un ruolo del tutto marginale, come dimostra la scarsa letteratura

Nonostante nella letteratura di *civil law* l'interesse all'approfondimento di questo tema risulti del tutto tangenziale ed episodico ⁽³⁾, a tale marginalità sul piano scientifico non fa eco l'accentuato ricorso all'obbligazione negativa nella prassi, in perfetta aderenza con le virtualità applicative, teoricamente infinite, di tali intese.

Manifestazione paradigmatica di tale precipitato si coglie volgendo alle aree di insegnamento di *common law* e, segnatamente, all'esperienza giuridica statunitense che, nel porsi da modello influente di sviluppo del dibattito sull'obbligazione di stampo negativo, offre al giurista europeo continentale una prospettiva d'indagine del tutto innovativa.

Qui infatti, già solo da uno sguardo fugace a tale realtà normativa, è agevole ravvisare nella prassi contrattuale interna come anche nelle operazioni negoziali dotate di profili di internazionalità, il massiccio ricorso a peculiari clausole contrattuali, conosciute anche come *negative pledge* che, nella loro trama essenziale, vincolano l'obbligato a non costituire posizioni di garanzia sul proprio patrimonio in favore di terzi senza il previo consenso del creditore onorato.

Ebbene, limitando la capacità di indebitamento del debitore, l'obbligazione negativa assume, nella prospettiva evocata, le sembianze di un valido mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale, posto che il corretto adempimento dell'obbligazione assicura al creditore la preservazione della consistenza e valore del patrimonio debitorio, non di rado l'unica vera garanzia su cui quest'ultimo può far affidamento per il soddisfacimento delle proprie ragioni.

La riflessione su tale peculiare clausola contrattuale, oltre che occasionare un'indagine organica sulle intese a contenuto negativo, cela altresì un'accentuata potenzialità riformatrice, sollecitando la circolazione e il recepimento di modelli giuridici alternativi, sì da elaborare soluzioni innovative a problemi e disfunzioni del sistema domestico.

Riducendo qui il tema ai suoi minimi termini, è ben noto come ormai da lungo tempo vacilli il protagonismo dei modelli tradizionali di garanzia del credito, e per le rigidità dommatiche che tradizionalmente ne informano la struttura, e per i profondi e repentini mutamenti cui s'informa la prassi negoziale.

Nonostante i nostri civilisti abbiano piena contezza dell'accennata condizione di stagnazione nonché della correlata esigenza di una rilettura dell'intero sistema, privata di condizionamenti da concetti troppo formalistici, l'impulso e la spinta evolutiva tradizionalmente proprie della dottrina si scontrano, quantomeno su questo terreno, con

sviluppatasi in punto. Imprescindibile il riferimento alla risalente monografia del L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931, mentre, per la dottrina più recente, si vedano P.M. VECCHI, *Obbligazioni negative e posizioni di divieto*, Roma, 1991; A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni in genere*, II, Torino 2004, pag. 1553 ss. e, da ultimo, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

⁽³⁾ Le ragioni che riposano a fondo dell'interesse marginale suscitato dal tema delle obbligazioni negative sono state variamente identificate in dottrina, ora nella scarsa rilevanza pratica del fenomeno ora, invece, nelle difficoltà di compiere, attraverso il processo interpretativo, una *reductio ad unum* di tutte le situazioni giuridiche soggettive a contenuto negativo. Aspetto, quest'ultimo, che occupa sovente un ruolo centrale per il giurista orientato dall'interesse classificatorio, volto, dunque, a cogliere i dati di fatto riconducibili entro un preciso schema normativo.

una mentalità spiccatamente conservatrice, orientata dall'esigenza di conciliare le nuove esigenze della prassi con la necessaria certezza della disciplina giuridica ⁽⁴⁾.

Di fronte a tale realtà normativa non desta impressione che il sistema delle garanzie del credito versi, oggi, in una condizione inerziale, posto che il menzionato desiderio di allontanarsi il meno possibile dal solco già tracciato porta, non di rado, a preferire l'impiego di schemi già noti e familiari per affrontare problemi nuovi ⁽⁵⁾.

Condizione, quella descritta, che oltre a limitare lo sviluppo di modelli giuridici alternativi, impaccia la vivacità dei traffici giuridici, contribuendo in modo decisivo al rovesciamento, sul terreno del diritto civile, delle inquietudini degli operatori del mercato, incalzati, sia pur indirettamente, a volgere lo sguardo alle esperienze giuridiche aliene alla ricerca di strumenti in grado di meglio rispondere a tali esigenze ⁽⁶⁾.

Nello scenario prospettato, e anche alla luce della rilevata tendenza misoneista, sembra allora di valido ausilio volgere l'attenzione alla clausola di *negative pledge* la cui investigazione, oltre a costituire una preziosa occasione per rivitalizzare il dibattito su di un aspetto di marginale rilievo giuridico, può rivelarsi altresì utile per individuare soluzioni innovative per superare limiti e difficoltà del sistema delle garanzie del credito domestico ⁽⁷⁾.

2. Impegno a contenuto negativo e rapporto obbligatorio.

⁽⁴⁾ Tendenza, quest'ultima, che non trova rispondenza in altre aree del diritto civile, ove è ben evidente la spinta evolutiva verso il superamento delle tradizionali rigidità, in linea con le esigenze di una modernità che va intendendo la solidità delle cose, così come quella dei legami umani, alla stregua di una minaccia, posto che qualsiasi giuramento di fedeltà, qualsiasi impegno a lungo termine che preannunci un futuro gravido di obbligazioni limitano la libertà di movimento nonché la capacità di cogliere nuove opportunità.

⁽⁵⁾ In tal senso, si leggano le osservazioni di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pag. 3. Analoga impostazione si rinviene, sotto l'imperio del codice previgente, nel pensiero di T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, I, pag. 25 s., il quale evidenzia come tanto più un ordinamento rimane impermeabile all'influsso di influenze esterne, tanto più risulta sensibile a tale condizione di inerzia giuridica. Tendenza, quella da ultimo descritta, che trova conferma nel quadro della recente esperienza riformatrice, ponendo mente alla rivitalizzazione della clausola marciiana, che, emblema di un approccio assai resistente all'innovazione giuridica, costituisce il dato più apprezzabile di una legislazione emergenziale.

⁽⁶⁾ Invero, è noto come, soprattutto nel più recente passato, si siano moltiplicate, tanto negli scenari domestici quanto a livello comunitario, le istanze tese ad una maggiore armonizzazione giuridica dei sistemi giuridici continentali, il più delle volte ancorati a rigidità dommatiche che, oltre a porre in concorrenza gli stessi, condannano ad un sostanziale immobilismo dei modelli giuridici, finanche proibendone la fruibilità sul mercato.

⁽⁷⁾ L'indagine comparata allo scopo di individuare modelli giuridici atti a consentire il superamento di criticità proprie del sistema di appartenenza è operazione ricorrente negli scenari domestici. Per limitarsi a pochi, ma significativi, esempi, basti l'allusione ai contratti di *sale and lease back*, al *rent to buy* e alle figure contrattuali ad esso connesse, nonché al prestito vitalizio ipotecario - *legal transplant* del *reverse mortgage* anglosassone - introdotto nell'ordinamento con la legge 2 aprile 2015, n. 44 allo scopo di porre rimedio ai problemi di liquidità delle fasce più anziane della popolazione. Ebbene, tali assetti negoziali, pur estranei alla tradizione giuridica interna, non hanno faticato a trovare ampia diffusione, rispondendo ad esigenze che difficilmente avrebbero potuto essere soddisfatte con il ricorso al comune repertorio consuetudinario di strumenti negoziali.

Così chiariti i termini dell'impostazione metodologica, e sebbene la presente trattazione si prefigga lo scopo di investigare l'inconsueta funzione di garanzia in cui può declinarsi l'obbligazione a contenuto omissivo, non è possibile un'esposizione, nemmeno descrittiva, dei complessi fenomeni relativi a tale peculiare fenomeno senza un orientamento di massima circa l'obbligazione negativa in generale.

Sicché, prima di entrare *in medias res*, d'uopo tratteggiare, per razionalità del processo argomentativo, le dinamiche che avvincono struttura e funzione di tale peculiare obbligazione, evocandone almeno i profili di maggiore rilievo.

Introdurre in modo chiaro e al tempo stesso conciso un concetto, quello di obbligazione negativa, che affonda le radici in una delle questioni più rilevanti tanto per il diritto moderno come della tradizione giuridica, non è evidentemente compito facile.

Potendo in questa sede farci carico solo in minima parte delle complesse prospettive che vengono aperte da tale peculiare fenomeno giuridico, si può affermare che l'obbligazione a contenuto negativo allude, per solito, a quel rapporto giuridico che impone all'obbligato di astenersi, nell'interesse del creditore, dal tenere una condotta che normalmente avrebbe diritto di porre in essere.

Nonostante per comune intendimento l'obbligazione negativa imponga al debitore una mera inerzia, questi, orientandosi secondo la lettura dei giureconsulti romani, sarebbe altresì tenuto ad una condotta attiva, consistente nel porre in essere tutto ciò che è opportuno affinché non si verifichi il fatto voluto sì da rendere possibile il raggiungimento del risultato voluto dal creditore ⁽⁸⁾.

La distinzione tra intese a contenuto positivo e negativo, era già conosciuta, pur senza costituire una categoria a sé stante, sin dal diritto romano ⁽⁹⁾ e, immanente nella codificazione del 1865, è stata poi accolta in quella vigente in maniera ancora più incisiva, come emerge dai referenti normativi immedesimati, principalmente, negli artt. 1222 e 2933 cod. civ.

La minuta disciplina racchiusa nei menzionati indici, pur fornendo *summa capita* un contributo decisivo per ricostruire i contorni dell'obbligazione a contenuto negativo, non offre una definizione che consente all'interprete una maggiore precisione conoscitiva del fenomeno, limitando i riferimenti alla sola parte dedicata agli effetti dell'obbligazione, senza alcun espresso richiamo nella disciplina dell'obbligazione in generale ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. Ulp. 50 ad ed. D. 45.1.50 pr: *In illa stipulation: "per te non fieri?" non hoc significatur nihil te facturum, quo minus facere possis, sed uraturum, ut facere possis*; Paul. 72 ad ed. D. 45.1.83 pr.: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet 'dosum malum abesse afuturumque esse', non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus 'habere licere' item 'neque per heredem tuum fieri', quo minus fiat.*

⁽⁹⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 7.

⁽¹⁰⁾ Diversamente da quanto accade nel codice civile francese ove, all'art. 1101, si menziona espressamente l'obbligazione negativa nella definizione di contratto. Similarmente, anche il §241 BGB prevede che la prestazione possa consistere anche in un *non facere*.

Il che costituisce un'ulteriore conferma del fatto che l'impianto del codice domestico non raffini un insieme sistematico e organicamente coordinato di norme, quanto, piuttosto, il frutto di una compilazione di regole di diritto di origine disparata. Su queste considerazioni, sebbene non specificamente riferite all'obbligazione negativa, F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pag. 161.

Pur in mancanza di un'esatta definizione, è assunto sostanzialmente pacifico che la prestazione a contenuto negativo possa sussumersi nell'alveo dei rapporti obbligatori, con ciò che ne consegue in punto di efficacia giuridica e di statuto normativo applicabile.

Tali esiti interpretativi, tuttavia, specie in seno alla dottrina di stampo germanico più tradizionale, hanno faticato non poco ad accreditarsi.

Limitandosi a fare un cenno della questione, nelle aree giuridiche di lingua tedesca, specie prima dell'introduzione del §241 BGB, si registrano vivaci dispute intorno alla natura giuridica di queste intese, al punto che, secondo alcuni, era fortemente dubbia la possibilità di scorgere, nell'*unterlassung*, una situazione giuridica dalla quale potesse originarsi un rapporto obbligatorio in senso tecnico ⁽¹¹⁾.

Da questa coniugazione, nello sforzo di riportare a tali vicende una proprietà di significazione giuridica, si spiega l'ardita operazione ermeneutica che scorge, nell'obbligo di non fare, una prestazione positiva, il cui contenuto altro non sarebbe se non la rinuncia, da parte dell'obbligato, all'esercizio di un diritto, e, segnatamente, di quel comportamento vietato dall'obbligazione ⁽¹²⁾.

Tali correnti interpretative, sia pur marginalmente, non faticarono ad accreditarsi anche in Italia, ove non sono mancati i fautori dell'idea che la prestazione a contenuto omissivo non potesse assumere rilievo sul piano delle obbligazioni ⁽¹³⁾.

All'affermarsi di tale impostazione contribuì in modo decisivo anche la scelta compiuta dal legislatore domestico che, a differenza di quanto accade nella codificazione d'Oltralpe, manca di riferire ai rapporti giuridici a contenuto negativo nella parte dedicata alla definizione di contratto ⁽¹⁴⁾.

Ad ogni buon conto, la forza di persuasione di tali dottrine, già minoritarie sotto l'imperio della codificazione abrogata, si è venuta ancor più attenuando con l'avvento del codice vigente, i cui frequenti riferimenti a simili intese hanno definitivamente diradato le perplessità sull'attitudine, della prestazione omissiva, a costituire fonte dell'obbligazione ⁽¹⁵⁾.

3. Natura giuridica della prestazione a contenuto omissivo.

⁽¹¹⁾ Cfr. le puntualizzazioni di G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875, pag. 117.

⁽¹²⁾ M. MAXEN, *Ueber Beweislast, Einreden und exceptionen*, Gottingen, 1861, pag. 201 ss. Posizione, quest'ultima, assai criticata dalla dottrina più moderna, che scorge, nella rinuncia ad un diritto, un negozio abdicativo finalizzato alla definitiva dismissione di una determinata situazione giuridica. In questi termini, tra i molti, L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, pag. 2; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, *passim*.

⁽¹³⁾ A farsi promotore di siffatte impostazioni ermeneutiche, nella letteratura domestica, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, II, Torino, 1876, pag. 212.

⁽¹⁴⁾ Nella legislazione francese, invece, ai sensi dell'art. 1101 code civil. "*Le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose*". In tale prospettiva l'obbligazione negativa, in Francia, è diventata una categoria legislativa a tutti gli effetti.

⁽¹⁵⁾ Con ciò, beninteso, non bisogna cadere nella tentazione di ritenere che qualsiasi intesa a contenuto negativo assuma i connotati di un'obbligazione in senso tecnico, poiché, come si vedrà nel prosieguo, nella prassi è tutt'altro che infrequente il ricorso ad impegni a contenuto omissivo che non assumono rilievo sul piano giuridico, ovvero che non costituiscono rapporti giuridici obbligatori.

Se la minuta disciplina racchiusa negli indici normativi già menzionati ha contribuito in maniera decisiva a sopire il dibattito sulla giuridicità del rapporto a contenuto omissivo, altro è a dirsi sul versante della *natura iuris*, il cui inquadramento rappresenta, tuttora, un nodo problematico.

Attesa la mancanza di una definizione di obbligazione negativa, la dottrina che si è occupata del fenomeno non ha tardato a dividersi tra chi ne scorge i tratti distintivi di un divieto e chi, per converso, ritiene sotteso alla prestazione omissiva un vero e proprio comando rivolto all'obbligato.

Si tratta di una questione che, dall'indiscutibile pregio teorico, impatta sensibilmente sul piano pratico, posto che dal prevalere dell'una o dell'altra concezione derivano declinazioni assai differenziate per l'obbligato.

Così, se il divieto ha lo scopo di proteggere e conservare la condizione presente da un mutamento spiacevole, il comando, che è necessario per ottenere un determinato bene celsa, invece, l'interesse a che siffatta mutazione avvenga ⁽¹⁶⁾.

In tale prospettiva, sulla scorta di un'elaborazione teorica di matrice germanica e che trova massima espressione nell'elaborazione della scuola pandettistica, l'obbligazione, tanto a contenuto positivo quanto negativo, andrebbe intesa come un vero e proprio comando, al quale corrisponde, per l'obbligato, un atto di volontà ⁽¹⁷⁾.

Sulla base di questa dialettica, che intende il *genus* delle obbligazioni in modo unitario, il criterio discretivo tra quelle positive e quelle negative andrebbe infatti ricercato nella natura del comando sotteso, posto che, in quest'ultime, all'onere non è intimato di tenere una condotta attiva, bensì un'omissione, che è comunque un'azione, benché funzionale non già all'attività, sibbene all'inerzia ⁽¹⁸⁾.

Tale opzione, pur autorevolmente sostenuta, non trova tuttavia l'avallo di altra dottrina, che ne rilutta con vigore il presupposto logico, ovverosia che le obbligazioni possano trattarsi, senza distinzione alcuna, come soli comandi.

Prendendo a riferimento proprio le obbligazioni di stampo negativo, si evidenzia come risulti assai agevole rilevare come queste, differentemente dal comune repertorio consuetudinario di comandi obbligatori, si accontentano di vietare all'obbligato la tenuta di una certa condotta nell'interesse del creditore, piuttosto che comandarne l'azione ⁽¹⁹⁾.

In altri termini, se va tenuto fermo che il divieto, non dissimilmente dal comando, si rivolge alla volontà dell'obbligato, esso, nondimeno, se ne distingue, nella misura in cui si accontenta che il vietato sia non fatto, e non già che il non fare sia voluto. Per

⁽¹⁶⁾ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, prima traduzione, Padova, 1939, pag. 190.

⁽¹⁷⁾ Appare orientata in tal senso la teorica di B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, (trad. e note di C. Fadda e P.E. Bensa), II, Torino, 1930, §252, pag. 9 s., secondo cui i diritti di credito comandano che una persona, nell'interesse dell'altra, determini in un certo modo il suo volere.

⁽¹⁸⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., §252, pag. 9.

⁽¹⁹⁾ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pag. 192. Nel medesimo senso, si orienta anche la riflessione di G. HARTMANN, *L'obbligazione, Ricerche sul loro scopo e sulla loro struttura*, 1875, pag. 117-118 il quale si schiera energeticamente contro la designazione dell'obbligazione negativa come prestazione o azione.

l'ordinamento è sufficiente che quella determinata condotta non sia posta in essere, non v'è ragione di crescere l'intensità dell'obbligo gravante sul debitore, sicché l'imperativo contenuto nell'obbligazione negativa non andrebbe inteso come un comando dell'omissione, bensì come un divieto all'azione ⁽²⁰⁾.

Non si vuole prendere posizione poiché l'argomento meriterebbe un approfondimento che in questa sede non è consentito. In senso dubitativo, però, si possono svolgere alcune considerazioni.

Benché, infatti, la coordinata ermeneutica da ultimo rassegnata meriti di essere condivisa nella parte in cui ricostruisce l'obbligazione negativa in termini di stretto divieto all'azione, è, nondimeno, possibile rilevare un limite di tale costrutto.

Nevvero, se il processo argomentativo da ultimo menzionato ben descrive quei rapporti giuridici, come l'obbligo di non edificare, che chiamano l'onerato ad una condotta omissiva assoluta, appare invece inadeguato, come nel caso del divieto di alienazione sotto un determinato prezzo, ove l'obbligo non preclude totalmente l'azione, per altro ne definisce le modalità.

In questa luce, e più in generale laddove l'obbligazione negativa costituisca una pattuizione accessoria di un programma negoziale di più ampia portata ⁽²¹⁾, è arduo negare, se non cadiamo in grave abbaglio, che nell'obbligo assunto dal debitore sia sottesa una determinazione della volontà all'attività, piuttosto che il semplice divieto alla tenuta di una condotta determinata.

4. La divisibilità dell'obbligazione negativa.

Questione di stretta attualità, ma evocativa di problematiche assai risalenti ⁽²²⁾, la divisibilità del rapporto giuridico omissivo ha da sempre saputo impegnare la dottrina civilistica, costituendo, a tutt'oggi, uno dei profili più densi di criticità ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Acutamente, A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pag. 193-194.

⁽²¹⁾ A prescindere che essa sia intesa quale obbligo o divieto, non è in dubbio che l'intesa a contenuto omissivo possa raffinarsi tanto in un rapporto autonomo quanto in una clausola integrativa di una prestazione di più ampia portata, sovente a contenuto positivo. In questi termini, O. WENDT, *Unterlassungen und Versaumnisse burgerlicheen Recht*, in *Arch. Civ. Praxis*, 92 (1902), pag. 6. Per i nostri, sulla scia della dottrina tedesca, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 53; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945, pag. 341. Così, mentre costituiscono autonome pattuizioni il *pactum de non licitando*, quello di astensione dal voto, nonché quello di non edificare o *altius non tollendi*, costituiscono invece tipiche clausole accessorie ad un negozio di più ampia portata l'obbligo, contenuto in un contratto di locazione, di non concedere in locazione il bene ovvero il divieto di alienazione contenuto in una vendita.

⁽²²⁾ Il testo di riferimento è L. 4. § 1 de V.O. 45, I XII *ad Sabinum*.

⁽²³⁾ A discapito della significativa esiguità di contributi dedicati alle obbligazioni negative, non manca di vivacità il dibattito sulla divisibilità di tali convenzioni, sebbene la polemica in punto di disciplina non abbia sottratto lo studio sul nostro istituto da una qual certa marginalità. Su quest'ultimo concetto si vedano, almeno C. ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena, 1901; M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse*, in *Ann. Univ. Catania*, VI-VII, 1951-1953, pag. 130; D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1957, pag. 292 ss.

Per fare luce su questo punto, si rivela decisivo svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulla divisibilità dell'obbligazione.

In prima battuta è bene chiarire che, nel campo giuridico, la divisibilità è la regola, mentre l'indivisibilità l'eccezione⁽²⁴⁾, sicché può dirsi divisibile la sola prestazione obbligatoria che, frazionata, non perde la sua sostanza, in guisa che ogni prestazione parziale abbia lo stesso contenuto di quella complessiva, distinguendosi da quest'ultima solo quantitativamente⁽²⁵⁾. Per converso, è indivisibile l'obbligazione il cui *debitum* non si presta a tale smembramento⁽²⁶⁾.

Divisibilità che per comune interpretazione va riferita alla natura della prestazione dovuta⁽²⁷⁾, *id est*, per quel che qui interessa, al *non facere* o *non dare* una determinata cosa, e non già all'oggetto di quest'ultima⁽²⁸⁾.

Tale ultima considerazione si spiega dacché, anche per avventura ammettendo la divisibilità dell'oggetto della prestazione, ciò non vale a ritenere divisibile la prestazione imposta all'obbligato; viceversa, la divisibilità dell'oggetto non rende *ipso facto* il *debitum* suscettibile di essere diviso⁽²⁹⁾.

(24) Si tratta di una posizione diffusissima, rispetto alla quale le citazioni sono quasi superflue. Per la manualistica, si veda N. DE CRESCENZIO, C. FERRINI, voce *Obbligazione*, in *Enc. Giur. it.*, XII, 1, Milano, 1900, n. 205; G. SEGRE, C. RODDI, voce *Indivisibilità e divisibilità*, in *Nuovo dig. It.*, pag. 1026. Ciò ha un impatto di non lieve momento rispetto all'onere della prova. Invero, mentre chi afferma l'indivisibilità ha l'onere di provarla, chi ne assume la divisibilità non ha bisogno di provarla, quanto, piuttosto, di controbarlarla con altra prova rispetto a quella eccepita dalla controparte circa la indivisibilità. Sul punto, D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1957, pag. 273 e, più di recente, A. RUSSO, *Obbligazioni divisibili, obbligazioni parziarie e obbligazioni indivisibili*, in R. Delle Donne, (a cura di), *Studi e ricerche di scienze umane e sociali*, Napoli, 2014, pag. 231 ss.

(25) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., pag. 12 s.

(26) La validità di tale assunto, non è inutile precisare, è tale ove si rimanga a ragionare nel campo della divisibilità naturale, posto che alle parti è sempre consentito reputare indivisibile anche quell'obbligazione che per natura non è tale, come ammesso dall'art. 1316 cod. civ. Cfr., C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, pag. 277. Non costituisce invece una terza sottospecie di indivisibilità quella prevista dall'art. 1315 cod. civ., che prevede i limiti alla divisibilità tra gli eredi del debitore. Invero, anche quando sia prevista l'indivisibilità, questa trae pur sempre fondamento sulla volontà, ora del testatore ora dei contraenti, oppure sulla natura della prestazione. La norma infatti dispone soltanto una serie di deroghe ai normali effetti della divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione. Così, D. RUBINO, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1957, pag. 280. *Contra*, tuttavia, A. GIAQUINTO, in *Comm. D'Amelio e Finzi*, *Obbligazioni*, I, pag. 276. Problemi diversi, e del tutto estranei al presente, pone invece la disamina sopra la natura unitaria o meno dell'obbligazione indivisibile. Limitandosi a fare un cenno della questione, per alcuna dottrina l'obbligazione indivisibile potrebbe reputarsi unitaria soltanto perché c'è un'intima correlazione tra le singole obbligazioni, sebbene queste siano tante quanti sono i soggetti. Cfr., C. GANGI, *Le obbligazioni*, pag. 284.

(27) D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1957, pag. 273; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Dir. Civ. It.*, parte 2°, vol. I, Padova, 1935, pag. 269; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pag. 277. *Contra*, R. CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, pag. 31 ss.

(28) G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pag. 269 s.

(29) Procedendo con l'efficacia di un esempio significativo, si pensi all'ipotesi in cui l'oggetto della prestazione *ex vendito* sia un bene indivisibile, come un quadro, un animale, e via dicendo. Orbene, è d'immediata evidenza che l'indivisibilità dell'oggetto non rende *ipso iure* indivisibile anche il debito, e, al

A ciò si aggiunga che, sebbene il carattere della divisibilità possa quantomeno in astratto attagliarsi anche alle obbligazioni con un solo debitore o creditore ⁽³⁰⁾, l'importanza di tale distinzione acquista maggiore rilievo pratico nel caso di obbligazioni plurisoggettive, tanto dal lato attivo quanto da quello passivo ⁽³¹⁾.

Invero, a mente degli artt. 1314 ss. cod. civ., se l'obbligazione è divisibile, ma non solidale, ciascuno dei creditori non può chiedere il soddisfacimento dell'intera prestazione e, al contempo, ciascun debitore non è tenuto che per la sua parte. Analogamente, se l'obbligazione è indivisibile, ciascuno dei creditori potrà chiedere l'adempimento dell'intero credito e ciascuno dei debitori sarà tenuto per l'intero.

Da tali considerazioni appare chiaro che il carattere della divisibilità non assume particolare rilievo laddove vi sia un solo debitore o creditore. Invero, anche se divisibile, l'obbligazione deve essere adempiuta come se fosse indivisibile, posto che il creditore ha facoltà di pretendere la prestazione per l'intero ⁽³²⁾.

Tale circostanza assume ancora più valore rispetto alle obbligazioni di stampo negativo, che abbisognano, affinché la prestazione *ivi* dedotta possa dirsi correttamente adempiuta, dell'adempimento, *rectius* dell'astensione dall'atto vietato, da ciascuno dei coobbligati, e non già, come per la generalità delle obbligazioni divisibili, nei limiti della propria parte, bensì da ciascuno per l'intero ⁽³³⁾.

Da ciò ne discende, quale logico corollario, che il riferimento alla divisibilità, nel contesto delle obbligazioni negative, va riferito non già all'adempimento della prestazione, quanto, piuttosto, al suo inadempimento ⁽³⁴⁾.

contempo, la suscettibilità dell'oggetto di dividersi non varrebbe a intendere necessariamente divisibile il debito. Cfr., G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pag. 269 s.

⁽³⁰⁾ tale osservazione si giustifica dal fatto che, diversamente dalle norme dettate in tema di obbligazioni solidali e parziarie, gli artt. 1316 cod. civ. non menzionano la pluralità di soggetti, limitandosi a disciplinare il modo di essere della prestazione. Così, D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, cit., pag. 273 ss., il quale, pur ammettendo che tale distinzione assume rilievo soprattutto nel caso di obbligazioni plurisoggettive, non manca di evidenziare come l'indivisibilità della prestazione possa acquistare autonoma rilevanza anche in caso di unico debitore o creditore. L'A. riporta l'esempio del contratto corrispettivo in cui una delle due prestazioni diviene parzialmente impossibile per causa non imputabile al debitore. In tale scenario, il creditore, in caso di prestazione divisibile, può recedere dal contratto solo se dimostra di non avere un interesse apprezzabile a ricevere la parte residua della prestazione ex art. 1464 cod. civ. Per converso, se la prestazione è indivisibile, per ciò solo ha sempre diritto al recesso, perché la sua mancanza di interesse all'adempimento è implicita nell'indivisibilità della prestazione.

⁽³¹⁾ G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 2ed, Bologna, 1956, pag. 311.

⁽³²⁾ Principio, quello rassegnato, previsto espressamente dall'art. 1204 del codice previgente e che si ricava oggi, in via interpretativa, dalla formula normativa dell'art. 1181 cod. civ. che conferisce al creditore il diritto di rifiutare l'adempimento parziale dell'obbligazione. Così, C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pag. 276. In questa prospettiva, costituisce un'eccezione il disposto affidato all'art. 45 R.D. 14 dicembre 1933, n. 1669 che, nel disciplinare la cambiale e il vaglia cambiario, stabilisce, al comma 2°, che il portatore non può rifiutare un pagamento parziale e soggiunge, al comma 3°, che in caso di adempimento parziale il trattario può esigere che ne sia fatta menzione sulla cambiale e gliene sia data quietanza. Analogamente, si veda anche l'art. 37, R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736, recante disposizioni in tema di assegno bancario.

⁽³³⁾ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, cit., pag. 292.

⁽³⁴⁾ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, cit., pag. 292. Efficaci, in tal senso, le osservazioni di G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano: esposta con la scorta della dottrina e della*

Così tratteggiati i caratteri fondamentali del concetto di divisibilità dell'obbligazione, e indulgiando ora su ciò che rileva in questa sede, la suscettibilità dell'obbligazione negativa di essere scomposta in plurime frazioni, come già accennato, è *vexata quaestio*.

Alla base di tali distonie v'è intanto il silenzio serbato dal legislatore, posto che il codice non offre all'interprete alcun argomento letterale per rendere un giudizio sulla divisibilità dell'obbligazione negativa. A ciò vanno aggiunte le peculiarità della prestazione a contenuto omissivo, che, tralasciando l'ipotesi in cui siano le parti ad optare espressamente per la divisibilità, rendono tutt'altro che agevole verificarne la suscettibilità di scomposizione in parti omogenee ⁽³⁵⁾.

Secondo una prima ricostruzione, in cui è evidente il debito rispetto alle posizioni assunte dalla giurisprudenza romana ⁽³⁶⁾, l'obbligazione negativa è da reputarsi indivisibile ⁽³⁷⁾. Nella prospettiva dischiusa, e tenuto conto che la prestazione cui è tenuto l'onerato è, qui, un'omissione la quale, anche per avventura ammettendone la divisibilità, non potrebbe egualmente scindersi, posto che l'inazione per una frazione corrisponde, giocoforza, ad un'inazione completa ⁽³⁸⁾.

Invero, soltanto muovendo dall'indivisibilità dell'obbligazione, e dunque dall'astensione di tutti i debitori, potrebbe dirsi soddisfatto l'interesse del creditore.

giurisprudenza, I, Torino, 1876, pag. 230, che evidenzia come, nel rapporto giuridico a contenuto negativo, il debitore non sarebbe tenuto ad alcun comportamento attivo e il creditore non potrebbe pretendere alcunché, sicché, soltanto al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligo di astensione nasce il diritto, in capo al creditore, ad esempio di carattere risarcitorio, e in tale momento l'obbligazione diventerà divisibile. ⁽³⁵⁾ Inoltre, contribuisce a creare incertezza anche la minuta disciplina dedicata, dalla sistematica del codice, alla divisibilità dell'obbligazione. Invero, mancando qualsivoglia riferimento alle obbligazioni a contenuto negativo, la divisibilità di tali intese rimane questione d'interpretazione. Sul punto non è inutile osservare che La scelta del legislatore domestico di non riferire espressamente alla divisibilità dell'obbligazione negativa si allinea a quella compiuta in altre codificazioni continentali. Limitandoci a fare un solo esempio, si ponga mente alla disciplina spagnola, che all'art. 1151, comma 3, non prende posizione netta sulla divisibilità dell'obbligazione negativa. Cfr., S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 74, nota 214. ⁽³⁶⁾ Si veda, sul punto, la puntuale ricostruzione di G. SEGRÈ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1933, pag. 7 ss.

⁽³⁷⁾ È questa la via seguita da C. ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena, 1901, pag. 98 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pag. 191; M. VITALI, *Obbligazione indivisibile e i suoi effetti*, in *Giur. it.*, 1939, I, c. 805; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Dir. Civ. It.*, parte 2°, vol I, Padova, 1935, pag. 270 che, quantomeno con riferimento alla prestazione di *non facere*, aderisce all'opinione che reputa le stesse indivisibili, poiché, in una prospettiva economico-sociale, ogni fatto costituisce un valore unitario non suscettibile di divisione. Per la dottrina di lingua tedesca, cfr. H. LEHMANN, *Die unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht*, Frankfurt-Main, 1969 (rist. München 1911), pag. 197; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., pag. 13, per il quale l'obbligazione negativa sarebbe indivisibile poiché, al pari di altre di stampo positivo, la prestazione ad esse sottesa non ha per contenuto la produzione di un effetto giuridico. Nella letteratura francofona, C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1908, pag. 33, il quale, tuttavia, sembra limitare l'indivisibilità dell'obbligazione negativa ai soli rapporti che impongono all'obbligato una prestazione di non fare. Per la dottrina più recente, opinano per l'indivisibilità dell'obbligazione negativa G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio, Milano, 2009, pag. 69; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pag. 122.

⁽³⁸⁾ Di tali argomenti si avvalgono principalmente B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., pag. 172 e, per la dottrina francese, C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., pag. 33.

A sostegno di tali argomentazioni si invocano anche considerazioni sui profili dinamici dell'obbligazione. Difatti, anche qualora l'inadempimento fosse imputabile ad uno solo dei debitori, la prestazione è senz'altro da intendersi inadempita anche per gli altri coobbligati, salva la possibilità di un trattamento differenziato, tra i medesimi, nell'ottica del risarcimento del danno, a seconda della colpa ⁽³⁹⁾.

In senso opposto si pone altra dottrina che, riluttando con forza la supposta incompatibilità strutturale tra obbligazione negativa e divisibilità della prestazione, evidenzia come tale opzione non sia disgiungibile dalla constatazione circa la negazione che una prestazione astensiva possa assumere rilievo sul piano delle obbligazioni ⁽⁴⁰⁾.

Poiché, tuttavia, non è dato dubitare che la prestazione omissiva possa costituire fonte dell'obbligazione, allora non può escludersi che tale situazione giuridica sia suscettibile di essere scomposta, appagandosi del sol fatto che l'adempimento di ciascuna delle obbligazioni risultanti dal frazionamento consenta, al creditore, di ottenere la stessa utilità economica che sarebbe derivata dall'adempimento dell'obbligazione totale ⁽⁴¹⁾.

Anche rispetto a tale profilo, come per la natura giuridica dell'impegno omissivo, appare arduo prendere una posizione netta. In senso dubitativo, però, si può osservare che, a rimanere al ragionare in termini astratti, è senza dubbio sicuro che l'apertura verso la divisibilità dell'obbligazione negativa sia opzione che soddisfa esigenze di ordine logico. Nondimeno, nell'ammettere ciò, si postula necessariamente la scindibilità dell'oggetto del rapporto obbligatorio dalla prestazione cui è tenuto l'obbligato ⁽⁴²⁾, il che costituisce un'operazione ermeneutica non sempre agevole, poiché non è affatto scontato che l'interesse del creditore possa realizzarsi con un *quid* distinto dalla prestazione cui è tenuto l'obbligato, specie in relazione ai rapporti giuridici a contenuto omissivo ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, cit., pag. 293. Si esprime in senso analogo anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959, pag. 551, il quale, oltre all'obbligazione negativa, annovera tra le obbligazioni non divisibili anche quella di consegnare un immobile da parte di più proprietari. Parzialmente differente, invece, la posizione di C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pag. 277, il quale, pur ammettendo come soltanto dall'indivisibilità dell'obbligazione negativa, e dunque dall'astensione di tutti i debitori, potrebbe soddisfarsi l'interesse del creditore, non esclude che, in alcuni casi, anche l'adempimento parziale dell'obbligazione potrebbe avere una qualche utilità per il creditore, nel qual caso l'obbligazione è da intendersi divisibile.

⁽⁴⁰⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 66.

⁽⁴¹⁾ Così, R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, pag. 98; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pag. 280; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., pag. 29, per il quale l'obbligazione di non fare sarebbe divisibile nella misura in cui l'astensione sia scomponibile in parti omogenee e l'inadempimento possa essere imputato pro-parte a ciascun coobbligato; A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 1566 s., per il quale l'obbligazione negativa può dirsi divisibile allorché il fatto negativo dedotto in obbligazione sia suscettibile di essere diviso e sempreché non sia qualificato come soggettivamente indivisibile. Per gli effetti, secondo l'A. va negata validità a quelle tesi che qualificano le obbligazioni negative come necessariamente collettive o cumulative.

⁽⁴²⁾ Sulla questione si veda, *amplius*, L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, pag. 100 s.

⁽⁴³⁾ Così, acutamente, C. MAIORCA, *L'"oggetto" dei diritti*, Milano, 1939, pag. 25 ss., il quale esclude categoricamente che la prestazione possa scindersi dall'oggetto. Questa tesi si ritrova anche nel pensiero di G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 18 che, con specifico riferimento all'obbligazione negativa, esclude che l'interesse creditorio possa soddisfarsi con un

Valorizzando l'interesse del creditore, sul presupposto che nelle obbligazioni negative non sarebbe possibile scorgere un fatto, al quale il rapporto sia indirizzato, diverso dalla prestazione, e l'interesse creditorio può farsi coincidere con l'esatto adempimento della prestazione omissiva, sembra più corretto ritenere l'obbligazione a contenuto omissivo indivisibile⁽⁴⁴⁾.

5. *Contenuto della prestazione omissiva: non facere, non dare, pati e disciplina applicabile.*

A completamento del quadro sin qui tratteggiato, e prima di addentrarsi in riflessioni più puntuali sulla struttura dell'obbligazione negativa, preme ancora spendere alcune parole, in termini volutamente generali, sulle diverse accezioni in cui la prestazione negativa può declinarsi.

Sebbene infatti con l'espressione si tenda sovente a riferire a tutti i rapporti obbligatori volti ad imporre all'aderente un dovere di inerzia, se si spinge più a fondo l'indagine è agevole rilevare come, sotto l'etichetta unitaria del *genus* delle obbligazioni negative, è possibile distinguere prestazioni differenti.

Senza enfaticizzare l'espressione, poiché essa è utile sono a fini descrittivi, il rapporto giuridico a contenuto negativo, secondo una generale classificazione, può infatti imporre all'onerato tanto un *non facere*, quanto un *non dare* o un *pati*.

Il *non facere*, che costituisce quella, tra le prestazioni negative, maggiormente diffusa sia nella prassi sia nei riferimenti del dato positivo⁽⁴⁵⁾ ricorre allorché all'obbligato sia imposto di astenersi dallo svolgere una determinata attività nell'interesse del creditore.

Ne costituiscono esempi significativi, nella casistica più ricorrente, l'obbligo, assunto da un imprenditore verso un altro imprenditore, di non esercitare un'attività concorrenziale, ovvero quello dall'agente di commercio di non trattare, nella zona assegnata dall'imprenditore preponente, affari per conto di altri imprenditori concorrenti a quest'ultimo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1743 cod. civ.⁽⁴⁶⁾

Tipica obbligazione di *non dare* viene invece individuata, per solito, nel patto di inalienabilità riconducibile entro la latitudine di cui all'art. 1379 cod. civ.⁽⁴⁷⁾.

evento distinto dall'attività del *solvens*. Dubbi, nell'individuare l'oggetto della prestazione astensiva, sono avanzati anche da R. CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, cit., pag. 87.

⁽⁴⁴⁾ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1285-1320, Bologna-Roma, 1968, pag. 339 ss. Più di recente, perviene a tali conclusioni anche S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 73, per il quale, esaltando i profili dell'interesse creditorio, le conclusioni non muterebbero anche ove la prestazione di non fare fosse riferibile ad una *res* divisibile.

⁽⁴⁵⁾ Invero, volgendosi al minuto corpo di norme dedicate al fenomeno, tanto gli artt. 1222 e 2933 cod. civ., quanto l'art. 614-bis c.p.c. di recente conio, riferiscono alle sole obbligazioni di non fare.

⁽⁴⁶⁾ La clausola che impone il divieto di concorrenza a carico dell'agente con esclusiva è stata qualificata, dalla giurisprudenza, non già come vessatoria, bensì come non onerosa, posto che tale divieto è già stabilito dall'art. 1743 cod. civ. Cfr., App. Milano, 14 marzo 1952, in *Foro pad.*, 1952, II, pag. 28.

⁽⁴⁷⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, cit., pag. 51.

Mentre appare assai sfumato, quantomeno con riferimento alla prestazione omissiva, il criterio discrezionale tra obblighi di non dare e non fare ⁽⁴⁸⁾, ben più marcato, e di maggiore rilievo pratico, è invece quello che distingue tali prestazioni da quella di *pati*.

In via di prima approssimazione, con l'espressione si suole riferire a quella situazione giuridica rispetto alla quale l'obbligato, invece che doversi astenere dal compiere una determinata azione, è chiamato a tollerare un determinato contegno della controparte.

La casistica offre, specie in materia di contratti di concessione del godimento, un importante campo di osservazione ⁽⁴⁹⁾. Così, volgendosi alla materia locatizia, si pensi all'obbligo, in capo al locatore, di tollerare l'uso fatto dal conduttore della cosa locata e non arrecargli turbative ⁽⁵⁰⁾ e di fare le riparazioni necessarie ⁽⁵¹⁾.

Proprio le peculiarità della prestazione di tollerare hanno sollevato, tra gli interpreti, più di un interrogativo sul rapporto intercorrente tra queste e le obbligazioni che impongono un *non facere* o un *non dare* ⁽⁵²⁾. Ciò anche alla luce della sopracitata scelta legislativa, che, nel dettare la disciplina delle obbligazioni negative, riferisce sempre e soltanto alle sole prestazioni di *non facere* ⁽⁵³⁾.

Così, secondo un'impostazione argomentativa, la prestazione di tollerare è da intendersi nulla più di un'ipotesi qualificata di situazione giuridica a contenuto omissivo, e, come tale, sottoposta al medesimo statuto normativo ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁸⁾ Distinzione, quella tra obbligazioni negative di non fare e non dare, che si ritrova anche nell'addentellato del codice civile, come emerge dall'art. 638 cod. civ. La norma, infatti, nel disciplinare la c.d. *cautio muciana*, ammette espressamente che il testatore possa imporre all'onerato, attraverso una disposizione condizionale, tanto un obbligo di non fare quanto uno di non dare.

⁽⁴⁹⁾ Se la materia dei contratti di godimento è feconda di obbligazioni a carattere omissivo, non però è pacifico che tutti i contratti che conferiscono il godimento di un bene impongano un obbligo di tollerare. Per una panoramica della problematica si vedano almeno, tra i molti, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, pag. 529; L. MENGONI, *Conflitto tra locatori possessori successivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pag. 700 e, più recentemente, A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, pag. 125 ss. e ID., *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pag. 510 ss.

⁽⁵⁰⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 60.

⁽⁵¹⁾ Non integrano invece, pur imponendo una prestazione omissiva, obbligazioni negative in senso proprio i limiti alla proprietà fondiaria previsti dagli artt. 832 ss. cod. civ. Per fare un esempio, si pensi alla norma incasellata nell'art. 843 cod. civ. che obbliga il proprietario a concedere l'accesso al proprio fondo per consentire, in caso di riconosciuta necessità, la costruzione o la riparazione di un muro o altra opera del vicino o comune. Mentre infatti, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, le obbligazioni negative hanno efficacia soltanto obbligatoria, nel caso citato è il legislatore stesso a riconoscere l'efficacia reale di tali limitazioni. In questi termini, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 68.

⁽⁵²⁾ Per un quadro su tale questione si veda la puntuale ricostruzione di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 56 ss. nonché, più di recente, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 35 ss.

⁽⁵³⁾ In tale prospettiva, merita menzione il fatto che il legislatore italiano non è il solo a compiere una scelta di tal guisa. Manifestazione paradigmatica di tale assunto ben si coglie volgendosi all'art. 1101 del *Code Napoléon*, che nel contemplare le obbligazioni negative nella definizione del contratto, riferisce soltanto a quelle di non fare: "*Le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*". Non diversamente accade nel codice spagnolo, come emerge dal disposto affidato all'art. 1088 "*Toda obligación consiste en dar o hacer o no hacer alguna cosa*". Più generica, invece, la formula normativa adottata dal §241 BGB, secondo il quale "In forza del rapporto obbligatorio il creditore è autorizzato ad esigere dal debitore una prestazione. La prestazione può consistere anche in un omettere".

⁽⁵⁴⁾ Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 56 s; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pag. 191; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 98. Più

Sarebbe, infatti, di scarso valore argomentativo, per dedurre una differenziazione sul piano della regolamentazione giuridica, alludere alla netta diversità tra obbligazioni di *non facere* e di *pati* sul piano funzionale, posto che l'una, quella di non fare, limita l'azione debitoria senza incidere in modo sostanziale sulla facoltà del creditore, mentre l'altra, quella di *pati*, si avvale dell'obbligo a contenuto astensivo per ampliare le facoltà di quest'ultimo.

La menzionata modificazione, difatti, non sarebbe ad esclusivo appannaggio dei rapporti cui è sottesa una prestazione di *pati*, bensì propria della situazione giuridica obbligatoria, posto che ogni obbligo limita la sfera giuridica dell'obligato e, al contempo, amplia quella dell'avente diritto ⁽⁵⁵⁾.

Per tale opzione, dunque, è poco probabile poter scorgere una distinzione, sul piano giuridico, tra pretesa omissiva e quella del tollerare, non foss'altro che entrambe poggiano sull'obbligo di omettere un particolare atto ⁽⁵⁶⁾.

Per altra prospettiva, che gode di consensi soprattutto tra i più moderni interpreti, l'obbligazione di tollerare esprime un concetto ben distinto dal *non facere*, giacché, invece che limitarsi ad imporre un obbligo al debitore, attribuisce al creditore un diritto di agire nella sfera dell'onerato, assumendo, dunque, contenuto positivo.

Ciò appare evidente volgendosi alla situazione giuridica soggettiva facente capo al creditore: mentre nell'un caso, ovvero in presenza di un'obbligazione di *non facere* propriamente intesa, a quest'ultimo è riconosciuto unicamente il diritto a pretendere l'altrui condotta inerziale, nel *pati* è invece riconosciuta la facoltà di agire nella sfera giuridica altrui ⁽⁵⁷⁾.

Inoltre, a superamento dell'opzione ermeneutica che qualifica la prestazione di tollerare alla stregua di un'obbligazione negativa, si adduce anche come quest'ultima si distingua dall'obbligazione negativa *tout court* tanto rispetto al profilo dell'adempimento quanto dell'interesse creditizio ⁽⁵⁸⁾.

Nel primo senso, poiché se l'esatto adempimento dell'obbligazione negativa si realizza con la semplice osservanza del dovere omissivo, nel caso del *pati* l'interesse del creditore può dirsi pienamente soddisfatto allorché, all'astensione del debitore, si accompagna

recentemente, in tal senso anche G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 2006, pag. 525, la quale aggiunge, altresì, che escludere le obbligazioni di *pati* dalla categoria di quelle negative produce l'effetto di escludere i rapporti di vicinato dall'ambito dei rapporti obbligatori in generale.

⁽⁵⁵⁾ In questi termini, per la dottrina italiana, A. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, II, Perugia, 1911, pag. 39. Nei medesimi termini, nella dottrina tedesca, E. HÖLDER, *Ueber Ansprüche und Einreden*, in *Arch. für civ. Prax.*, 93, 1902, pag. 5.

⁽⁵⁶⁾ Da tale constatazione ne consegue che il *pati* andrebbe inteso quale *species* di rapporto obbligatorio a contenuto omissivo, o meglio un'ipotesi qualificata di obbligazione di non fare, e come tale, sottoposta al medesimo statuto normativo.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., P. M. VECCHI, *Obbligazioni negative e posizioni di divieto*, cit., pag. 39 s., il quale conclude che il *pati* sarebbe lo statuto normativo tipico dei rapporti di godimento personale di un bene. Constatazione, quest'ultima, che valorizza la posizione assunta da S. DU CHESNE, *Der Anspruch auf Duldung*, in *Sächs. Arch.*, 1901, pag. 529 ss. In senso analogo, nella dottrina tedesca, H. HAMMER, *Das Verhältnis der Unterlassungs – zur Duldungspflicht*, Diss. Gottingen, 1931, pag. 13 ss.

⁽⁵⁸⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 37.

altresì l'esercizio del corrispondente diritto da parte di quest'ultimo, sicché non potrebbe dirsi di essere in presenza di un'obbligazione negativa ⁽⁵⁹⁾.

Si evidenzia inoltre, con ulteriore impegno deduttivo, che se nell'obbligazione di non fare l'interesse del creditore può realizzarsi soltanto con l'astensione dell'obbligato dal comportamento vietato, rispetto all'obbligazione di *pati* può invece realizzarsi in una molteplicità di modi, vuoi dal risultato dell'attività richiesta dal creditore vuoi, specie nelle prestazioni di non fare, da un'attività continuata ⁽⁶⁰⁾.

Nonostante l'autorevolezza delle opinioni espresse dalla dottrina testé citata, a tale concezione possono muoversi critiche di principio, che in qualche modo precedono le confutazioni e riserve di tecnica giuridica o di diritto positivo.

Le suesposte considerazioni, ad un attento esame del problema, sembrano infatti mostrare solo un'apparenza di verità, posto che le peculiarità della prestazione di tollerare, che pure esistono e non si vogliono negare, non giustificano una così netta *divisio* rispetto alle obbligazioni negative *tout court*.

A dimostrazione del paralogismo valga anche solo considerare che nel *pati*, al pari di ogni altra obbligazione negativa, l'obbligato è pur sempre chiamato ad un'inazione, *rectius* all'adempimento di un obbligo di non fare ⁽⁶¹⁾.

Difatti, procedendo con l'efficacia di un esempio significativo, è agevole rilevare che nel tollerare l'ingresso nel proprio fondo per consentire la riparazione del muro è sicuro poter scorgere, sia pur indirettamente, anche un obbligo di non fare, ossia l'astensione dal compiere azioni atte ad impedire tale operazione ⁽⁶²⁾.

Impostata in questi termini la fisionomia della prestazione di *pati*, sembra dunque preferibile concludere, in linea con quanto osservato dalla dottrina più tradizionale, che la stessa, pur con le peculiarità che le contraddistinguono, possa sussumersi a pieno titolo sotto l'etichetta unitaria delle obbligazioni omissive.

In considerazione dell'invocata unità di prospettiva, d'uopo concludere che la scelta semantica compiuta dal legislatore negli artt. 1222 e 2933 cod. civ., di riferire alle sole obbligazioni di non fare, resta di per sé neutra, senza che valga a tratteggiare una nuova prospettiva concettuale, né, tantomeno, l'assoggettamento delle obbligazioni di *pati* ad un differente statuto normativo, posto che nel più, ovvero sia nella categoria generale degli obblighi di non fare, sta il meno, ossia il *pati* ⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ In questi termini, M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, pag. 601, il quale così esclude, dal novero delle obbligazioni negative propriamente intese, la posizione del proprietario che si obbliga a tollerare le eccessive immissioni del vicino, posto che, in questo caso, si ha una semplice concessione e il *pati* che ne deriva è la naturale conseguenza della concessione fatta. Aderisce a tale impostazione, più recentemente, anche A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 1571.

⁽⁶⁰⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 37 s., il quale evidenzia come tale circostanza abbia un impatto sensibile rispetto alla disciplina applicabile in caso di inadempimento.

⁽⁶¹⁾ Come acutamente rilevato da L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 56. Mentre non varrebbe il contrario, posto che se nel *pati* è sempre sotteso un *non facere*, il *non facere* non impone necessariamente il tollerare una condotta nuova e diversa rispetto a quella fino a quel momento tollerata.

⁽⁶²⁾ Nella medesima prospettiva, si pensi anche chi si obbliga, per contratto, a sopportare immissioni nel proprio fondo che, altrimenti, potrebbe impedire.

⁽⁶³⁾ Se sotto il profilo del contenuto della prestazione omissiva è possibile distinguere tra prestazioni di *non fare*, di *non dare* e di *pati*, per altro verso è agevole rilevare che l'obbligazione negativa, per sua natura, è

6. Caratteri generali e requisiti di legittimità della prestazione a contenuto omissivo.

L'invocato abbandono della distinzione, sotto il piano della disciplina applicabile, tra obbligazioni di tollerare e di non fare e, più in generale, la sussunzione, sotto l'etichetta unitaria dell'obbligazione negativa, di un insieme assai eterogeneo di condotte, non vale a significare che ogni rapporto cui sia sottesa una prestazione omissiva integri un'obbligazione in senso tecnico.

Invero, senza pretese di approfondimento di un discorso assai ampio e impegnativo, possono senz'altro escludersi da tale categoria i rapporti di cortesia, ossia quell'ampio spettro di impegni assunti, dai paciscenti, su di un piano diverso da quello del diritto.

Nonostante simili impegni si raccordino alla volontà di perfezionare un accordo finalizzato al raggiungimento di uno scopo preciso, il vincolo posto in essere non è tale sul piano giuridico, bensì su quello della mera cortesia o amicizia⁽⁶⁴⁾. A titolo di esempio, basti pensare a chi assume l'obbligo, nei confronti del vicino, di non suonare uno strumento musicale. Ebbene, allorché non venga prevista una controprestazione, anche a titolo di penale, per il caso di inadempimento dell'obbligo assunto, l'impegno non configura una prestazione obbligatoria a norma dell'art. 1174 cod. civ., bensì una mera cortesia nei confronti dell'onorato.

Oltre all'*animus obligandi*, altro criterio utile per determinare se un rapporto abbia rilievo sul piano del diritto è la suscettibilità, della prestazione, di essere valutata in termini economici, come suggerito, altresì, dalla lettera dell'art. 1174 cod. civ.⁽⁶⁵⁾

La norma, nel dettare gli elementi essenziali del rapporto obbligatorio, menziona infatti, oltre che l'interesse del creditore, la patrimonialità della prestazione, ossia la circostanza che dal contegno imposto all'obbligato possa derivare un'utilità per il creditore suscettibile di valutazione in termini economici⁽⁶⁶⁾.

strettamente personale, sicché sembra da escludere la possibilità di un adempimento da parte di un terzo o di ausiliari. In questi termini H. LEHMANN, *Die unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht*, Frankfurt-Main, 1969 (rist. München 1911), pag. 193.

⁽⁶⁴⁾ Sui rapporti di cortesia cfr., per tutti, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pag. 17 ss.; LIPARI, *Rapporti di cortesia rapporti di fatto rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pag. 415 ss. nonché, più di recente, S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo*, in *Contratti*, 2001, pag. 81 ss. e F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Napoli, 2003, pag. 265 ss. Per una più approfondita disamina sulla distinzione tra rapporti di cortesia e obbligazioni negative si rinvia, per maggiori approfondimenti, al § 14.

⁽⁶⁵⁾ Per una analisi sintetica, ma efficace, sui requisiti di legittimità dell'obbligazione negativa e, in specie, del rapporto con il limite generale posto dall'art. 1174 cod. civ., cfr., nella più recente manualistica, G. FONTANA, *Il patto di non concorrenza dell'agente di commercio*, Torino, 2012, pag. 75 ss. nonché S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 38 ss.

⁽⁶⁶⁾ Criterio, quello della patrimonialità, che nonostante la mancanza di un precedente specifico nel codice del 1865, era già assunto, nel vigore del codice abrogato, quale linea guida per distinguere le obbligazioni dagli obblighi non giuridici. Sul punto, per tutti, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pag. 65 ss., il quale non mancava di osservare come "la commerciabilità racchiude in sé imprescindibile l'idea di valutabilità pecuniaria, la possibilità di una estimazione patrimoniale". Per la dottrina francese, si avvale di tali argomentazioni C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., pag. 11, il quale, dopo aver precisato che l'obbligazione appartiene alla classe dei diritti patrimoniali, la

L'emersione dell'aspetto patrimoniale, se non pone particolari problematiche rispetto alle obbligazioni che impongono una condotta positiva, assume ben altra portata riguardo rispetto alle prestazioni omissive, come dimostra anche la mancanza di unitarietà di vedute della dottrina in punto di disciplina.

La questione non si raffina in un mero orpello teorico, non foss'altro che la natura del rapporto può incidere in modo sostanziale tanto sullo statuto normativo applicabile al rapporto, quanto agli effetti da esso scaturenti.

Manifestazione paradigmatica di tale precipitato ben si coglie ponendo mente alla possibilità di dedurre, quale oggetto del conferimento societario, una prestazione a contenuto negativo, la cui ammissibilità è vivamente disputata proprio in ragione delle incertezze rispetto alla suscettibilità di valutazione economica di tale situazione giuridica soggettiva ⁽⁶⁷⁾.

È bene chiarire fin da ora, prima di incedere nel considerare più nel dettaglio le problematiche afferenti alla patrimonialità dell'obbligazione negativa, che, soprattutto in seno alla scienza giuridica germanica più tradizionale, non sono mancate le perplessità nel reputare tale requisito come indefettibile per aversi obbligazione ⁽⁶⁸⁾.

Impoverendo la questione di ogni profilo storico e sfumatura espositiva e posto che una trattazione esaustiva di tale aspetto imporrebbe ben più approfondite riflessioni, un esercizio retrospettivo del tutto cursorio consente di evidenziare come, quantomeno secondo un'impostazione, il concetto di patrimonialità non andrebbe inteso quale requisito essenziale affinché il rapporto possa avere rilievo sul piano giuridico, giacché soltanto gli accordi perfezionati per socievolezza o compiacenza potrebbero dirsi assunti su di un piano diverso da quello giuridico ⁽⁶⁹⁾.

distingue dagli altri obblighi in virtù della prestazione patrimoniale, o almeno del valore patrimoniale indiretto per il creditore, ad essa sottesa. Per l'A., infatti, ove non si tenga fermo questo concetto, si rischia di cadere nell'indeterminatezza. Rispetto alla rilevanza del requisito della patrimonialità dell'obbligazione nel diritto romano cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, pag. 352, il quale evidenzia come, nell'epoca classica, qualunque *condemnatio* era pecuniaria, come pure l'esecuzione avente funzione soddisfattoria, di talché un comportamento poteva formare oggetto di obbligazione solo in quanto potesse tradursi in denaro.

⁽⁶⁷⁾ Su questo esempio fa leva M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, pag. 36 ss. nonché F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, pag. 248. Altro aspetto decisivo rispetto alla suscettibilità di valutazione in termini economici della prestazione a contenuto negativo è la sua capacità di essere garantita da ipoteca. Difatti, se non assume rilievo l'essenza della prestazione, è invece decisivo, affinché possa validamente costituirsi ipoteca, che la prestazione garantita sia valutabile in denaro, a nulla rilevando che sia di dare, fare o di non fare. Così, G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti, (Delle ipoteche)* (Artt. 2808-2899), in *Comm. Cod. Civ.*, t. 3°, Torino, 1970, pag. 30.

⁽⁶⁸⁾ Nelle aree di insegnamento di lingua tedesca, oltre alle incertezze sul valore del concetto di patrimonialità, non sono mancate le incertezze neppure sulla possibilità di scorgere un interesse del creditore rispetto ad una prestazione a contenuto omissivo non trovava concordanza di opinioni. Non manca infatti chi nega che la condotta omissiva possa reputarsi strutturalmente idonea ad essere qualificata come una prestazione, ivi difettando l'interesse creditorio da soddisfare attraverso un comportamento del debitore. In questi termini, J. KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1889, pag. 263.

⁽⁶⁹⁾ R. VON JHERING, *Jherings Jahrbücher Für Die Dogmatik Des Bürgerlichen Rechts*, Jena, 1886, III, pag. 87 ss.

Posto, infatti, che il diritto non è una mera trama rigorosa di categorie e concetti, bensì uno strumento atto a consentire il raggiungimento di uno scopo, è su quest'ultimo piano, ovverosia sull'*animus obligandi*, che deve accertarsi l'attitudine dell'intesa ad assumere rilievo sul piano del diritto ⁽⁷⁰⁾.

Nel solco interpretativo tracciato dal citato *mos* germanico si colloca anche la visione della pandettistica che, superando i limiti della socievolezza e compiacenza teorizzati dal Von Jhering, ne amplia sensibilmente la portata applicativa.

Per la scuola delle Pandette, difatti, la promessa può ritenersi sempre valida sul piano giuridico, salvo che l'interesse del creditore, come accertato secondo l'apprezzamento del giudice, sia un mero capriccio ⁽⁷¹⁾.

Sulla scorta di questa dialettica, e dunque intendendo la patrimonialità non già come requisito della prestazione in sé considerata, bensì del rapporto obbligatorio complessivamente inteso, è assai più agevole scorgere profili di patrimonialità anche in quelle prestazioni, come quelle omissive, rispetto alle quali il carattere della patrimonialità appare, non di rado, più sfumato.

Così, si pensi all'obbligo, assunto nei confronti del vicino, di non svolgere, presso la propria abitazione, attività rumorose. Orbene, nella prospettiva da ultimo dischiusa, anche se un obbligo di tal guisa è privo di patrimonialità in sé considerato, tale requisito, e dunque la giuridicità del rapporto, potrebbe agevolmente cogliersi dall'apposizione di una clausola penale che, connessa all'eventuale inadempimento della prestazione principale, colora di patrimonialità il rapporto e, finanche, costituisce un chiaro indizio dell'intenzione dei paciscenti di porre in essere un vincolo dotato di rilevanza sul piano giuridico ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ Proprio l'intendimento del diritto quale mezzo per il raggiungimento di uno scopo determinato costituisce la principale innovazione dell'approccio del Von Jhering rispetto alla visione della pandettistica, cui rivolge la critica di intendere il corpo normativo quale mero insieme di categorie e concetti. Per una analisi sintetica, ma efficace dell'impostazione del Von Jhering, cfr., A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, pag. 563 s.

⁽⁷¹⁾ In tal senso, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, cit., § 250, n. 3 e §314, n. 8. Tale opzione non trova tuttavia concorde altra dottrina che, iterando le coordinate ermeneutiche svolte dal Von Jhering, ritiene possibile sottrarre dalla tutela giuridica i soli rapporti di mera socievolezza e compiacenza. Cfr., J. KOHLER, *Dal Obligationsinteresse*, in Arch. Fur Burg. Recht, XII, 1897, pag. 1 ss.

⁽⁷²⁾ Per questa impostazione, cfr. R. VON JHERING, cit., pag. 87 ss., per il quale soltanto il contratto perfezionato per socievolezza o compiacenza potrebbe dirsi privo di efficacia giuridica. Una posizione particolare è quella assunta dal K. HELLWIG, *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit*, in Arch fur civ. Prax, vol. 86, 1896, pag. 223 ss., che, muovendo dalle difficoltà nel valutare in termini economici la situazione giuridica in capo al debitore, tenta di aggirare tale paratia spostando il punto focale dal carattere patrimoniale della prestazione al valore economico, per il creditore, dell'adempimento della prestazione. Per la dottrina italiana, riferisce il requisito della patrimonialità non già alla prestazione, quanto, piuttosto, al rapporto unitariamente inteso, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 90. L'assunto secondo cui la patrimonialità della prestazione potrebbe ricavarsi, anche in via indiretta, a fronte della condanna al pagamento di una somma di denaro dell'obbligato sembra ripreso, sotto l'egida del codice vigente, anche da G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, pag. 230 s., che ritiene che la suscettibilità di valutazione economica non rilevi ai fini della coazione giuridica, bensì solo per risolvere la causa suffisante, ammettendosi anche un'obbligazione priva di valore di scambio quando le parti abbiano pattuito una controprestazione o una clausola penale per il caso di inadempimento.

Tornando invece alle questioni interne, è la formula normativa dell'art. 1174 cod. civ., a chiarire che, affinché il rapporto possa dirsi dotato di efficacia sul piano giuridico, è la prestazione a dover deve essere suscettibile di valutazione economica.

Nondimeno, a discapito dell'apparente chiarezza del dato testuale, non sono mancate perplessità sul portato normativo dell'art. 1174 cod. civ.

Senza voler qui rinverdire dispute, mai sopite, in punto di disciplina, ci si limita ad osservare come siano state addotte gravi obiezioni all'impostazione che intende la patrimonialità dell'obbligazione quale elemento determinante per aversi giuridicità del rapporto, posto che, una lettura così freddamente formalistica, postula la sovrapposizione patrimonialità e giuridicità del vincolo che, tuttavia, non trova necessaria rispondenza nella realtà.

Del resto alla prassi, tanto nella forma della scienza giuridica quanto in quella della pratica applicativa, non sono sconosciuti fenomeni giuridici che, pur non dotati di valenza sul piano economico, per certo rilevano sul piano giuridico, così come possono aversi situazioni giuridiche che, pur economicamente valutabili, assumono rilievo su un piano diverso da quello del diritto ⁽⁷³⁾.

Ebbene, posta la necessità di tenere ben distinti i profili della patrimonialità della prestazione e rilevanza giuridica della condotta cui si vincola il soggetto obbligato ⁽⁷⁴⁾, ben si comprende come, per altra dottrina, la giuridicità del rapporto presupponga, oltre che il comportamento imposto al debitore sia da questi percepito come giuridicamente vincolante, altresì, in ossequio all'art. 1174 cod. civ., che la prestazione sia suscettibile di valutazione economica ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ Come nel caso dei già più volte citati rapporti di cortesia. Su questo concetto insistono G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, pag. 253; R. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993, pag. 160, che reputa tale approdo interpretativo il frutto della sovrapposizione di tre piani distinti, e, segnatamente, della volontà delle parti, dell'idoneità della prestazione ad essere oggetto del rapporto obbligatorio e della possibilità di esecuzione coattiva dell'obbligo. Evidenzia tale sovrapposizione, più recentemente, anche S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 41.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., tra i molti, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, 1968, pag. 35; A. CHECCHINI, *Prestazione I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 3.

⁽⁷⁵⁾ Si avvale di queste argomentazioni, in dottrina, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 43, il quale non manca di evidenziare come sussistano rapporti rispetto ai quali la determinazione della natura giuridica si presenta tutt'altro che agevole. Uno fra tutti è il contratto di trasporto nel caso in cui la prestazione venga effettuata gratuitamente. Orbene, in tale scenario non è sempre agevole distinguere l'ipotesi in cui, pur mancando il corrispettivo, il trasporto genera un vincolo giuridico, dall'ipotesi del rapporto di cortesia. Per un quadro generale sul contratto di trasporto, ci si limita a rinviare a D. PERETTI GRIVA, *Sul trasporto amichevole o di cortesia*, in *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, pag. 111 ss.; A. MONTEL, *Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia*, in *Foro pad.*, 1948, I, c. 201; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pag. 24 ss. e, nella manualistica più recente, A. TULLIO, *Il Trasporto*, in *Tratt. dir. civ. Lipari e Rescigno*, coordinato da Zoppini, III, 3, Milano, 2009, pag. 226 ss.

Rimane ora da chiarire se il requisito della patrimonialità debba intendersi endogeno alla prestazione ovvero se possa acquisirsi anche attraverso il vaglio di pattuizioni accessorie, sì da esaltare l'intenzionalità dei paciscenti ⁽⁷⁶⁾.

Quest'ultimo indirizzo, in linea con gli esiti ermeneutici cui è pervenuta anche la scuola delle Pandette, gode di larghi consensi anche nella giurisprudenza, la quale non si perita nel rinvenire, anche nell'obbligo assunto verso il vicino di astenersi dal locare l'immobile ad industrie rumorose, profili di patrimonialità dell'interesse creditizio, posto che, per mezzo di tale intesa, si scongiura la perdita di valore dell'immobile ⁽⁷⁷⁾.

Nel medesimo senso, anche l'obbligo di non suonare il violino, che non ha di per sé, valore economico, può nondimeno assumere rilievo sul piano giuridico nella misura in cui venga pattuita una clausola penale per il caso di inadempimento ⁽⁷⁸⁾.

Per tale opzione ermeneutica, di tutta evidenza, si finisce per dare maggiore rilievo alla volontà delle parti, posto che, nella misura in cui può scorgersi, anche attraverso il vaglio di pattuizioni accessorie, una precisa volontà di obbligarsi sul piano giuridico, allora può escludersi l'impegno morale o sociale ⁽⁷⁹⁾.

L'opinione che riferisce il requisito della patrimonialità alla luce del rapporto unitariamente inteso, pur godendo di larghi consensi in dottrina, pare doversi considerare con cautela, non foss'altro che, come si è esattamente osservato, si finisce così per riproporre quella sovrapposizione tra il concetto di giuridicità del vincolo e patrimonialità del rapporto ⁽⁸⁰⁾.

Argomenti *a contrario* non possono essere tratti nemmeno dalla formula normativa, la quale, anzi, è rigorosamente appropriata all'interpretazione che distingue nettamente il requisito della patrimonialità della prestazione da quello della giuridicità del rapporto.

⁽⁷⁶⁾ In questo senso depone anche la *Relazione al Re sul Libro delle obbligazioni*, n. 22, secondo la quale anche la prestazione insuscettibile di valutazione in termini economici può acquisire patrimonialità se le parti lo vogliono, ad esempio dandole un prezzo ovvero convenendo una clausola penale per il caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento.

⁽⁷⁷⁾ Cfr., Cass. 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. Civ.*, 1985, I, pag. 2014, che ha riconosciuto la vincolatività, sul piano giuridico, anche dell'obbligo di non locare il proprio immobile a persone che svolgono un'attività rumorosa. Tale prestazione, pur in sé priva di valore economico, non manca di patrimonialità avuto riguardo all'interesse del vicino nei confronti del quale è assunto l'obbligo, posto che la realizzazione di attività rumorose comporterebbe una diminuzione del valore del proprio immobile. In dottrina, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, cit., pag. 83. Al tempo stesso, anche l'obbligo, assunto da un imprenditore verso un altro, di non esercitare concorrenza, può dirsi informato di patrimonialità, posto che, pur in assenza di un corrispettivo, il valore economico della prestazione si ricava dal maggior profitto che ciascuno dei due imprenditori può conseguire dalla non concorrenza dell'altro. Così, F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2004, pag. 188. Recentemente, concorda con l'opinione che scorge la patrimonialità del rapporto anche da prestazioni accessorie, quali, a titolo esemplificativo, la clausola penale, M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, pag. 5.

⁽⁷⁸⁾ Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 85. Per chi sposa tale ricostruzione la prestazione che figura come penale in realtà deve diventare oggetto principale dell'obbligazione mentre la prestazione priva di valore economico deve diventare quella accessoria. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel codice civile italiano*, cit., pag. 617; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1894, n. 449; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 87. Opzione, quest'ultima, accolta anche dalla dottrina francese. Per tutti, G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Obbligazioni*, (trad. it.), Firenze, 1913, I, n. 153 e II, n. 1356-58.

⁽⁷⁹⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 81.

⁽⁸⁰⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 45.

Sicché, l'apposizione di una clausola penale, o, più in generale, la previsione di una controprestazione, più che sottendere la patrimonialità della prestazione a contenuto omissivo, può essere, al più, elemento indicativo della patrimonialità dell'interesse creditorio, ma non già della patrimonialità della prestazione, che è circostanza ben distinta ⁽⁸¹⁾.

E allora, anche a fronte di quanto osservato, pare preferibile ritenere che la valutazione in termini economici della prestazione avvenga in modo oggettivo, considerando suscettibili di valutazione economica i soli rapporti giuridici che i paciscenti, per ottenerle, siano disposti a un sacrificio economico ⁽⁸²⁾.

Per gli effetti, affinché la condotta possa dirsi rilevante sul piano delle obbligazioni, è necessario intanto che il comportamento sia stato inteso, dalle parti, come giuridicamente vincolante, e, di poi, in ossequio all'art. 1174 cod. civ., esso sia suscettibile di valutazione patrimoniale ⁽⁸³⁾.

6.1. *Possibilità e determinatezza della prestazione.*

Oltre all'esplicitazione dell'aspetto patrimoniale, del pari imprescindibile, affinché possa utilmente discorrersi di obbligazione, è la rispondenza del rapporto giuridico ai dettami dell'art. 1346 cod. civ.

La norma, nel fissare i limiti entro i quali l'operazione economica può trovare tutela nel sistema ordinamentale, stabilisce difatti che l'oggetto dell'intesa debba essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

A scanso di equivoci conviene sin da ora precisare che l'oggetto dell'obbligazione, cui riferisce l'art. 1346 cod. civ., va tenuto ben distinto dal contenuto della stessa, posto che quest'ultimo si raffina nell'insieme di clausole volute dalle parti o inserite in forza di legge, mentre l'oggetto propriamente inteso fotografa la prestazione che l'oneroso si obbliga ad eseguire in favore della controparte.

Ciò premesso, e venendo ora a considerare più nel dettaglio il primo dei profili evocati dall'art. 1346 cod. civ., è opinione condivisa che la possibilità debba considerarsi, nel diritto dei contratti, tanto sul piano materiale, quanto su quello giuridico.

⁽⁸¹⁾ Così, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 46.

⁽⁸²⁾ Così, per tutti, P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Classificazioni e statuti*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ed, Napoli, 2014, pag. 217 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 133; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, pag. 12 ss. Del tutto differente invece è l'interpretazione data al requisito della patrimonialità della prestazione di cui all'art. 1174 cod. civ. di R. SACCO, *Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, pag. 877 ss. che qualifica la prestazione suscettibile di valutazione economica alla stregua di commerciabile. Secondo tale impostazione, che svaluta il dettato letterale dell'art. 1174 cod. civ., l'unico limite alle prestazioni che possono essere dedotte quale oggetto di obbligazione è la non commerciabilità.

⁽⁸³⁾ Cfr., S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 43.

Così, nel primo senso, possono senz'altro reputarsi illecite quelle convenzioni che abbiano ad oggetto una cosa impossibile, che non esiste in *rerum natura*, oppure una prestazione materialmente ineseguibile ⁽⁸⁴⁾.

Rispetto invece alla possibilità giuridica, la dottrina è allineata nel reputare impossibile quel rapporto avente ad oggetto una cosa che non è un bene in senso giuridico, ma anche una cosa che non può formare oggetto di diritti, come le membra del corpo umano, i cui atti dispositivi sono fortemente limitati dall'art. 5 cod. civ.

Giuridicamente impossibile è anche il bene che la legge ha dichiarato inalienabile o fuori commercio, come la proprietà demaniale.

In questa prospettiva, parte della dottrina non ha mancato di osservare come l'impossibilità originaria della prestazione, rispetto alle obbligazioni a contenuto negativo, vada confinata entro una dimensione prettamente teorica e astratta ⁽⁸⁵⁾, rilevando, invece, la sola problematica connessa all'impossibilità sopravvenuta.

Secondo una retorica del tutto antitetica, invece, non vi sarebbero valide ragioni per escludere che anche la prestazione astensiva possa reputarsi impossibile *ab origine*, ogniquale volta sia presupposto un particolare stato di fatto o di diritto non governabile dall'obbligato e che, al venir meno, rende, giocoforza, la prestazione impossibile a titolo originario ⁽⁸⁶⁾.

Utile, per una migliore comprensione del problema, procedere con un esempio. Si pensi alla disposizione testamentaria che impone, alla società onerata, di non esercitare attività concorrenziale nei confronti del legatario onorato per un determinato periodo di tempo. Orbene, nello scenario prospettato è subito evidente l'obbligazione negativa sarà impossibile *ab origine* allorquando la società obbligata, al momento dell'apertura della successione, sia già estinta o comunque impossibilitata ad esercitare alcuna attività d'impresa ⁽⁸⁷⁾.

Orientandosi secondo le indicazioni dell'art. 1346 cod. civ., oltre che possibile, la prestazione dedotta dalle parti deve essere esattamente identificata nel suo contenuto, sì da consentire all'obbligato di avere contezza della condotta cui è tenuto, e, finanche, di evitare l'involontaria violazione dei termini dell'accordo.

Analogamente a quelle di stampo positivo, in quelle negative il problema della determinabilità dell'oggetto si pone soprattutto ove le parti, nel definire i termini dell'accordo, facciano riferimento a criteri astratti e generici ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁴⁾ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'obbligo di dare in locazione una nave già perita a seguito di un naufragio.

⁽⁸⁵⁾ Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 142; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, Torino, 1876, III, pag. 383, che porta l'esempio della promessa di astenersi dai battiti del cuore.

⁽⁸⁶⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 62

⁽⁸⁷⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 62.

⁽⁸⁸⁾ Problema, quello della determinabilità dell'oggetto dell'intesa negativa, che si pone in modo deciso soprattutto nelle *negative pledge*, ove la tendenza al perfezionare intese troppo generiche può comportare pregiudizio sia per il debitore, che soffrendo un'eccessiva limitazione delle sue facoltà, rischia di non poter efficacemente esercitare la propria attività, sia per il creditore che, a fronte di tale difficoltà, rischia di

In tale prospettiva, si può convergere verso una decisa censura del patto di non concorrenza *sine die* come di quello che, pur temporalmente limitato, precluda all'onerato ogni tipo di attività lavorativa. Tale limite è chiarito anche dal dato positivo, che all'art. 2596 cod. civ. circoscrive la validità di simili intese entro limiti spaziali e temporali.

In senso analogo, pone un limite all'autonomia privata, nella materia dei rapporti di lavoro, l'art. 2125 cod. civ. che sanziona con la nullità il patto con il quale si limita l'attività del lavoratore senza alcuna precisazione in merito all'oggetto, tempo e luogo dell'obbligo⁽⁸⁹⁾. Anche in tale ipotesi, coerentemente con i requisiti fissati dall'art. 1346 cod. civ., la mancanza di determinazione dei termini dell'obbligazione conduce a ritenere illecita l'intesa⁽⁹⁰⁾.

7. Liceità e illiceità dell'obbligazione a contenuto negativo. In particolare, le obbligazioni negative contra legem.

Lo spunto problematico colto al termine del paragrafo che precede introduce opportunamente il tema dei limiti e delle modalità cui l'attività negoziale deve orientarsi affinché la prestazione possa reputarsi lecita.

In tale prospettiva, decisiva è la rispondenza del rapporto giuridico obbligatorio alla lettera dell'art. 1343 cod. civ. che, sanzionando con la nullità il contratto contrario a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, costituisce un precetto decisivo nello studio dell'obbligazione.

La norma è espressione dell'esigenza legislativa di difesa dei valori fondamentali della società, tanto di natura collettiva, ossia riferibili alla pacifica convivenza tra gli individui, quanto individuale, come la libertà, dignità e sicurezza dei singoli⁽⁹¹⁾.

vedere compromesso il valore del patrimonio debitorio. Sul punto si rinvia al Cap. II per più ampie considerazioni.

⁽⁸⁹⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 61. In giurisprudenza, in tal senso, *ex multis*, Cass. 13 giugno 2003, n. 9491, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, f. 6; Trib. Milano, 30 maggio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, pag. 1126. In senso parzialmente differente si esprime invece Cass. 21 aprile 1966, n. 1027, in *Dir. lav.*, 1966, II, pag. 368 ss., per la quale è sufficiente anche un generico riferimento all'attività dell'azienda, purché tale rinvio non comprometta eccessivamente la situazione lavorativa dell'obbligato.

⁽⁹⁰⁾ Questione parallela, ma distinta, è se la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione negativa possa rimettersi, dalle parti contraenti ad un terzo, come previsto dall'art. 1349 cod. civ. Come noto infatti, ricorrendo all'arbitraggio, ai paciscenti è consentito lasciare al terzo l'incombenza di determinare di taluni elementi negoziali, il quale viene chiamato a svolgere una funzione sostanzialmente sostitutiva di quella delle parti, determinando elementi che, volontariamente, non sono stati puntualmente definiti dalle parti. Poiché non vi sono ragioni che giustificano un trattamento discriminato tra obbligazioni positive e negative in tal senso, sembra preferibile ritenere che anche quest'ultime possano essere determinate da parte di un terzo, sia con *arbitrium merum*, sia con *arbitrium boni viri*. Ammessa anche per le obbligazioni negative la possibilità di rimettere ad un terzo la determinazione di taluni aspetti del programma negoziale, è invece questione d'interpretazione se l'arbitraggio possa rimettersi non già ad un terzo bensì ad una delle parti. Sul punto sembra prevalere, in dottrina, l'opinione che nega tale possibilità, soprattutto al fine di evitare la soggezione di una parte alla volontà dell'altra e, dunque, la nullità di tale clausola per incompatibilità della funzione di arbitratore e il ruolo di parte. Per alcuni, invece, potrebbe ammettersi tale sovrapposizione soltanto nell'ipotesi di *arbitrium boni viri*.

⁽⁹¹⁾ F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2004, pag. 267.

Dacché tale limite all'autonomia negoziale assume portata generale e sistemica, non abbisogna di ulteriori dimostrazioni l'assunto secondo cui anche la prestazione omissiva, concretandosi in una diretta restrizione della libertà dell'obbligato, se contraria al dato positivo, all'ordine pubblico o al buon costume sia da intendersi informata d'illiceità e, dunque, improduttiva di effetti sul piano giuridico ⁽⁹²⁾.

Procedendo con il rassegnare alcune delle più significative obbligazioni negative *contra legem*, valga il riferimento ai patti successori, ovverosia quei negozi giuridici, espressamente vietati dall'art. 458 cod. civ., finalizzati a disporre, mediante lo strumento contrattuale, di diritti relativi ad un compendio ereditario prima dell'apertura della successione ⁽⁹³⁾.

Scolasticamente, la tradizionale qualificazione del fenomeno consente di distinguere tre tipologie di patti successori, a seconda dell'oggetto ⁽⁹⁴⁾: istitutivi, che consentono al titolare del patrimonio di disporre, mediante contratto, dei propri beni in funzione della propria morte; dispositivi, espressione con la quale si allude a quell'atto di autonomia privata di chi, presumendo di essere in futuro beneficiario di una certa successione, dispone anzitempo di diritti ad essa afferenti ⁽⁹⁵⁾, e, infine, rinunziativi che, come suggerisce il sintagma, sottendono la rinuncia pro futuro ad un diritto che non si è ancora concretizzato nella sfera giuridica del rinunziante ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹²⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 92.

⁽⁹³⁾ L'art. 458 cod. civ., in cui è evidente il debito rispetto alla tradizione romanistica, traccia una netta linea di demarcazione con l'approccio assunto nelle aree germaniche, ove da sempre si ammette, seppur entro certi limiti, la successione *ex contractu*. I patti successori (*Erbverträge*) trovano oggi compiuta disciplina negli artt. 1941 e 2274 BGB. Offre uno sguardo sulla disciplina dei patti successori nelle aree di insegnamento di lingua tedesca, tra i molti, A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Ricerche giuridiche*, II, 1, pag. 354 s.

⁽⁹⁴⁾ Dai patti successori vanno tenuti ben distinti i negozi connessi alla morte, ossia quelli destinati a produrre effetti in dipendenza della morte di una persona. Essi si differenziano dai primi in quanto non regolano la successione di un dato soggetto, come invece il testamento ovvero il patto successorio istitutivo. Tra i negozi connessi alla morte può ricordarsi il mandato *post mortem*, vale a dire il contratto con cui il mandatario assume l'obbligo di compiere atti giuridici per conto del mandante, ovverosia il *de cuius*, che, nel caso di specie, è destinato a divenire tale solo nel tempo successivo alla propria morte. Sebbene tale contratto sia generalmente reputato invalido, non foss'altro che la morte, ai sensi dell'art. 1722, comma 4 cod. civ., estingue il mandato, ciò non impedisce alle parti di derogare alla norma e di sottrarsi dall'invalidità, a patto che l'intesa non confligga con il divieto di patti successori. Sul mandato *post mortem*, e sul rapporto con i patti successori, tra i molti, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014, pag. 27 ss., nonché V. PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. Contr.*, 2012, pag. 737 ss.

⁽⁹⁵⁾ Poiché la nozione di patto successorio dispositivo è assai ampia, prestandosi a ricomprendere ogni atto negoziale funzionale a disporre di beni di un'eredità non ancora aperta, è comunemente reputata contraria all'art. 458 cod. civ., la convenzione matrimoniale di adozione della comunione convenzionale che intenda comprendere, nella comunione immediata, anche i beni che saranno acquistati per effetto di successione a causa di morte in epoca successiva al matrimonio. Lo rileva G. CAPOZZI, *Comunione convenzionale ed acquisti a causa di morte*, in *Vita not.*, 1989, Supp. n. 6, pag. LXV ss.

⁽⁹⁶⁾ Divieto, quello di perfezionare patti successori rinunziativi, che emergerebbe anche dall'art. 557, comma 2 cod. civ., a mente del quale i legittimari non possono rinunziare, in vita del donante, all'azione di riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima. Peraltro, secondo la dottrina, costituirebbe un patto successorio rinunziativo, con conseguente nullità dell'atto, anche la rinunzia all'eredità effettuata nell'erroneo convincimento che la successione fosse già aperta; viceversa, nel caso la rinunzia sia effettuata con l'intenzione di porre in essere un patto successorio rinunziativo, ignorando che

Attesa l'accentuata eterogeneità delle figure di patti successori, le ragioni che riposano a fondamento della loro nullità, di fonte romanistica e ispirata alla massima "*viventis non datur hereditatis*" ⁽⁹⁷⁾, sono state variamente identificate in dottrina, mutando a seconda del tipo di patto successorio considerato.

Quanto a quelli istitutivi, il divieto si raccorda al principio di assoluta libertà testamentaria, ossia alla possibilità, per il dante causa, di revocare, senza limiti di tempo, la propria volontà ⁽⁹⁸⁾. Principio, questo, che, garantito dalla natura essenzialmente revocabile del testamento, sarebbe irrimediabilmente compromesso ove si ammettesse la liceità di un contratto successorio bilaterale, che, per natura, priverebbe il dante causa di ogni potere di revoca.

Rispetto invece ai patti dispositivi e rinunziativi, sia pur con minore impatto argomentativo, si adduce ora l'esigenza di tutelare soggetti prodighi e inesperti, portati a dilapidare in anticipo i beni che, presumibilmente, riceveranno in successione, ora di impedire il *votum captandae mortis*, ovverosia il desiderio che sopraggiunga anzitempo la morte del titolare del patrimonio di cui si intende disporre ⁽⁹⁹⁾.

Sebbene abbiano più frequentemente contenuto positivo, nondimeno, specie con riferimento a quelli dispositivi e rinunziativi, non è da escludere che anche il patto successorio possa sottendere anche un impegno omissivo.

Si pensi, a mo' di esempio, alla convenzione con cui taluno si impegna a non alienare un bene che presume gli perverrà, in futuro, a seguito dell'apertura della successione dell'attuale proprietario.

Analogamente, si raffina in un patto successorio anche l'obbligo di non accettare l'eredità che in futuro si presume sarà devoluta, ovvero l'impegno a non far valere i propri diritti contro donatari o futuri eredi.

Ebbene, negli scenari tratteggiati, tali convenzioni sono senz'altro da reputarsi illecite per contrarietà all'art. 458 cod. civ., sottendendo un atto di disposizione di beni e diritti di cui i paciscenti non possono disporre, poiché afferenti ad una successione non ancora aperta ⁽¹⁰⁰⁾.

la successione cui si riferisce tale rinunzia è già aperta, non si applica l'art. 458. In questo senso, M.V. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, pag. 545.

⁽⁹⁷⁾ Vale la pena di notare che il diritto romano, se da un lato proibì assolutamente i patti successori istitutivi e rinunziativi, con riguardo a quelli dispositivi, pur in linea di massima vietati poiché immorali, si faceva tuttavia eccezione, riconoscendoli validi, se relativi ad eredità di una persona indeterminata o, anche se relativi ad eredità di persona determinata, quest'ultima avesse dato assenso al fatto, senza revocarlo sino al venire della morte. Cfr., sul punto, G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, pag. 10 s.

⁽⁹⁸⁾ Per tutti, C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, pag. 40; G.B. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 456-511, Bologna-Roma, 1980, pag. 95. Nondimeno, per altra dottrina, la ragione logica del divieto di tali patti sarebbe da ricercarsi nel ruolo centrale della volontà del testatore. In particolare, con l'art. 458 cod. civ. il legislatore avrebbe garantito che la volontà del testatore sia l'unica cui avere riguardo per la disciplina del fenomeno successorio e, dunque, l'unica da interpretarsi all'apertura della successione. In questi termini, F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, pag. 1418 ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 40.

⁽¹⁰⁰⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 93.

Oltre al patto successorio, configura una fattispecie illecita, nella ricca casistica, l'intesa con cui si assume l'obbligo di non avvalersi della prescrizione prima che questa sia compiuta ⁽¹⁰¹⁾. Tale impegno, che si traduce nella rinuncia all'effetto estintivo prodotto dall'inerzia del titolare del diritto protratta per il tempo previsto dalla legge, si pone, difatti, in aperto contrasto con l'art. 2937, comma 2, cod. civ., che ammette la rinuncia limitatamente all'ipotesi in cui la prescrizione sia compiuta, ma non prima.

Se finora si è fatto cenno a convenzioni illecite poiché impositive, per l'obligato, di un contegno proibito dal dato positivo, possono del pari considerarsi prive di efficacia giuridica anche quelle che sollecitano l'astensione da un comportamento che la legge impone.

Ne offre un esempio eloquente, nell'ambito dei negozi di diritto familiare, la promessa, assunta dall'obligato *ex lege*, di non versare gli alimenti nei confronti dell'alimentando. Intesa che, oltre ad essere illecita sul piano civilistico per contrarietà agli artt. 433 ss. cod. civ., può altresì integrare gli estremi di una fattispecie di reato ai sensi dell'art. 570 c.p. Tale ultima norma, infatti, munita di sanzione penale, incrimina la violazione degli obblighi di assistenza familiare, tra cui ben può collocarsi anche la promessa di non adempiere l'obbligazione *ex lege* maturata verso l'alimentando ⁽¹⁰²⁾.

7.1. *Il patto di non pubblicazione del testamento.*

Nell'esame delle intese a contenuto negativo *contra legem* conviene soffermarsi più attentamente su quelle che, a fronte della prestazione dedotta dalle parti, finiscono per impattare su aspetti del diritto reputati, per solito, di particolare delicatezza.

Tra queste spicca il patto con cui gli eredi si accordano allo scopo di tenere celato il contenuto del testamento destinato a regolare la ripartizione del patrimonio relitto della successione cui sono chiamati ⁽¹⁰³⁾.

Nonostante infatti la formula normativa dell'art. 620 cod. civ. stabilisca chiaramente l'obbligo, in capo a chiunque sia in possesso della scheda testamentaria, di presentarla al notaio per la pubblicazione, la liceità di un'intesa di tal guisa è questione vivacemente disputata.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., sul punto, Cass. 15 febbraio 1992, n. 1866, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, f. 2. Per la dottrina, *ex multis*, B. GRASSO, *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pag. 67.

⁽¹⁰²⁾ Sulla violazione degli obblighi di assistenza familiare e, segnatamente, sulla fattispecie prevista dall'art. 570 c.p., la letteratura è assai ampia. Poiché sarebbe ultroneo, per l'economia del presente, la rassegna di tutti gli autori che si sono occupati della questione, per una visione d'insieme è sufficiente rinviare a M. MIEDICO, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Digesto disc. Pen.*, XV, Torino, 1999, pag. 190; A. MICONI TONELLI, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, pag. 1 ss.; F. FIERRO CENDERELLI, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, pag. 767.

⁽¹⁰³⁾ Per un quadro generale sul patto di non pubblicazione del testamento, F. GRADASSI, *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1994, pag. 1021 ss.; A. NATALE, *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, pag. 162 ss. Più recentemente, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 861 ss.

In limine, va fatta una fondamentale distinzione tra il patto perfezionato dagli eredi soltanto dopo aver avuto notizia della morte del testatore, da quello, di rara ricorrenza ma non sconosciuto nella prassi, concluso in un momento antecedente all'apertura della successione.

Difatti, se l'ammissibilità dei primi è questione ancora incerta, può invece affermarsi, con serena coscienza, l'illiceità dei secondi, posto che una convenzione di tal guisa, prima ancora di confliggere con il precetto contenuto nell'art. 620 cod. civ., si pone in aperto contrasto con il divieto di patti successori, che, come si è già avuto modo di osservare nel paragrafo che precede, sanziona con la nullità quei contratti aventi ad oggetto beni o diritti riferibili ad una successione non ancora aperta.

È infatti subito evidente che l'accordo teso a non dare pubblicità alla scheda testamentaria assume, nella prospettiva da ultimo citata, la veste di un'obbligazione negativa collettiva sotto forma di patto successorio dispositivo, giacché i potenziali aventi causa del *de cuius* non fanno altro che disporre, sia pur in modo larvato, di diritti afferenti ad una successione non ancora aperta, in aperto contrasto con l'art. 458 cod. civ.

Tutt'altro che sicura, invece, è l'illiceità dell'obbligazione di non pubblicare il testamento olografo assunta dai paciscenti soltanto dopo avuta notizia della morte del testatore.

Per una ricostruzione, mancando una norma che riferisce espressamente la nullità di un atto di tal guisa, e ferma restando la mancanza di rilevanza penale del fenomeno ⁽¹⁰⁴⁾, sarebbe possibile scorgere un margine di validità di tali intese.

Da un lato, chi reputa decisivo il contenuto del patto di non pubblicazione, prende le mosse dall'*animus obligandi* che ha orientato i paciscenti nel perfezionamento dell'intesa ⁽¹⁰⁵⁾. Così, l'accordo volto a tenere celato il contenuto del testamento sarebbe lecito ogniquale volta le parti siano motivate dalla volontà di evitare spese di pubblicazione, mentre sarebbe illecito ove finalizzato a non dare esecuzione alle disposizioni testamentarie, a ripartire il compendio ereditario in modo differente oppure se motivato da finalità elusive di disposizioni tributarie ⁽¹⁰⁶⁾.

Analoghi esiti interpretativi sono raggiunti anche da chi, pur mutando l'angolo prospettico, ammette la liceità del patto di non pubblicazione ove la scheda testamentaria che s'intendere tenere celata contenga disposizioni soltanto non patrimoniali, o che, pur contenendo disposizioni patrimoniali, sia stata revocata o invalidata ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Non potrebbe, infatti, invocarsi la contrarietà agli artt. 490 e 491 c.p., che, dettate in tema di testamento, ne sanzionano unicamente la distruzione, soppressione o l'occultamento, per alcuna dottrina residuerebbe un ridotto spazio di validità di tale intesa.

⁽¹⁰⁵⁾ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. 27 luglio 1974, n. 2145, in *Riv. Not.*, 1976, pag. 1299 ss., che ammette la liceità dell'accordo con il quale i coeredi stabiliscono di non pubblicare il testamento pur volendo eseguire le disposizioni ivi contenute.

⁽¹⁰⁶⁾ Lo rileva, correttamente, A. MASCHERONI, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto tra eredi o per divieto del de cuius*, in *Notar.*, 2011, pag. 182 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ A. NATALE, Sub Art. 620, in *Codice ipertestuale delle Successioni e delle donazioni*, a cura di Bonilini e Confortini, Torino, 2007, pag. 570 s.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultime volontà*, Milano, 1954, pag. 12 ss. Più recentemente, reputa lecito il patto di non pubblicare il testamento che contenga solo disposizioni non patrimoniali anche S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 59, nt. 169.

A sostegno di tale assunto si adduce la mancanza di utilità nel procedere alla pubblicazione del testamento, posto che, tanto nel caso di disposizioni non patrimoniali, quanto nel caso del testamento revocato o invalidato, la ripartizione del compendio ereditario verrebbe comunque regolata dalle norme sulla successione legittima ⁽¹⁰⁸⁾.

L'opzione che ammette la liceità del patto di non pubblicazione del testamento, pur a prima istanza non del tutto peregrina, suscita, nondimeno, non poche perplessità.

In prima battuta, l'enfasi rispetto alla contrapposizione tra contenuto patrimoniale e non patrimoniale della scheda testamentaria, energicamente invocato a sostegno della liceità di tale convenzione, traligna l'essenza dell'art. 620 cod. civ., serbando al precetto un significato improprio.

La formula legislativa è infatti rigorosamente appropriata all'interpretazione che sancisce l'obbligo, e non già la facoltà, di dare pubblicità alla scheda testamentaria. Obbligo che trae ragion d'essere nella *ratio* della norma, orientata ad assicurare, attraverso la pubblicazione del testamento, la piena conoscibilità delle ultime volontà del testatore, e, financo, l'esatta e più agevole esecuzione delle stesse.

Né maggiore valore argomentativo pare potersi trarre dalle considerazioni di chi, nel tentativo di superare la paratia posta dall'art. 620 cod. civ., pone l'accento sul contenuto del testamento. Tale opzione difatti, oltre che rivelarsi non ossequiosa della norma da ultimo menzionata, finisce per porre le disposizioni a contenuto non patrimoniale su di un piano di valori del tutto deteriore rispetto a quelle di natura patrimoniale. Circostanza, quest'ultima, che non trova rispondenza nell'addentellato del codice, come dimostra anche l'art. 587 cod. civ. che, nel riferire alle disposizioni non patrimoniali di fonte testamentaria, non assume alcun criterio differenziale rispetto a quelle patrimoniali.

La necessità di difendere con forza il corretto adempimento degli obblighi pubblicitari imposti dall'art. 620 cod. civ. a prescindere dal contenuto e dalla validità della scheda testamentaria ben si coglie altresì, limitandoci qui a offrire un solo esempio significativo, considerando l'ipotesi in cui, nell'atto *mortis causa*, sia contenuto il solo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio ai sensi dell'art. 254 cod. civ.

Nella situazione qui prospettata, la mancata pubblicazione della scheda testamentaria, oltre a confliggere con l'obbligo di pubblicazione previsto dall'art. 620 cod. civ., sembra porsi in aperto contrasto anche con il precetto contenuto nell'art. 46, comma 2, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

La norma, recante disposizioni sugli adempimenti formali da eseguirsi per dare efficacia al riconoscimento del figlio, dispone, ove tale volontà sia contenuta in un testamento, la trasmissione della copia, da parte del notaio all'Ufficiale dello Stato Civile competente ai fini dell'annotazione, entro venti giorni dalla pubblicazione del testamento olografo, ovvero dal passaggio del testamento pubblico dal repertorio degli atti di ultime volontà a quello generale degli atti tra vivi.

⁽¹⁰⁸⁾ Di tali argomentazioni si avvale S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 59 s.

Ebbene, è sin ovvio rilevare che l'intesa volta a tenere celato il contenuto del testamento impedisce il corretto adempimento degli obblighi formali prescritti dal D.P.R. da ultimo citato.

Conclusioni, queste, che non mutano anche ipotizzando che la scheda testamentaria in cui sia contenuto il riconoscimento sia stata revocata o invalidata.

Poiché, infatti, il riconoscimento del figlio è irretrattabile ⁽¹⁰⁹⁾, alla revocazione della scheda testamentaria non corrisponde la caducazione degli effetti della dichiarazione e, dunque, non abbisogna di altre dimostrazioni la necessità di procedere alla pubblicazione anche del testamento revocato ⁽¹¹⁰⁾.

Si vuole inoltre precisare, con funzione adiuvante nei confronti di quanto sostenuto, che il patto di non pubblicazione avente ad oggetto un testamento contenente il riconoscimento del figlio ex artt. 254 ss. cod. civ., oltre a confliggere con i sopracitati indici normativi, sembra collidere anche con ragioni di carattere più squisitamente etico-morale.

Nonostante infatti, a mente dell'art. 256 cod. civ., il riconoscimento è efficace dal giorno della morte del testatore, è piuttosto evidente che la mancata pubblicazione della scheda testamentaria, se non ne costituisce un fattore ostativo all'efficacia giuridica del riconoscimento, preclude nondimeno al figlio riconosciuto di averne tempestiva contezza, con conseguenze facilmente ipotizzabili e sul piano patrimoniale e, soprattutto, su quello umano.

Infine, nemmeno le motivazioni che hanno orientato i paciscenti sembrano decisive per scorgere margini di validità del patto di non pubblicazione.

Tale opzione non è infatti disgiungibile dalla constatazione circa la disponibilità, per i privati, delle norme dettate in tema di pubblicità. Tuttavia, il precetto contenuto nell'art.

⁽¹⁰⁹⁾ Irrevocabilità, non è inutile precisare, che non costituisce un'eccezione al normale regime di revocabilità del negozio testamentario, posto che il riconoscimento è un negozio a causa di morte bensì *post mortem*. Cfr., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 812. Irretrattabilità della dichiarazione di riconoscimento del figlio che, per *eadem ratio*, possono estendersi anche al caso di dichiarazione di riabilitazione dell'indegno.

⁽¹¹⁰⁾ In tale prospettiva, sembra doversi affermare che anche la scheda testamentaria olografa revocata da un testamento posteriore debba essere pubblicata, sì da evitare che la dichiarazione di riconoscimento, ove non ripetuta nella successiva scheda, vada perduta. Ciò sarebbe confermato, sia pur implicitamente, anche dalla lettera dell'art. 620 cod. civ., che, nell'imporre a chiunque sia in possesso di un testamento di presentarlo al notaio per la pubblicazione, non allude né alla validità della scheda testamentaria né, tantomeno, alla sua posteriorità rispetto ad altre schede testamentarie. L'eventuale anteriorità della scheda testamentaria presentata per la pubblicazione potrà poi emergere in un momento successivo, laddove venga presentata per la pubblicazione un'altra scheda testamentaria che revochi espressamente il precedente. Per quanto detto, laddove gli eredi si trovino in possesso di due schede testamentarie i, sarebbe opportuno depositare entrambe per la pubblicazione, senza che si verifichi un'inutile doppia pubblicazione. Difatti, nel caso in cui nella prima scheda sia contenuto, il riconoscimento ex art. 254 cod. civ. ovvero una dichiarazione di riabilitazione dell'indegno 463, esse conservano validità anche in caso di revoca, implicita o esplicita, della prima scheda testamentaria. Analoghe conclusioni potrebbero trarsi ove alla scheda testamentaria venga affidata, piuttosto che il riconoscimento ex art. 254 cod. civ., una confessione stragiudiziale ai sensi dell'art. 2735 cod. civ. Orbene, anche in questo caso, di tutta evidenza l'accordo teso a non pubblicare il testamento potrebbe essere giustificato, in apparenza dalla volontà di evitare spese di pubblicazione, ma, in realtà, per evitare il disdegno, il disonore o altre conseguenze dipendenti dalla notorietà del fatto oggetto della dichiarazione.

620 cod. civ., e di ciò non è dato dubitare, non è posto a presidio degli interessi degli aventi causa del testatore, bensì di interessi superiori, e, segnatamente, di assicurare che le volontà del *de cuius* siano esattamente conosciute ed eseguite secondo le sue indicazioni. Per gli effetti, poiché gli interessi sottesi alla norma costituiscono chiaro indizio dell'inderogabilità dei precetti ivi contenuti, ammettere la possibilità di tenere celato il contenuto del testamento sembra offrire, agli aventi causa, un agile strumento di elusione, oltre che la volontà del *de cuius*, del dato normativo.

In conclusione, coerentemente con il complesso dei dati riferiti, d'uopo riconoscere la validità degli argomenti di quella dottrina che, con costruttiva sensibilità del fenomeno, assume come l'accordo, intercorrente tra gli aventi causa del *de cuius* e volto a tenere celato il contenuto del testamento, debba intendersi illecito per contrarietà all'art. 620 cod. civ. e, dunque, improduttivo di effetti sul piano giuridico ⁽¹¹¹⁾.

8. *Limiti quantitativi dell'oggetto e illiceità della convenzione: il patto di inalienabilità sine die e quello di non esercitare alcuna attività professionale.*

Dal quadro tratteggiato emerge con nitida evidenza, quantomeno rispetto alle figure contrattuali sinora analizzate, come l'illiceità del rapporto giuridico omissivo si saldi sulla totale contrarietà, della prestazione, al sistema valoriale accolto dall'ordinamento.

È così per il patto successorio, vietato dall'ordinamento in qualunque sua forma ⁽¹¹²⁾, come per quello di non pubblicazione del testamento, che, secondo l'opzione accolta, si pone in aperto contrasto con le esigenze di pubblicità poste a presidio dell'atto a causa di morte.

Nondimeno, accanto a quelle fattispecie prive di efficacia sul piano giuridico poiché totalmente contrarie al sistema valoriale di cui s'informa il sistema ordinamentale domestico, se ne possono scorgere altre che, pur orientate al perseguimento di interessi meritevoli di tutela, scontano un giudizio di illiceità in virtù del portato della prestazione sottesa, nel caso in cui difetti di determinatezza ovvero, se determinata, ecceda i limiti di legge.

Tra queste può senz'altro citarsi il patto di inalienabilità, tanto di fonte contrattuale quanto testamentaria ⁽¹¹³⁾, della cui liceità non è dato dubitare se convenuto nei limiti di cui

⁽¹¹¹⁾ Diverso sarebbe invece considerare l'ipotesi in cui sia lo stesso testatore a disporre la non pubblicazione del proprio testamento con espressa disposizione testamentaria. Poiché infatti la norma di cui all'art. 620 cod. civ. è orientata nel senso di assicurare tutela alla piena attuazione della volontà del *de cuius*, ove questi intenda non pubblicare il proprio testamento potrà disporre in tale senso senza che si reputi violata alcuna norma di legge.

⁽¹¹²⁾ Invero, sebbene il divieto di cui all'art. 458 cod. civ. mira a sanzionare con la nullità quegli atti con cui si dispone o rinuncia immediatamente ad un proprio diritto relativo ad un'eredità futura, l'ampia formulazione della norma, unitamente alla *ratio* ad essa sottesa, consentono di ritenere colpiti da nullità anche i patti successori ad efficacia meramente obbligatoria. In questi termini, A. TODESCHINI PREMUDA, *Patti successori obbligatori e conversione del negozio nullo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, *passim*.

⁽¹¹³⁾ Tuttavia, secondo L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 114, tali intese andrebbero collocate nell'alveo di quelle illecite per contrarietà all'ordine pubblico privato.

all'art. 1379 cod. civ., mentre è sicuramente privo di efficacia allorché imponga all'onerato un vincolo di indisponibilità *sine die*.

L'art. 1379 cod. civ., difatti, nell'ammettere i patti di inalienabilità, stabilisce che la convenzione debba essere rispondente ad un preciso interesse del beneficiario nonché limitata entro convenienti limiti di tempo, sì da evitare la creazione di un regime di indisponibilità eccessivamente ampio ⁽¹¹⁴⁾.

Sono del pari illecite, per eccessiva genericità dell'obbligo, anche quelle convenzioni, sovente perfezionate in sede di cessione di azienda, volte ad imporre al cedente di astenersi dallo svolgere qualsiasi attività professionale in concorrenza con il cessionario. Anche in tal caso, non diversamente da quanto osservato rispetto al patto di inalienabilità, non è la limitazione alla concorrenza in sé ad essere immeritevole di tutela sul piano giuridico, bensì soltanto quella che, a causa dell'eccessiva genericità, imponga all'obbligato di astenersi dall'intraprendere un'attività lavorativa concorrenziale senza limiti di spazio e di tempo.

L'art. 2557 cod. civ., difatti, pur ammettendo la liceità dei patti che impongano l'astensione dall'iniziare una nuova attività che, per oggetto, ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, richiede che una simile pattuizione, impattando sensibilmente su un complesso valoriale tutelato anche sul piano Costituzionale ⁽¹¹⁵⁾, sia convenuta per un periodo di tempo non eccedente il quinquennio e, ai sensi del comma 2, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Attesa la vaghezza della formula normativa dell'art. 1379 cod. civ. che manca di stabilire un termine di durata massimo del patto di non alienabilità, appare arduo immaginare che, nel caso di intesa *sine die*, una conversione automatica entro un conveniente limite di tempo sulla scorta di quanto previsto anche dall'art. 2557 cod. civ., si da far salva la convenzione. Ciò in quanto, mentre in quest'ultima norma è la legge a fissare, nel quinquennio, il termine massimo, nell'art. 1379 cod. civ., v'è un solo generico riferimento ad un conveniente limite di tempo, sicché anche per avventura ipotizzando l'operare di un meccanismo di conversione legale, mancherebbe il termine di riferimento. Rimane invece questione d'interpretazione l'ammissibilità di un divieto di alienazione *omnibus*, ossia gravante, piuttosto che su di uno specifico bene del debitore, su tutti i beni componenti il suo patrimonio. Sebbene non sia possibile qui prendere posizione sulla problematica, rinviando al capitolo II, sembrano residuare margini di validità rispetto a tale pattuizione, non foss'altro che l'art. 1379 cod. civ., nello stabilire i criteri di liceità del patto di alienazione, pone, quali limiti, soltanto l'interesse di una delle parti nonché il criterio temporale, senza proferire parola sull'oggetto dell'intesa.

⁽¹¹⁵⁾ Sul rapporto tra obbligazioni negative e valori costituzionali e, in specie, sulla conformità del patto di non concorrenza con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale, si vedano, *ex multis*, G. FLORIDIA, *I patti di non concorrenza davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. comm.*, 1983, I, pag. 811; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali, e il limite della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 801 ss.; C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, pag. 426; G. FONTANA, *Il patto di non concorrenza dell'agente di commercio*, Torino, 2012, *passim*, pag. 78 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Sul punto giova rilevare che mentre ove i paciscenti pattuiscono un dovere di non concorrenza eccedente il termine di legge, il comma 3° dell'art. 2557 cod. civ. fa salvo l'effetto dell'intesa, riportandone la durata dell'intesa entro il termine imposto dalla norma, nell'ipotesi in cui venga pattuito un dovere di astensione *omnibus*, invece, l'intesa sarebbe da intendersi radicalmente nulla. A diversa conclusione potrebbe tuttavia pervenirsi laddove il patto di non concorrenza finisca per dar luogo ad una servitù, circostanza che potrebbe verificarsi allorché i contraenti risultino proprietari ciascuno di un fondo che abbia la specifica destinazione a scopo industriale. In tale scenario, difatti, poiché l'obbligazione assume la veste di un rapporto reale di servitù, non sarebbero operativi i limiti temporali e di spazio previsti dall'art. 2557

9. *Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto pubblico. I pacta de non licitando*

Poiché l'obbligazione negativa si sostanzia in una limitazione, talvolta anche notevole, della libertà di agire ⁽¹¹⁷⁾, e tenuto anche conto che, per opinione consolidata, l'impegno omissivo, più facilmente rispetto a quello positivo, può dar luogo ad una lesione di quegli interessi collocati al vertice della gerarchia assiologica ⁽¹¹⁸⁾ è di primaria importanza che tali convenzioni siano allineate, oltre che con le indicazioni fornite dal dato positivo, anche ai principi di ordine pubblico e di buon costume che informano l'ordinamento normativo domestico ⁽¹¹⁹⁾.

È da dirsi che il giudizio di compatibilità rispetto ai canoni dell'ordine pubblico appare, diversamente dal raffronto con il dato positivo, tutt'altro che agevole, giacché tale concetto poggia su leggi che, pur volte a tutelare l'interesse della collettività, difettano di norme proibitive in senso stretto.

A complicare ulteriormente l'assunto contribuiscono anche i profili più strettamente lessicali, dacché l'ordine pubblico è espressione ambigua, la cui spiccata polisemia ne fa assumere un diverso significato a seconda del contesto in cui viene evocato.

Per sciogliere questo nodo, e senza volersi addentrare nel dibattito, tutt'altro che sopito, sul portato della nozione di ordine pubblico, notiamo che esso si polarizza, tralasciando le posizioni intermedie, in due direttrici del tutto antitetiche.

Secondo una prima ricostruzione, che ha goduto di larghi consensi specie nella dottrina d'Oltralpe, il concetto di ordine pubblico andrebbe inteso in senso assai ampio, quale sinonimo di interesse generale ⁽¹²⁰⁾.

Per un'altra ricostruzione, che ne caldeggia un'interpretazione più circoscritta, tali concetti non sarebbero affatto sovrapponibili, atteso che l'ordine pubblico comprende il

cod. civ. Per i problemi di qualificazione di queste ipotesi cfr. Cass. Roma, 31 dicembre 1917, in *Giur. it.*, I, 1, pag. 86.

⁽¹¹⁷⁾ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, pag. 136.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, L'obbligazione, Milano, 2019, pag. 121, che descrive l'obbligazione negativa alla stregua di una diretta restrizione della libertà dell'individuo, che, in assenza di limitazioni, esige che l'interesse dell'avente diritto sia meritevole di tutela oltre che la compatibilità, dell'impegno astensivo, con la coscienza sociale e con la dignità della persona.

⁽¹¹⁹⁾ In termini parzialmente differenti, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 58, il quale manifesta perplessità sul fatto che l'obbligazione a contenuto omissivo vada intesa *a priori* in grado di limitare la libertà dell'obbligato in misura maggiore rispetto a quelle di stampo positivo, posto che entrambe si risolvono nell'imposizione di una determinata condotta in capo al debitore. per l'A. sarebbe dunque sufficiente svolgere un giudizio di meritevolezza sì da vagliare, nel caso concreto, se la libertà del debitore sia limitata eccessivamente. Nel medesimo senso, già P.M. VECCHI, *Obbligazioni negative e posizioni di divieto*, cit., pag. 49.

⁽¹²⁰⁾ Opzione accolta soprattutto in seno alla dottrina di lingua francese. In tal senso si esprimeva già F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XI, Parigi, 1878, n. 460. La tendenza della dottrina francese ad intendere in senso largo il concetto di ordine pubblico ben si coglie ponendo mente alle riflessioni di G. LA BROUE VAREILLES – SOMMIÈRES, *Des Lois d'Ordre public Et de La Derogation Aux Lois*, Parigi, 1899, *passim*, secondo il quale tutte le leggi, nessuna esclusa, sono espressione di ordine pubblico, con la conseguenza ai privati non sarebbe consentito derogare a nessuna di esse.

solo interesse generale tutelato e sanzionato dal diritto positivo e non già l'interesse generale *tout court*, che è concetto ben più ampio ⁽¹²¹⁾.

In un'ideale linea di continuità con questo orientamento, è stato anche osservato, con ulteriore impegno deduttivo, che la sussunzione dell'ordine pubblico nella nozione d'interesse sociale finisce per minare eccessivamente la stabilità delle convenzioni, posto che, diversamente da altri concetti pure elastici come i buoni costumi, difetta di un carattere certo e definito, essendo sostanzialmente abbandonato alle opinioni e angoli visuali ⁽¹²²⁾.

Tali argomentazioni, lungi dal costituire un'opzione apodittica, troverebbero anzi rispondenza nel codice civile, e, segnatamente, negli artt. 31 disp. att., già abrogato, e 1343 cod. civ.

Interpretando, difatti, quest'ultima norma con il sussidio della prima, se ne ricava che le convenzioni private non possono avere effetto quando contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, sicché sarebbe un grave torto interpretare l'art. 1343 cod. civ. nel senso che l'ordine pubblico debba riferirsi all'interesse generale complessivamente inteso ⁽¹²³⁾.

Opzione, quest'ultima, che ci sembra più calzante, dacché, pur accogliendo un concetto di ordine pubblico di ampia portata, non ne sfuma eccessivamente i contorni.

Assunto dunque che, per ordine pubblico, può intendersi quel complesso indistinto di comandi e divieti, posti a presidio dell'organizzazione e della funzione della società, cui non può derogarsi senza compromettere i più alti interessi sociali, è senz'altro da intendersi illecito, per contrarietà al citato complesso valoriale, il *pactum de non licitando*, ossia l'impegno di non concorrere ai pubblici incanti o alle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni ⁽¹²⁴⁾.

Figura negoziale, quest'ultima, di particolare rilievo dacché, all'illiceità sul piano civilistico, somma altresì gli estremi di una condotta penalmente rilevante, costituendo un atto di disobbedienza a un imperativo giuridico ⁽¹²⁵⁾. Ciò si evince chiaramente dal disposto affidato agli artt. 353 e 354 c.p., che, muniti di sanzione penale, incriminano la condotta di chi turbi la libertà degli incanti ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²¹⁾ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, pag. 55.

⁽¹²²⁾ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pag. 55, secondo il quale il buon costume sarebbe radicato nel sentimento morale che è criterio più stabile di quello che guida l'ordine pubblico.

⁽¹²³⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 95.

⁽¹²⁴⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 98; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pag. 170. Sul punto, vale la pena di notare che Tuttavia, P. LOTMAR, *Unmoralische Vertrag Insbesondere nach Gemeinem Recht*, Leipzig, 1896, pag. 95 s., pur denunciando l'illiceità dei *pacta de non licitando*, li colloca, analogamente ai divieti negoziali di concorrenza e le clausole di concorrenza, tra le intese illecite per contrarietà al buon costume.

⁽¹²⁵⁾ Nonostante il *pactum de non licitando*, oltre a difettare di validità sul piano civilistico, si ponga in aperto contrasto con un imperativo giuridico, ciò non vale a significare che qualunque atto manchevole di efficacia costituisca, altresì, violazione di una norma giuridica. Si avvale di tali argomentazioni, portando come esempio proprio quello del *pactum de non licitando*, G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, pag. 180.

⁽¹²⁶⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 98. Nella medesima prospettiva, reputa contrario all'ordine pubblico l'impegno di non concorrere per un pubblico impiego, per una data promozione o carica, R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Rescigno, X, Torino, 1982, pag. 272.

Tralasciando in questa sede l'esame del contenuto della disposizione penale, che, di per sé, non costituisce elemento decisivo per decidere dell'efficacia giuridica dell'oggetto negoziale, e concentrando dunque gli sforzi sui profili di stretto rilievo civilistico, tra le critiche più incisive alla liceità del patto di non concorrere all'asta si è evidenziato come un'intesa di tal guisa vanifica lo scopo della legge, ovverosia di conseguire, attraverso la libera partecipazione e concorrenza, il giusto prezzo di vendita⁽¹²⁷⁾. Scopo, quest'ultimo, che assai difficilmente potrebbe conseguirsi attraverso una licitazione privata che, per converso, è ammessa in luogo dei pubblici incanti quando non è avvertita la necessità di ottenere quel giusto prezzo di vendita.

Il portato del divieto del *pactum de non licitando*, che abbraccia tanto i patti di astensione assoluta quanto quelli che limitano specifiche azioni a disposizione di chi partecipa⁽¹²⁸⁾, non si estende, tuttavia, oltre il perimetro delle vendite che l'amministrazione vuole che siano svolte ai pubblici incanti. Nevvero, laddove sia il privato, e non già la legge, a ricorrere alla vendita all'asta, non sussisterebbe più l'interesse generale all'ottenimento del prezzo giusto, poiché vengono in gioco solo gli interessi del privato, e perciò tale patto può ritenersi valido⁽¹²⁹⁾.

9.1. *La promessa di non denunciare un reato.*

Altro problema, di cui si discute in dottrina, è la compatibilità con gli imperativi dell'ordine pubblico della promessa di non denunciare un reato perseguibile d'ufficio.

Secondo una prima impostazione tale intesa sarebbe da considerarsi radicalmente nulla, ponendosi in aperto contrasto con lo scopo cui è orientata la legge penale, *id est* la tutela della consociazione attraverso la prevenzione o repressione del reato⁽¹³⁰⁾.

Del resto, nonostante non sia dato rinvenire, salvo alcune eccezioni⁽¹³¹⁾, alcun obbligo, tanto giuridico quanto morale, di denunciare una condotta delittuosa, il silenzio serbato dal legislatore in punto di disciplina non varrebbe a rendere di per sé lecita la promessa di astenersi dal denunciare il reato di cui si venga a conoscenza.

⁽¹²⁷⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 99.

⁽¹²⁸⁾ A titolo esemplificativo, si pensi all'astensione dal rincarare, oltre una certa misura, l'altrui offerta. Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 100, nt. 36.

⁽¹²⁹⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 100. In tal caso il patto, per potersi ritenere illecito, dovrebbe rivelarsi contrario al buon costume. A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi in cui il patto di astensione miri ad ottenere il bene messo in vendita ad un prezzo rovinoso per il venditore, ingannandolo dolosamente sull'esistenza di una vera e propria concorrenza.

⁽¹³⁰⁾ Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 102.

⁽¹³¹⁾ Si allude, in particolare, agli artt. 361 e 262 c.p. che sanzionano il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblici servizi che omettano o ritardino di denunciare all'Autorità giudiziaria un reato di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni, nonché all'art. 364 c.p. che, munito di sanzione penale, punisce il cittadino che, avendo avuto notizia di un delitto contro la personalità dello Stato per il quale la legge stabilisce l'ergastolo, non ne fa immediatamente denuncia ai sensi dell'art. 361 c.p. Obbligo, quello del cittadino di denunciare, introdotto per rafforzare le difese contro i fatti capaci di mettere in pericolo la compagine statale.

In totale antitesi si pone invece altra dottrina, che, in tale zona grigia, scorge margini di validità di un'intesa con cui si assume l'obbligo di non denunciare un reato ⁽¹³²⁾.

Per questa impostazione, poiché il silenzio del legislatore impone di risolvere la questione secondo i principi del nostro ordinamento, al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 361 ss. c.p., il contratto con il quale una delle parti si obblighi, dietro corrispettivo, a non agire penalmente contro l'altra, è da reputarsi perfettamente lecito, tanto che si tratti di reato d'azione privata, quanto d'azione pubblica ⁽¹³³⁾.

Parallelo, ma sostanzialmente diverso, è il caso in cui, oggetto della convenzione, sia la promessa di non denunciare un reato perseguibile soltanto su istanza di parte.

In questa prospettiva, difatti, vuoi in ragione di una minore offesa alla consociazione, vuoi per motivi di opportunità, può affermarsi con serena coscienza la liceità della rinuncia a procedere penalmente. Opzione, questa, che oltre a godere dell'avallo della prevalente dottrina, è suffragata anche dalla lettera della legge, posto che l'art. 124 c.p., ammette la liceità della rinuncia della querela ⁽¹³⁴⁾.

Analogamente, possono scorgersi margini di validità anche nella promessa, fatta dall'offeso all'autore del reato ovvero a un terzo, di non costituirsi parte civile nel giudizio penale dietro corrispettivo di una certa somma di denaro ⁽¹³⁵⁾.

10. *Obbligazioni negative illecite per contrarietà all'ordine pubblico attinente al diritto privato.*

⁽¹³²⁾ Già in questi termini, nella dottrina tedesca, H. LEHMANN, *Die Unterlassungspflicht in Bürgerlichen Recht*, XV, Beck, 1906, pag. 155.

⁽¹³³⁾ Così, testualmente, App. Parma, 9 gennaio 1913, in *Monitore tribunali*, 1913, pag. 356. In dottrina, accoglie tale tesi anche A. MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, pag. 291, il quale deduce la validità dell'impegno negoziale a non procedere penalmente in ragione della natura pubblica dell'azione penale, e al fatto che il privato non ha alcun obbligo di contribuire attivamente al corso della giustizia con lo sporgere querela o denuncia.

⁽¹³⁴⁾ Cfr., L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 103 ss. Tra le fattispecie delittuose perseguibili solo su istanza dell'offeso si possono ricordare gli artt. 594 e 595 c.p., dettati, rispettivamente, in tema di ingiuria e diffamazione. Oltre ai delitti contro l'onore, anche l'art. 626 c.p. prevede un decalogo di ipotesi in cui il furto risulta punibile solo a querela dell'offeso. Infine, anche i reati di cui agli artt. 609-bis, 609-ter e 609-quater risultano punibili a querela della persona offesa. Rispetto a queste ultime fattispecie la procedibilità solo su querela di parte si motiva nell'esigenza di garantire la riservatezza della vita intima della persona offesa, la quale potrebbe essere notevolmente pregiudicata dalla pubblicità connessa ad un procedimento penale teso all'accertamento del reato. In distonia con tale posizione F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pag. 205, il quale reputa contraria ai *boni mores* la rinuncia all'azione penale riguardante i reati contro l'onore, poiché sotto tali patti sovente si nascondono speculazioni.

⁽¹³⁵⁾ In questi termini, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 104. Mentre sembra condivisibile l'opinione di chi scorge margini di validità anche in tali peculiari intese, si nutrono maggiori perplessità laddove la promessa di non denunciare un reato perseguibile su istanza di parte abbia ad oggetto uno dei reati previsti dagli artt. 609-bis e 609-quater c.p. In tal caso, difatti, l'obbligazione negativa avente ad oggetto la rinuncia all'azione penale espone al pericolo, nell'ottica del civilista, che l'accordo sia motivato dal timore di vedere pregiudicato il proprio onore. In tale prospettiva, non è difficile immaginare che l'obbligato possa accettare condizioni economiche assai pregiudizievoli rispetto al risultato economico che si potrebbe ottenere, in sede processuale, attraverso la condanna al risarcimento del danno. In tale prospettiva, è difatti arduo ammettere che il consenso prestato dalla vittima in tal circostanza non sia viziato e, dunque, possa invalidare il programma negoziale perfezionato.

Le figure negoziali sin qui rassegnate, pur nella loro eterogeneità, presentano il tratto comune di scontare un giudizio di illiceità in ragione della contrarietà a disposizioni normative di diritto pubblico, come tali portatrici di valori morali e sociali superindividuali.

Non sono però sconosciute, nella prassi applicativa, convenzioni la cui illiceità si raccorda nella contrarietà a norme di ordine pubblico di diritto privato, le quali, diversamente da quelle sinora menzionate, si formano come espressione di interessi particolari ⁽¹³⁶⁾.

Offrono uno spunto interessante, in tale prospettiva, le convenzioni limitative della libertà individuale, e, in particolare, quelle tese a precludere all'onerato di dimorare presso un determinato luogo ⁽¹³⁷⁾.

Non di rado dedotte quale oggetto di un *modus* testamentario, simili disposizioni, oramai cadute in desuetudine, s'informano d'illiceità poiché precludono all'onerato la possibilità di dimorare presso un determinato luogo *sine die*, mentre, secondo l'opinione preferibile, sono da reputarsi produttive di effetti giuridici ove la limitazione alla libertà personale sia transeunte, ossia convenuta entro un conveniente periodo di tempo ⁽¹³⁸⁾.

Analogamente, sono da considerarsi contrarie all'ordine pubblico privato anche quelle convenzioni finalizzate a disporre di parti del proprio corpo. L'art. 5 cod. civ., pone infatti un limite alla libertà personale dell'individuo, stabilendo il divieto di porre in essere atti di disposizione del corpo laddove in grado di cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

In tale prospettiva non desta meraviglia che, soprattutto in seno alla dottrina tradizionale, fosse riservata una particolare enfasi nell'escludere la liceità di quelle convenzioni con cui taluno si obbliga a subire un'operazione chirurgica, ad assoggettarsi ad una specifica cura medica e, più in generale, che impongano atti di disposizione del proprio corpo ⁽¹³⁹⁾. Astraendosi dal valore precettivo del disposto affidato all'art. 5 cod. civ., il cui portato normativo ha profondamente diviso gli interpreti ⁽¹⁴⁰⁾, vale la pena di notare come tale

⁽¹³⁶⁾ Nonostante la succitata distinzione, la linea di demarcazione tra norme di diritto pubblico, destinate a realizzare superiori esigenze, e di diritto privato, funzionali agli interessi particolari del singolo, non è più così netta come si soleva intendere in passato. Lo rileva G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 163. Eccessive, invece, paiono le conclusioni cui perviene G. GENTILE, *Genesi e struttura della società: saggio di filosofia pratica*, Milano, 1954, pag. 153 s.

⁽¹³⁷⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 108 s.; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., pag. 234.

⁽¹³⁸⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 108. Da ciò è agevole dedurre che non è il contenuto dell'impegno omissivo a porsi in antitesi con il sistema valoriale sotteso all'ordine pubblico, quanto, piuttosto, la perpetuità del sacrificio imposto all'obbligato. Soluzione, questa, che appare coerente anche con le conclusioni cui è pervenuta la dottrina relativamente a quelle obbligazioni tese a limitare la libertà matrimoniale dell'onerato. Nevvero, se è per certo illecita per contrarietà all'ordine pubblico l'onere di non sposarsi in senso assoluto, si reputa ammissibile precludere il matrimonio con una determinata persona.

⁽¹³⁹⁾ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 1914, pag. 232 e ID., *Tratt. dir. civ.*, I, pag. 399-400; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, Sources, II, Parigi, 1923, n. 803.

⁽¹⁴⁰⁾ Limitandosi in questa sede a citare le posizioni estreme e trascurando le molte intermedie, se per alcuna dottrina tale disposizione è da considerarsi un principio cardine del nostro sistema ordinamentale, per altri l'art. 5 sarebbe eccessivamente enfatizzata, per certo inadeguata a risolvere le nuove problematiche che

limitazione sembra oggi assai attenuata, posto che tanto nella prassi negoziale quanto nella legislazione complementare, è facile scorgere valide indicazioni verso il superamento di tale precetto.

Già limitandosi a considerare la prassi delle società assicuratrici, ne offre un esempio interessante l'inclusione, nei contratti di assicurazione sulla vita, di clausole che impongono all'assicurato di sottoporsi a determinati trattamenti medici di necessità, il cui adempimento non di rado condiziona la copertura assicurativa di cui può godere l'assicurato ⁽¹⁴¹⁾.

Indulgendo invece verso i più recenti interventi normativi, e, segnatamente, alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante la disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), può scorgersi un'ulteriore conferma della tendenza verso una più generale ammissibilità degli atti di disposizione del corpo. L'*occasio legis*, difatti, sembra dimostrare, con una certa attendibilità, la liceità di simili pattuizioni, ammettendo la possibilità, per chi sia nel pieno possesso delle facoltà psichiche di stabilire preventivamente a quali trattamenti medico-sanitari sottoporsi ovvero di manifestare la volontà di non sottoporsi affatto a specifiche procedure mediche.

Conclusivamente, non è azzardato affermare che, quantomeno nell'attuale scenario socio-culturale, sussistono ampi margini di validità per le convenzioni aventi ad oggetto il proprio corpo, sempre che, attraverso l'attività del singolo, non vengano superati i limiti posti dall'ordinamento a presidio del complesso sistema valoriale di cui è informato ⁽¹⁴²⁾.

11. *Obbligazioni negative illecite per contrarietà al buon costume.*

pongono le più recenti disposizioni del corpo. Per più ampi ragguagli su tutta la questione si veda R. ROMBOLI, *Sub. Art. 5*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Delle persone fisiche, Art. 1-10, Bologna-Roma, 1988, pag. 225 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Così H. LEHMANN, *Die Unterlassungspflicht in Bürgerlichen Recht*, cit., pag. 31. Ne ammette la validità, tra i nostri, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 107, orientandosi dalla circostanza che tale obbligo non sarebbe un obbligo giuridico assoluto, bensì un obbligo giuridico-finale. In tale prospettiva, ricorrendo ad un esempio, se la società assicuratrice non ha un diritto assoluto a che l'assicurato si faccia visitare, in caso di inadempimento dell'assicurato questi, però, perderà unicamente un determinato beneficio.

⁽¹⁴²⁾ Se è opzione pacifica, come suggerito anche dall'art. 5 cod. civ., che il corpo umano non possa essere oggetto di negoziazione, lo stesso non è a dirsi rispetto a quei negozi che, pur avendo in senso lato ad oggetto il bene-vita del disponente, non importino alcun pregiudizio alla condizione psico-fisica del disponente, essendo invece finalizzati a preservarne l'integrità. Ne costituiscono un esempio paradigmatico, volgendo uno sguardo comparato del tutto cursorio agli ordinamenti di *common law*, i c.d. *no suicide contracts*, ovverosia quegli accordi, perfezionati tra potenziale suicida e medico curante, con i quali il primo promette, per un determinato periodo di tempo, a non dare seguito all'impulso suicidario nonché a contattare il medico curante, o altro soggetto all'uopo designato, per fruire del supporto necessario a superare la momentanea crisi. Poiché tali impegni negoziali attengono, prima ancora che al piano giuridico, all'esistenza umana, sul *no-suicide contract* si è stratificata una letteratura così abbondante che il nudo cenno dei titoli degli scritti esorbiterebbe dall'economia di queste note. Ci si limita dunque a rinviare, per un quadro generale, a T.G. GUTHEIL, "Suicide and suit: Liability after self-destruction", in D. JACOBS, *Suicide and clinical practice*, Washington D.C., 1992, p. 164; J.D. MAHRER, *The use of "no-suicide" contracts and agreements with suicidal patients*, 1993; A. WEISS, *The No-Suicide Contract: possibilities and pitfalls*, in *Am. J. Of Psychotherapy*, vol. 55, 3, 2001, pag. 414 ss.; J.L. ASSEY, *The suicide prevention contract*, in *Perspectives in Psychiatric care*, 3, 1985, pag. 99 ss.; R. SLOVENKO, *Psychiatry in law/law in psychiatry*, 2nd ed., Oxon, 2009, pag. 646 ss.

Per esaurire la questione sull'illiceità dell'obbligazione negativa preme ancora soffermarsi su quelle convenzioni inefficaci poiché funzionali ad imporre all'onerato l'assunzione di un obbligo contrario ai buoni costumi.

Prima di incedere in una più approfondita disamina, segnalando alcune importanti varietà di convenzioni immorali, va detto che la legittimità di tali intese viene a misurarsi su un terreno, quello del buon costume, assai incerto e impegnativo.

Com'è facilmente intuibile, possiamo in questa sede soltanto lambire la superficie delle pur fascinate prospettive aperte dal portato della nozione di buon costume in chiave endogiuridica, posto che un accurato esame di tali questioni richiederebbe considerazioni che allontanerebbero dagli scopi del presente.

Ciò precisato, può in prima battuta osservarsi che, nonostante la valutazione di contrarietà all'ordine pubblico e ai buoni costumi possano, in concreto, coincidere, i criteri di valutazione sono del tutto differenti, posto l'uno attiene ai fondamenti dell'ordinamento mentre l'altro si salda alla nozione di comune morale sociale ⁽¹⁴³⁾.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che il buon costume è concetto che non si origina nel linguaggio giuridico bensì in quello sociologico, per poi approdare al vocabolario giuridico portando in dote una molteplicità di significati di genere.

A rendere ancora meno agevole tale esercizio ermeneutico occorre anche porre l'accento sulla spiccata relatività del concetto di buoni costumi ⁽¹⁴⁴⁾, il che rende tale concetto, oltre che d'incerta significazione semantica, suscettibile di forti oscillazioni, variando al mutare del contesto socio-culturale in cui viene evocato.

Il buon costume non va difatti inteso, come spesso troppo frettolosamente si tende ad affermare, quale espressione di una morale astratta, teorica o religiosa, fotografando, per converso, la sola morale sociale di quella determinata realtà socio-culturale e in rapporto al tempo in cui si compie ⁽¹⁴⁵⁾.

Ciò assunto, e tornando ora a quel che interessa in questa sede, il concetto di buon costume, orientandosi secondo l'opzione maggiormente accreditata, può farsi sostanzialmente coincidere con quello di moralità pubblica o moralità sociale ⁽¹⁴⁶⁾, sicché se ogni costume rispondente a questa moralità si qualifica buono, non gode invece di pari dignità quell'atto o contratto che urti tale sentimento etico.

In questa prospettiva, e nei limiti di una rassegna ⁽¹⁴⁷⁾, può senz'altro ascriversi, tra le intese a contenuto omissivo immorali, il patto di boicottaggio, ovvero quell'impegno negoziale con cui uno o più soggetti si accordano allo scopo di non intrattenere con taluno

⁽¹⁴³⁾ C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, Milano, 1998, pag. 585.

⁽¹⁴⁴⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., pag. 605

⁽¹⁴⁵⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 128.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr., per la dottrina tedesca, P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, Berlino, 1927, § 138 B. Tra i nostri, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, § 131 B), nonché F. FERRARA, *Negozio illecito*, cit., pag. 26.

⁽¹⁴⁷⁾ Per una più completa rassegna di intese a contenuto negativo immorali si rinvia alla celebre tripartizione operata da P. LOTMAR, *Unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem recht*, Leipzig, 1896, pag. 95 ss.

rapporti commerciali ⁽¹⁴⁸⁾, così come la rinunzia preventiva ai mezzi di tutela legale nonché il patto di non esigere il rispetto della fede coniugale ⁽¹⁴⁹⁾.

Illiceità che, specie rispetto a quest'ultima convenzione, si giustifica, a ben vedere, nel carattere indisponibile del diritto alla fedeltà coniugale, afferendo allo *status familiae* ⁽¹⁵⁰⁾.

Analogamente, si allestiscono d'illiceità, poiché funzionali al perseguimento di uno scopo contrario al sistema valoriale accolto dal sistema domestico, anche le promesse di non mutare religione o di non sposarsi mai ⁽¹⁵¹⁾.

Mentre le limitazioni alla libertà di contrarre matrimonio, escludendo radicalmente la libertà in un certo senso, sono prive di efficacia sul piano giuridico, come sancito anche dall'art. 636 cod. civ., per quelle riferite al culto religioso si evidenzia la costituzione di un vincolo alla coscienza non tollerato dal sentimento etico ⁽¹⁵²⁾.

Infine, in questa prospettiva, rimane difficile scorgere profili di validità in quelle promesse che vincolano il promittente, dietro pagamento di una somma di denaro, a tenere una condotta cui è già obbligato per legge.

A titolo esemplificativo, valga il riferimento al caso in cui il giudice si impegni, dietro compenso, a pronunciare una sentenza conforme al diritto, al testimone che si impegni a dire la verità in giudizio ⁽¹⁵³⁾, ovvero, con specifico riguardo alle obbligazioni negative, al c.d. *do ne maleficium facias*, ossia l'obbligo di astenersi dal compiere un fatto illecito, riprovato dal diritto, e per il quale sussiste già un obbligo di astensione nel dato positivo ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., pag. 605.

⁽¹⁴⁹⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 133. Del tutto opposta, invece, è la funzione della *condicio viduitatis*, ossia quell'obbligazione, per solito contenuta in un atto di ultime volontà e oggi pressoché sconosciuta alla prassi, con cui il marito imponeva alla moglie, a condizione che gli sopravvivesse, di rispettare il voto di fedeltà matrimoniale anche dopo la sua morte. Per lo svolgimento concettuale e storico delle problematiche sulla *condicio viduitatis* si rinvia, per tutti, a G. POLIGNANI, *La condicio viduitatis e il matrimonio ecclesiastico*, in *Il Filangieri*, I, 1876, pag. 513 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Sebbene il patto di non esigere il rispetto della fedeltà coniugale non costituisca un impegno giuridicamente vincolante tra le parti, ciò non vale a significare che un simile impegno assuma rilievo meramente esornativo. Come acutamente rilevato da F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, I, Padova, 2010, pag. 589, la prova dell'esistenza di tale intesa potrà eccepirsi, in sede di separazione giudiziale, per il caso in cui venga proposta domanda di separazione con addebito, giustificata dalla condotta infedele del partner.

⁽¹⁵¹⁾ N. COVIELLO, *Manuale diritto civile italiano*, Milano, 1915, pag. 423, secondo il quale non sarebbe immorale ogni restrizione della libertà personale, ma solo quella assoluta. In tale prospettiva, si trova affermato che non è censurabile il divieto, imposto all'onerato, di non contrarre matrimonio con una determinata persona.

⁽¹⁵²⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 135. Il risultato non muterebbe laddove un simile effetto preclusivo lo si volesse ottenere indirettamente, imponendo una penale per il caso di mutamento della religione o per il caso si contragga egualmente nozze, posto che, anche in tal caso, rimane l'illiceità del fatto dedotto in condizione. Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 136.

⁽¹⁵³⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 138.

⁽¹⁵⁴⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 139. Mentre non è disputato che tali convenzioni siano immorali, residuano incertezze circa la possibilità di ritenere inefficaci sul piano giuridico quelle convenzioni con cui taluno, in vista di un vantaggio economico, si astiene dal tenere una condotta che, sia pur immorale, non è tuttavia punita dal diritto. Limitandosi a fare un cenno della questione, mentre per F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Bruxelles-Paris, 1878, n. 48 sono da intendersi radicalmente nulle, poiché il rispetto delle norme dettate in tema di buon costume e ordine pubblico costituiscono i beni più preziosi, altra dottrina propende per la liceità di tali convenzioni, rafforzando la umana volontà vacillante.

12. *Le principali intese a contenuto negativo di fonte legale.*

Esaurita la disamina degli aspetti salienti dell'obbligazione a contenuto negativo, si tratta ora di analizzare, mutando decisamente l'angolo prospettico, le principali convenzioni omissive conosciute dal nostro diritto positivo, anche per distinguerle da quei rapporti che, pur imponendo all'onerato la tenuta di una condotta omissiva, non costituiscono fonte dell'obbligazione ⁽¹⁵⁵⁾.

Nell'incedere in tal senso conviene attenersi, per una maggiore chiarezza espositiva, alla *summa divisio* che, scolasticamente, suole contrapporre le obbligazioni negative di fonte legale da quelle che, all'opposto, costituiscono espressione di un atto di autonomia privata delle parti ⁽¹⁵⁶⁾.

Posto che la nuda elencazione di tutte quelle conosciute sarebbe non soltanto di scarso interesse ma, altresì, non conferente con gli scopi del presente, è bene chiarire che ci si limiterà qui a lambire la superficie del tema, prendendo le mosse da quelle convenzioni, che trovano fonte nella legge, di maggiore rilievo e ricorrenza nella prassi applicativa.

La constatazione circa la presenza, nostro sistema ordinamentale, di una vasta casistica di obbligazioni negative di non *facere* di fonte legale trova chiara conferma già soltanto volgendo l'attenzione alla materia locatizia, che, tra le altre, ne offre significativi esempi. Tra i molti, si pensi all'art. 1582 cod. civ., che impone al locatore di non compiere innovazioni sulla cosa che possano diminuire il godimento da parte del conduttore, così come all'obbligo, in capo al conduttore, di non modificare l'uso pattuito per l'immobile oggetto di locazione, ai sensi dell'art. 1587 cod. civ. e richiamato anche all'art. 80, legge 1978, n. 392 che, analogamente, stabilisce il diritto del locatore di richiedere la risoluzione del contratto in caso di modifica dell'uso ⁽¹⁵⁷⁾.

Rimanendo entro tale perimetro normativo, merita di essere ricordato anche l'obbligo del conduttore di non cedere il contratto di locazione, nonché, trattandosi di cosa mobile, di astenersi dal sublocarla, salvo ciò sia autorizzato del locatore o sia consentita dagli usi, ai sensi dell'art. 1594 cod. civ. ⁽¹⁵⁸⁾.

In quest'ultimo senso, J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, Leipzig, 1856, pag. 85. Oltre a tali posizioni estreme, si scorgono nel dibattito anche soluzioni intermedie. Sul punto, cfr. soprattutto la precisa ricostruzione di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 141 s.

⁽¹⁵⁵⁾ L'utilità di questa puntualizzazione risulterà da quanto diremo a proposito della distinzione tra obbligazioni negative e altre figure a contenuto negativo. Si rinvia, pertanto, al par. per diffuse considerazioni.

⁽¹⁵⁶⁾ Intese, quelle di fonte convenzionale, che possono poi distinguersi in tipiche e atipiche, a seconda che il fenomeno obbligatorio posto in essere sia espressione di un modello giuridico conosciuto dal dato positivo. In tale prospettiva, suggestiva la definizione del fenomeno offerta da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 349, che definisce la tipicità negoziale come un aspetto del più ampio fenomeno, naturale e necessario, della creazione di forme simboliche, accettate e comprese da tutti coloro che facciano parte di un determinato gruppo sociale.

⁽¹⁵⁷⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 25.

⁽¹⁵⁸⁾ Di portata analoga è il divieto contenuto nell'art. 378 cod. nav. *Amplius*, sul punto, S. ZUNARELLI - M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, Padova, 2013, pag. 261, per il quali, in assenza di diverse precisazioni, la limitazione di cui all'art. 378 cod. nav. può reputarsi estesa anche all'unità da diporto.

Analogamente alla materia locatizia, non mancano i riferimenti, anche in altre aree del codice, alle obbligazioni negative *ex lege*.

Così, si pensi all'art. 1717 cod. civ., che stabilisce l'obbligo, per il mandatario, di non sostituire a sé altri nell'esecuzione del mandato, così come l'obbligo, per il depositario, creditore pignoratizio e comodatario, di non servirsi della cosa depositata, ai sensi degli artt. 1770, 1804 e 2792 cod. civ.

Ancora, anche l'art. 1261 cod. civ. articola una peculiare ipotesi di obbligazione astensiva di fonte legale, vietando ai magistrati, funzionari di cancellerie avvocati, patrocinatori e notai di rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le funzioni, pena nullità e danni ⁽¹⁵⁹⁾.

Infine, a completamento di questa sintetica e non esaustiva rassegna, merita menzione anche il precetto contenuto all'art. 2792 cod. civ. che, letto con l'ausilio dell'art. 2790 cod. civ., vieta al creditore pignoratizio di utilizzare e disporre della cosa pignorata senza il consenso del debitore costituente, essendo tenuto soltanto a conservarla ⁽¹⁶⁰⁾.

La norma, il cui plesso semantico ha una frangia di vaghezza, nel precludere al creditore pignoratizio qualsivoglia attività dispositiva sul bene oggetto di pegno cela, altresì, il divieto di suppegno, ovverosia la dazione, da parte di quest'ultimo, della cosa data in pegno in favore di un proprio creditore, il quale sia consapevole che quella cosa viene detenuta dal primo a titolo di pegno ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Del tutto distinto dalla fattispecie evocata all'art. 1261 cod. civ. è il c.d. patto di quota lite, ovverosia l'accordo con il quale si riconosce all'avvocato la possibilità di percepire, come compenso, in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa, è oggi vietato dall'art. 13, comma 4, legge 31 dicembre 2012, n. 247. In giurisprudenza, sul patto di quota lite, tra le molte, Cass. 30 luglio 2018, n. 20069, in *CED Cassazione 2018*, secondo la quale la nullità del patto di quota lite, non invalidando l'intero accordo tra avvocato e cliente, non preclude l'eventuale richiesta di ripetizione di uno spostamento patrimoniale non giustificato. Altresì, Cass. Pen. 21 novembre 2019, n. 11030, in *Quotidiano Giuridico*, 2020, secondo cui integra gli estremi del reato di truffa la condotta dell'avvocato che, profittando del rapporto fiduciario e dell'estraneità della persona offesa alle questioni giuridiche, sollecita il proprio assistito al perfezionamento di un patto di quota lite tacendo l'entità sproporzionata degli emolumenti dovuti per la prestazione professionale. Nella dottrina più recente, si veda G. CONTE, *La tormentata disciplina del "patto di quota lite" e le equivoche novità introdotte con la riforma forense*, in *Contr. Imp.*, 2013, *passim*, nonché F. TOSCHI VESPASIANI, *Il codice deontologico forense: i compensi dell'avvocato e il patto di quota lite*, in *Studium Iuris*, 2015, pag. 777 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Sebbene la formula normativa dell'art. 2792 cod. civ. sia di nuovo conio, i precetti *ivi* affermati non rappresentano una novità sostanziale. Invero, tanto il divieto di uso della cosa data in pegno quanto di concederla in godimento erano già affermati, dalla dottrina, sotto l'imperio del vecchio codice, orientandosi dallo scopo che informa la *traditio* del bene sul quale viene costituito il diritto di pegno, ossia lo scopo di garantire il soddisfacimento delle ragioni creditizie. Sul punto, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, 2, Firenze, 1914-1924, 5ed, n. 286; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, Milano, 1929, 5° ed., n. 1792; A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, civile, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1957, n. 18.

⁽¹⁶¹⁾ Sul suppegno d'uopo rinviare, nella manualistica, a G. GORLA, *Del pegno*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro sesto, Della tutela dei diritti, Art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1962, pag. 85 nonché a A. DI MAJO, *Fede di deposito e nota di pegno*, Milano, 1957, pag. 115 s. Vale la pena notare che il suppegno va tenuto ben distinto dal fenomeno, solo in apparenza analogo, della cessione del credito garantito, che comporta il trasferimento al cessionario dell'intera posizione attiva, ed è lecita nella misura in cui vengano mantenute ferme le modalità di custodia originariamente stabilite.

Il divieto legale di suppegno, già affermato da alcuna dottrina anche sotto l'imperio della codificazione previgente ⁽¹⁶²⁾, trae fondamento dall'opportunità di evitare la distrazione della cosa data in pegno dai modi di custodia stabiliti, attraverso l'impossessamento da parte di un suo creditore ⁽¹⁶³⁾.

L'illiceità, quella del patto di suppegno, che non costituisce tuttavia un principio assoluto, riferendosi alla sola attività del creditore ma non già a quella del debitore, posto che il limite di cui all'art. 2792 cod. civ. riguarda soltanto il beneficiario del diritto di pegno e non il costituente ⁽¹⁶⁴⁾.

Oltre alla materia dei contratti, frequenti sono i riferimenti alle obbligazioni negative anche nel linguaggio del diritto societario, che offre un importante campo di applicazione di tali precetti.

Così, limitandosi a rassegnare quelli di maggiore impatto pratico, si pensi agli artt. 2301 cod. civ. e 2390 cod. civ. che, rispettivamente, fanno divieto, al socio di società in nome collettivo e dell'amministratore della società per azioni, di esercitare attività economica in concorrenza con quella societaria.

Nel medesimo senso, anche la lettera dell'art. 2320 cod. civ. richiama un'obbligazione a contenuto negativo, precludendo al socio accomandante di esercitare atti di amministrazione o di trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari, pena l'assunzione del regime di responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali nonché la possibilità di esclusione ex art. 2286 cod. civ.

Tipica obbligazione astensiva di fonte legale è anche quella affidata all'art. 2373 cod. civ., che vieta l'esercizio del diritto di voto per l'amministratore che si trovi in conflitto di interesse con quello societario, ad esempio per delibere riguardanti la loro responsabilità, come quella prevista dall'art. 2357-*quater* cod. civ. che sancisce il divieto,

⁽¹⁶²⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 1776; *Contra*, invece, G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1917-1918, 3ed, vol. I, n. 238.

⁽¹⁶³⁾ Diversa invece è l'ipotesi in cui il creditore pignoratizio prometta il pegno sulla cosa oggetto di pegno sotto la condizione sospensiva che il giudice, debitamente adito verificatosi l'inadempimento del debitore, disponga l'assegnazione della cosa in pagamento ai sensi dell'art. 2798 cod. civ. In tal caso, infatti, non ricorre un'ipotesi di suppegno in senso tecnico, poiché la cosa oggetto di pegno non sarebbe più tale a fronte dell'assegnazione ex art. 2798 cod. civ., diventandone pieno proprietario il creditore pignoratizio.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr., M. RESCIGNO, voce *Fede di deposito*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, VI, Torino, 1990, pag. 285 ss. Nella disciplina legale dedicata ai profili della responsabilità patrimoniale del debitore, oltre al divieto di suppegno, possono scorgersi anche altre ipotesi di obbligazioni negative. Tra le altre, ne offre un esempio il disposto affidato all'art. 2899 cod. civ. che impone il divieto, per il creditore assistito da ipoteche su più immobili, di rinunciare alla garanzia ipotecaria afferente ad uno degli immobili nonché di astenersi dall'intervenire nel giudizio di espropriazione, allorquando, mediante tale contegno, si intenda favorire un terzo acquirente a danno di un altro creditore anteriore o di un terzo acquirente con titolo anteriormente iscritto. Vale la pena osservare che dalla mancata osservanza di tale divieto non scaturisce alcun profilo di nullità della rinuncia, comminandosi soltanto, a carico del rinunziante, l'obbligo di risarcire il danno cagionato, salvo sia dimostrato che l'iniziativa del creditore sia stata determinata da giustificati motivi. *Amplius*, su tali aspetti, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, pag. 404.

salvo l'eccezione di cui-all'art. 2357-ter comma 2, cod. civ., di sottoscrizione di proprie azioni da parte della società (¹⁶⁵).

Conclusivamente, sono altresì ben conosciuti, nella prassi applicativa, i divieti di concorrenza previsti dall'art. 2557 cod. civ. a carico dell'alienante dell'azienda nonché gli obblighi di non rivelare segreti industriali e di non concorrenza in capo al lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 2105 cod. civ. (¹⁶⁶).

12.1. *Obbligazioni negative di fonte legale e rapporti patrimoniali connessi al matrimonio.*

Tra le obbligazioni protese ad imporre all'obbligato una condotta omissiva spiccano, nel panorama giuridico domestico, quelle associate alla vicenda matrimoniale e, più in particolare, quelle destinate a regolamentare i rapporti patrimoniali scaturenti dal vincolo matrimoniale.

Ne offrivamo esempio il divieto di alienazione della dote nonché il vincolo di inalienabilità sopra i beni costituiti nel patrimonio familiare, previsti, rispettivamente agli artt. 187 e 167 cod. civ., entrambi abrogati dalla riforma del diritto di famiglia di cui alla legge 1975, n. 151.

(¹⁶⁵) Tale divieto trova perfetta corrispondenza anche nell'art. 18, § 1, della Seconda dir. soc., a mente del quale la società non può sottoscrivere proprie azioni. La ragione a sostegno di tale divieto non sarebbero da ricercarsi nella mera esigenza di tutela del capitale sottoscritto, che costituisce la principale garanzia dei creditori. Difatti, tale operazione, fatta con le cautele di legge, non importa né un rimborso dell'investimento né un trasferimento di denaro a terzi, potendo invece rivelarsi vantaggiosa per i creditori sociali, trasformando riserve distribuibili in capitale sociale, di fatto producendo gli stessi effetti dell'aumento gratuito. Né potrebbe invocarsi, a sostegno di tale scelta, il problema della contestuale contitolarità di diritti e obblighi in capo allo stesso soggetto, non foss'altro che, in ipotesi eccezionali, la Seconda dir. soc. ammette acquisto di azioni non interamente liberate, il cui titolare rimane, al contempo, in debito di conferimento verso la società. Così, gli scopi che hanno animato il decisore comunitario sembrano da ricercarsi nell'inammissibilità di un'operazione che finirebbe, a ben vedere, per figurare la definitiva autonomia della persona giuridica dagli interessi negoziali dei soci, cui, invece, deve sempre precedere. Per tale ragione alla società non è dato divenire socia di se stessa attraverso la sottoscrizione di proprie azioni. Così, E. LA MARCA, *Le operazioni su proprie azioni*, in M. CASSOTTANA – A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, pag. 97. Vale la pena di accennare che tale preclusione vale sia per le sottoscrizioni dirette, sia per quelle indirette, come nell'ipotesi in cui la società intendesse procedere alla sottoscrizione di proprie azioni a mezzo di mandatario o di fiduciario.

(¹⁶⁶) Alla norma, che intende proteggere le informazioni aziendali, si aggiungono, per *eadem ratio*, anche gli artt. 98 e 99 c.p.i., che, dopo aver chiarito che le informazioni industriali godono in una particolare tutela, stabilisce, all'art. 99, il divieto di rivelare a terzi oppure acquisire le informazioni di cui all'art. 98. Sull'argomento, G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, pag. 207 ss. La disciplina societaria offre anche ipotesi in cui il la condotta astensiva, invece che essere imposta da un precetto a contenuto negativo, non è escluso che possa essere contenuto anche in un precetto positivo, che, tuttavia, sottenda l'obbligo di una condotta astensiva. Paradigmatico, in tal senso, la disciplina dettata in tema di conferimento di beni da parte di soci SGR o da società del medesimo gruppo al quale appartiene la SGR, al fondo immobiliare. Invero, l'art. 12-bis, comma 4, D.M. 228/1999, imponendo ai conferitori di tenere la quota sottoscritta per almeno 2 anni, finisce, di tutta evidenza, per imporre un divieto di dismissione di tale partecipazione. Cfr., C. DOTTARELLI, *I fondi immobiliari: quadro normativo e profili contabili*, in C. GIANNOTTI (a cura di), *La gestione del fondo immobiliare. Rischio, diversificazione e pianificazione*, Milano, 2006, pag. 15.

Nel medesimo contesto normativo, costituisce un'obbligazione di non fare di attuale vigenza quella prevista dall'art. 447 cod. civ. che, nel sancire l'indisponibilità del credito alimentare, vieta all'alimentando qualsiasi atto di disposizione dello stesso.

Le ragioni fondanti di tale preclusione vanno ricercate nell'interesse superiore tutelato dalla norma, ovverosia di provvedere alle esigenze primarie di vita dell'alimentando che si trovi in stato di indigenza ⁽¹⁶⁷⁾.

Posto che i valori presidiati dalla norma attengono, prima ancora che al campo giuridico, all'esistenza umana, non desta impressione che il legislatore, opportunamente, abbia precluso al titolare la libera disponibilità del credito alimentare, stabilendone l'incedibilità, la compensabilità e, finanche, l'insensibilità alle azioni esecutive dei creditori dell'alimentando, come chiaramente stabilito dagli artt. 545 e 671 c.p.c., che, rispettivamente, affermano l'impignorabilità e l'insequestrabilità dell'emolumento alimentare.

La peculiarità degli interessi protetti dall'obbligazione negativa in oggetto orienta la latitudine della formula normativa impiegata nell'art. 447 cod. civ. Invero, sebbene il plesso semantico, nel riferire testualmente al solo divieto di cessione e compensazione del credito alimentare, abbia una certa nebulosità, non è dubbio che il concetto di cessione assuma in subietta materia una portata assai più ampia, comprensiva di tutte quelle azioni che, in senso lato, siano finalizzate a disporre della prestazione alimentare. Così, oltre

⁽¹⁶⁷⁾ È vivacemente disputato se tale interesse sia riferibile al solo alimentando ovvero se l'interesse tutelato dalla legge sia di ordine superiore familiare. Nel primo senso, G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Tratt. Dir. Civ. it.*, diretto da F. Vassalli, III, t. 2°, fasc. 2°, Torino, 1969, pag. 439. Si orienta invece verso l'interesse d'ordine superiore A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, pag. 167 ss., il quale non manca di evidenziare che il corretto adempimento dell'obbligazione alimentare, e, finanche, l'impossibilità di disporre a proprio danno, non soltanto costituisce un prezioso baluardo contro fenomeni di vittimizzazione del soggetto avente diritto, ma, altresì, assume particolare rilievo anche per lo Stato, non foss'altro che il corretto adempimento dell'obbligo alimentare scongiura che su di esso gravino numerosi indigenti.

all'alienazione ⁽¹⁶⁸⁾ e alla compensazione ⁽¹⁶⁹⁾, all'alimentando è senz'altro preclusa la rinuncia del diritto alimentare ⁽¹⁷⁰⁾, la transazione ⁽¹⁷¹⁾ o il compromesso ⁽¹⁷²⁾.

Il principio dell'indisponibilità del credito alimentare non ha tuttavia portata assoluta, essendo limitata all'ipotesi in cui la prestazione alimentare abbia natura legale. Soffre invece eccezioni laddove il diritto dell'alimentando dipenda da un atto di volontà privata, posto che, in tale prospettiva, il credito dell'alimentando, poiché non rispondente agli scopi che informano quella legale, non sarebbe presidiato, salvo diversa volontà delle parti, da un regime di indisponibilità ⁽¹⁷³⁾.

Inoltre, anche avuto riguardo alla prestazione alimentare di natura legale, il regime di indisponibilità è da riferire soltanto alle sole prestazioni alimentari future, e non già a quelle arretrate, rispetto alle quali l'alimentando ha piena libertà di disporne nel modo che ritiene più opportuno, finanche cedendole o rinunziandovi ⁽¹⁷⁴⁾.

13. Intese a contenuto negativo di fonte convenzionale.

⁽¹⁶⁸⁾ Avuto riguardo al divieto di cessione del credito alimentare, larga parte della dottrina ritiene compresa in tale dizione anche la cessione dell'esercizio del diritto come *commoditas alimentorum*. Per un'accurata disamina di tale posizione si veda A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, cit., pag. 156 ss.; G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., pag. 451. *Contra*, invece, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4^{ed.}, Firenze, 1903, vol. VII, pag. 260.

⁽¹⁶⁹⁾ Sebbene l'art. 447 cod. civ. disponga la non compensabilità del credito alimentare, tale limitazione varrebbe per le sole prestazioni attualmente dovute, ma non già per quelle arretrate, rispetto alle quali il credito è cedibile, rinunziabile e, finanche, suscettibile di compensazione, surrogazione o di costituzione di ipoteca. Così, G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., pag. 510.

⁽¹⁷⁰⁾ Sul punto cfr. E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, pag. 151; F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, 2^{ed.}, vol. V, parte 2^o, Torino, 1892, pag. 415 ss. e Cass. 20 aprile 1941, 9 aprile 1941 in *Foro it.*, rep. 1942, voce alimenti n.2, Rep. 1941, voce alimenti n.3.

⁽¹⁷¹⁾ E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, cit., pag. 151; A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, cit. pag. 157 ss.; E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa - Transazione*, Milano, 1954, pag. 257. Non solo la transazione avente ad oggetto all'esistenza del diritto alimentare è da reputarsi inefficace, ma anche quella relativa alla misura della prestazione. Difatti, nonostante l'accordo transattivo, l'alimentando potrebbe pur sempre chiedere all'autorità giudiziaria di accertare se la misura fissata corrisponda al suo attuale bisogno. Così, G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., pag. 453. Come si è già detto, tale obbligo è limitato agli alimenti futuri, ma non già a quelli arretrati, che invece sono disponibili.

⁽¹⁷²⁾ A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, cit. pag. 157.

⁽¹⁷³⁾ Ferma la possibilità, per le parti negoziali, di stabilire un regime di indisponibilità del credito alimentare di fonte convenzionale, nonché associare, all'obbligo legale anche una prestazione alimentare volontaria, salvo non vengano violati gli artt. 162 e 781 cod. civ., è invece precluso sostituire *tout court* l'obbligo legale con una pattuizione convenzionale. Così, G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., pag. 453.

⁽¹⁷⁴⁾ Altresì, sarebbe consentito ricorrere all'ipoteca allo scopo di garantire il corretto adempimento dell'obbligazione alimentare, sia pur a fronte di crediti arretrati non somministrati dall'obbligato. Ciò in quanto l'obbligo alimentare sussiste solo se e nella misura in cui l'obbligato può adempierlo, sicché è un obbligo condizionale e variabile, non suscettibile di essere garantito con ipoteca per il futuro, né volontaria né giudiziale. Tale inefficacia dell'iscrizione ipotecaria, in caso di insolvenza dell'obbligato, vale anche per il pegno e la fideiussione, poiché quest'ultimo non sarà tenuto se non nei limiti di quanto non lo sia l'obbligato in via principale. Cfr., G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., pag. 510 - 514 s.; A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, cit., pag. 182 ss. Diverso sarebbe, invece, se il fideiussore si fosse obbligato per un'obbligazione alimentare convenzionale.

La prestazione omissiva, come si è già avuto più volte occasione di precisare, oltre a trovare fonte nella legge, frequentemente costituisce espressione di un atto di autonomia privata.

In quest'ultimo senso, i paciscenti sono liberi di porre in essere rapporti giuridici che combaciano esattamente con uno schema negoziale previsto dalla legge, ma anche di accordarsi secondo intese che, pur spogliate dei formalismi conosciuti, guadagnano efficacia giuridica laddove rispondenti a esigenze reputate dal sistema meritevoli di tutela ⁽¹⁷⁵⁾.

Anche qui, non diversamente da quanto rilevato a suo tempo per quelle di fonte legale, è vanamente ambizioso procedere ad un'esaustiva rassegna delle intese a contenuto negativo di fonte convenzionale, sicché ci si limiterà a passarne in rassegna soltanto alcuni esempi significativi.

Prendendo le mosse da convenzioni che presentano una fisionomia ricalcante modelli testualmente previsti dal dettato legislativo, si pensi al patto di non sublocazione di cui all'art. 1594 cod. civ., al patto di incedibilità del credito di cui all'art. 1260, comma 2 cod. civ., nonché al patto di esclusiva che, ai sensi dell'art. 1568 cod. civ., impone al somministrante, limitatamente alla zona contemplata e al tempo previsto dal contratto, di astenersi dal compiere prestazioni della medesima natura di quelle oggetto del contratto ⁽¹⁷⁶⁾.

Del pari, costituiscono intese a contenuto negativo di fonte convenzionale il patto di non edificare, o *altius non tollendi* ⁽¹⁷⁷⁾, e quelli di non concorrenza, purché pattuiti entro i limiti di quanto disposto dall'art. 2557 cod. civ.

Spiccano inoltre, per diffusione nella prassi applicativa, le convenzioni finalizzate a limitare le facoltà proprietarie e, più in particolare, quelle impositive di un limite alla circolazione della proprietà.

Su questo terreno, norma di riferimento è l'art. 1379 cod. civ. che, come si è già avuto modo di osservare, consente di imporre all'onerato, per un periodo di tempo determinato, l'obbligo di non trasferire un determinato bene alla luce di un apprezzabile interesse dello stipulante ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Sul principio giuridico posto dall'art. 1322 cod. civ., e, più in generale, sul problema dell'atipicità del negozio giuridico, la letteratura è così abbondante che il nudo cenno dei titoli degli scritti esorbiterebbe dall'economia di queste note. Per lo svolgimento concettuale e storico di tale disposizione ci si limita dunque a rinviare a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*, pag. 135 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr., Cass. 9 aprile 1997, n. 3076, in *Giur. it.*, 1998, pag. 225.

⁽¹⁷⁷⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 53. Per i criteri differenziali tra obbligazione di non edificare e servitù negativa, *amplius*, par. 15.1.

⁽¹⁷⁸⁾ Oltre all'art. 1379 cod. civ., sono diffusi i riferimenti, anche nella parte del codice dedicata al diritto societario, ai limiti alla circolazione della proprietà. Tra i molti, si pensi alla norma incasellata nell'art. 2355-*bis* cod. civ. che consente all'assemblea di prevedere in statuto specifiche clausole volte a limitare la circolazione delle azioni.

Il divieto di alienazione, innovazione del codice vigente ⁽¹⁷⁹⁾, delinea i contorni di una tipica obbligazione di non dare ⁽¹⁸⁰⁾, che, oltre a costituire una pattuizione autonoma, più frequentemente accede a un negozio a titolo oneroso o gratuito, nel qual caso assume la forma del *modus* della donazione o del legato.

La sistematica del patto di inalienabilità, collocato non a caso nella parte del codice dedicata agli effetti del contratto, offre la guida necessaria per affermarne l'efficacia meramente obbligatoria.

Le alienazioni compiute in spregio di tale divieto sono infatti da intendersi valide, non pregiudicano l'acquisto del terzo, né, tantomeno, possono costituire il presupposto per un'azione risarcitoria a suo carico ⁽¹⁸¹⁾. Nondimeno, colui che si è obbligato a tenere tale condotta e venga meno all'impegno risponderà dei danni verso la parte a favore della quale aveva assunto l'impegno ⁽¹⁸²⁾.

L'efficacia meramente obbligatoria del patto di inalienabilità di cui all'art. 1379 cod. civ., la cui ragione giustificativa è assai discussa in dottrina ⁽¹⁸³⁾, vale a distinguere tale pattuizione da quelle che, pur limitando in senso analogo le facoltà proprietarie, risultano opponibili nei confronti di qualsiasi terzo. A titolo esemplificativo, valga il riferimento al divieto di cessione dell'usufrutto che può essere pattuito, nell'atto costitutivo, ai sensi dell'art. 980, comma 1, cod. civ. Poiché, secondo opinione consolidata, tale pattuizione sarebbe informata d'efficacia reale, da tale peculiarità ne discende che il patto di inalienabilità dell'usufrutto non può collocarsi nell'alveo delle obbligazioni negative in senso stretto che, invece, spiegano i loro effetti *inter partes* ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Sebbene il codice previgente non contenesse una disposizione generale sul divieto di alienazione, dottrina e giurisprudenza erano allineate nell'ammettere cittadinanza, sia pur entro certi limiti, a tali pattuizioni, argomentando dalla possibilità di rendere intrasferibili taluni titoli di credito. Cfr., sul punto, V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1970, pag. 893.

⁽¹⁸⁰⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, cit., pag. 51.

⁽¹⁸¹⁾ In tale prospettiva, va da sé che l'inosservanza del divieto non possa essere eccepita dal terzo estraneo al contratto. Del pari, posto che il patto di inalienabilità ha efficacia meramente obbligatoria, non residuano margini di validità per il patto che imponga la nullità dell'atto di alienazione compiuto in spregio della clausola di inalienabilità. Analogamente, è da reputarsi inoperante la condizione risolutiva, posta a rafforzamento della clausola, che preveda la caducazione dell'atto di disposizione in spregio dell'impegno astensivo. Così, V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, cit., pag. 898.

⁽¹⁸²⁾ Cfr., M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., pag. 508. Efficacia della pattuizione che non muta anche laddove il divieto di alienazione venga associato ad una condizione risolutiva per il caso di inadempimento dell'obbligo. Difatti, in tal caso l'effetto reale sarebbe associato alla natura della condizione e non già al patto di inalienabilità, che manterrebbe efficacia obbligatoria.

⁽¹⁸³⁾ Limitandosi qui a fare un cenno delle principali posizioni assunte, se per un'opinione l'efficacia obbligatoria del patto di inalienabilità sarebbe motivata dall'impossibilità, per le parti, di sostituirsi alla legge nel porre fuori commercio un dato bene, altri invece pongono l'accento sulle difficoltà di organizzare un sistema di pubblicità che possa attuarsi rispetto a ogni categoria di beni e diritti. Per un quadro generale sul limite di efficacia del divieto convenzionale di alienazione si veda, tra i tanti, V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1970, pag. 897 s.

⁽¹⁸⁴⁾ In senso analogo, anche l'art. 965, comma 3 cod. civ. ammette la possibilità, nell'atto costitutivo del diritto di enfiteusi, di precludere all'enfiteuta di disporre, per atto tra vivi, di tutto o parte del proprio diritto di enfiteusi, nei limiti di un tempo non superiore a vent'anni. Il comma 3 e 4 dell'art. 965 cod. civ. costituiscono una novità del codice del 1942, non trovando corrispondenza nel codice previgente e disciplinano l'intesa a contenuto negativo con la quale, nell'atto costitutivo del diritto di enfiteusi, si stabilisce il divieto di disporre *inter vivos* di tale diritto per un periodo di tempo non superiore al ventennio. Le ragioni di tale divieto, come suggerito anche dalla relazione al Re, n. 454, si motiva nella volontà di

Sebbene il dato normativo ammetta la liceità dei patti di inalienabilità, la decisa limitazione delle facoltà proprietarie *ivi* connesse giustifica, oltre che un'efficacia limitata al piano dei rapporti *inter partes*, anche gli stringenti limiti posti dall'art. 1379 cod. civ., e, segnatamente, l'apprezzabile interesse di una delle parti nonché il conveniente termine di durata del vincolo ⁽¹⁸⁵⁾.

Dalla necessità, secondo le indicazioni di legge, che una simile limitazione sia circoscritta entro convenienti limiti di tempo ne discende, secondo l'opinione prevalente, che il patto di inalienabilità *sine die* o con termine eccedente il limite di legge, orientandosi secondo il principio generale posto dall'art. 1418 cod. civ., è da intendere radicalmente nullo per contrarietà a norma imperativa ⁽¹⁸⁶⁾.

Genera a carico del promittente un'obbligazione negativa, quantomeno secondo l'opinione della giurisprudenza, pure il patto di prelazione che, oltre ad imporre di vendere al prelazionario, impone altresì di non vendere ad altri la cosa oggetto del patto se non dopo che quest'ultimo, debitamente interpellato, dichiara di non voler esercitare il diritto all'acquisto ⁽¹⁸⁷⁾.

A completamento di quanto rassegnato, anche la legge 2017, n. 219 di recante la disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), riferisce, sia pur indirettamente, alle obbligazioni a contenuto negativo.

In particolare, volgendosi all'art. 4 della legge da ultime menzionata, si evince la possibilità di esprimere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminazione, il consenso ovvero il rifiuto a sottoporsi a specifici trattamenti medico-sanitari. Orbene, dalla volontà di non sottoporsi a determinati trattamenti ne discende, come effetto giuridico, l'insorgere di un'obbligazione a contenuto astensivo in capo al personale medico che, salvo rare eccezioni, è tenuto al rispetto delle DAT, e,

arginare la possibilità, per l'enfiteuta, di curarsi maggiormente della speculazione sull'alienazione del proprio diritto piuttosto che di migliorare il fondo. Per un esame complessivo di tal figura, R. TRIFONE, *Dell'enfiteusi*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Terzo, Della proprietà, Art. 957-1026, Bologna-Roma, 1961, pag. 64 ss. è invece stato abrogato, con la legge 18 dicembre 1970, n. 1138, il comma 1 dell'art. 965 cod. civ. che statuiva il divieto di affrancazione del diritto di enfiteusi prima del decorso del ventennio dalla costituzione del diritto.

⁽¹⁸⁵⁾ La presenza di un termine necessario per la validità del patto ha posto dubbi sul rapporto tra tale divieto e la prelazione, e in particolare se possa perfezionarsi un patto con il quale il promittente si impegna a preferire *sine die* il promissario nella stipula di un contratto di trasferimento. Sebbene il punto non sia pacifico, sembra prevalere la tesi che ammette la validità di tale intesa, sul presupposto che l'art. 1379 cod. civ. riguarda solo le obbligazioni di non alienare, mentre la prelazione integra non già tale obbligo, bensì quello, positivo, di preferire in caso di alienazione. In dottrina, sull'opportunità di prevedere un termine per il diritto di prelazione, pur riconoscendo la diversità rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 1379 cod. civ., E. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pag. 7, nonché C. COCCIA, *Sul patto di prelazione e in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*, in *Giur. it.*, 1983, 1, pag. 1537. In giurisprudenza, conclude per la nullità del patto di prelazione *sine die*, App. Milano, 15 settembre 1972, in *Giur. Merito*, 1973, I, pag. 123, con nota critica di G. Alpa. Accoglie anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 271.

⁽¹⁸⁶⁾ Si esprimono per la nullità del patto di inalienabilità con termine eccedente il limite di legge, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980, pag. 317; F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali al potere di disposizione*, Napoli, 1977, pag. 66 s.; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, pag. 509;

⁽¹⁸⁷⁾ In questi termini, Cass. 12 aprile 1999, n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, pag. 1283.

segnatamente, ad astenersi dal compimento di tutte quelle procedure cui il paziente ha lecitamente dichiarato di non volersi sottoporre, anche ove sia in gioco la vita di quest'ultimo ⁽¹⁸⁸⁾.

Dalla ricostruzione di tale volontà quale fonte dell'obbligazione ne consegue, salvo in presenza di una delle ipotesi previste dall'art. 4, comma 5, legge 2017, n. 219, che la mancata o inesatta esecuzione della volontà del paziente rende il medico curante responsabile per l'inadempienza, e, secondo le regole del diritto civile, obbligato a risarcire il danno cagionato.

Infine, a conclusione della presente rassegna, vale la pena notare che mentre le convenzioni di cui s'è detto sinora, tanto di fonte legale quanto convenzionale, presentano una fisionomia che ricalca modelli testualmente previsti nel dettato legislativo, ve ne sono altre che, pur meritevoli di tutela, difettano di un espresso riconoscimento normativo.

Limitandosi qui a farne un esempio significativo, nella vulgata giuridica è frequente l'allusione al *pactum de non petendo*, generalmente impiegato come pattuizione accessoria ad un'obbligazione cambiaria, nell'obbligazione solidale e anche nel deposito pecuniario vincolato ⁽¹⁸⁹⁾, con il quale il creditore si impegna a non richiedere al debitore l'adempimento dell'obbligazione contratta, per un determinato periodo di tempo ovvero sino al verificarsi di un dato evento ⁽¹⁹⁰⁾.

14. *Obbligazione negativa e autonomia testamentaria.*

Ove ciò soddisfi un interesse morale del testatore o di un terzo onorato, è ammessa l'imposizione di una prestazione a contenuto omissivo anche attraverso l'atto di ultime

⁽¹⁸⁸⁾ In tal senso, già prima dell'adozione della legge 2017, n. 219, M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. Impr.*, 2009, pag. 264. Più di recente, si veda anche S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, pag. 997 ss., il quale pone l'accento sulla differenza tra rinuncia che implica un *facere* da parte del medico diversamente dal rifiuto che genera a suo carico un obbligo a contenuto astensivo.

⁽¹⁸⁹⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, cit., pag. 294.

⁽¹⁹⁰⁾ Sulla questione, tra i molti, M. ORLANDI, *Pactum non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000.

volontà⁽¹⁹¹⁾, nel qual caso può ricorrersi ora alla condizione⁽¹⁹²⁾ ora, più frequentemente, al *modus*⁽¹⁹³⁾.

Limitandosi a citare quelle di maggiore ricorrenza, si pensi alla disposizione testamentaria che, ricalcando la fisionomia del *pactum de non petendo*, imponga all'onerato di astenersi dall'esigere, sia pur temporaneamente, il credito già scaduto dall'onorato⁽¹⁹⁴⁾.

In senso analogo, costituisce una tipica obbligazione a contenuto negativo di fonte testamentaria anche il divieto di pubblicazione di un'opera del testatore ancora inedita, così come previsto dall'art. 24, legge 22 aprile 1941, n. 633, come anche la disposizione riguardante la cremazione del proprio corpo, utile soprattutto al fine di evitare che tale decisione sia presa in autonomia dal coniuge o, in mancanza, dai parenti più stretti, come stabilito dall'art. 3, comma 1, legge 30 marzo 2001, n. 130.

Nella vasta gamma di disposizioni a contenuto negativo che possono trovare fonte nell'atto *mortis causa*, quella che ha impegnato più severamente la dottrina civilistica è l'obbligo, imposto dal testatore ai propri eredi, di non procedere alla pubblicazione della scheda testamentaria⁽¹⁹⁵⁾.

Volontà, quella di tenere celato il contenuto del testamento, che oltre a costituire una stimolante problematica teorica, impatta sensibilmente anche sul piano pratico. Invero, la mancata pubblicazione del testamento, oltre a precludere, alla ristretta cerchia di soggetti edotti dell'esistenza del testamento, la conoscibilità delle ultime volontà del *de cuius*,

⁽¹⁹¹⁾ Sul punto, cfr. A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pag. 42 ss. nonché, più recentemente, L. DI LORENZO, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, Milano, 2015. In via preliminare, è bene escludere, dalla *species* di obbligazioni in esame, la clausola diseredativa, posto che tale disposizione non impone un vero e proprio dovere astensivo in capo al diseredato, assumendo, piuttosto, i contorni di una pena, così detta privata, funzionale ad impedire che una determinata situazione giuridica faccia capo ad un determinato soggetto. Sul testamento contenente la sola clausola diseredativa si vedano le osservazioni di A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., pag. 42 ss.

⁽¹⁹²⁾ Come si ricava, altresì, dalla lettura della formula normativa affidata all'art. 638 cod. civ., recante la disciplina della c.d. che *cautio muciana*. La norma ammette infatti espressamente la liceità della condizione testamentaria di non dare o non fare, precisando che, ove l'obbligo negativo non abbia un termine di durata, la disposizione si intende fatta sotto condizione risolutiva, salvo dal testamento emerga una diversa volontà del testatore.

⁽¹⁹³⁾ Non sussistono dubbi che anche l'obbligazione dedotta nel *modus* possa avere ad oggetto un non fare. Così, A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu Messineo*, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006, pag. 455. Per più ampi ragguagli sull'onere a contenuto negativo nel testamento, G. BONILINI, *L'oggetto del legato. Le specie del legato autonomamente disciplinate*, in *Tratt. dir. delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol II, La successione testamentaria, Milano, 2009, pag. 499 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ C. SCUTO, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, pag. 81 e nota 1. Cfr. altresì, G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, pag. 160, il quale annovera tale disposizione tra i comportamenti non negoziali a carattere negativo. Per la giurisprudenza, App. Firenze, 27 marzo 1879, in *Foro it.*, 1879, I, c. 821 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ In tema, nella letteratura, si vedano almeno A. MASCHERONI, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto tra eredi o per divieto del de cuius*, in *Notar.*, 2011, 182 ss.; A. NATALE, *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2009, pag. 990 ss. Situazione giuridica, quella in oggetto, da non confondere con il fenomeno, solo in apparenza analogo, del patto di non pubblicazione perfezionato, per propria volontà, dagli eredi del *de cuius*, che pone tutt'altre problematiche di ordine morale e giuridico.

pone questioni di non lieve momento anche rispetto all'atto di divisione del compendio ereditario. È infatti agevole rilevare, limitandosi a fare un cenno della problematica, che, in costanza di divieto, gli eredi sono legittimati soltanto a dare esecuzione spontanea alla volontà del *de cuius*, giusta il comma 5 dell'art. 620 cod. civ., con evidenti ripercussioni sull'applicabilità dell'art. 713 cod. civ. ⁽¹⁹⁶⁾.

Le incertezze sulla validità di tale singolare volontà traggono forza dal tenore letterale dell'art. 620 cod. civ., che, diversamente da quanto enunciato dall'art. 912 del codice abrogato, pone a carico di chiunque si trovi in possesso della scheda testamentaria, l'obbligo di presentare la scheda al pubblico ufficiale per la pubblicazione, allo scopo di assicurare il rispetto della volontà del testatore contro il pericolo di occultamento o soppressione di tale atto ⁽¹⁹⁷⁾.

Orientandosi secondo il tenore letterale dell'art. 620 cod. civ., nonché della *ratio legis* ad esso sottesa, parte della dottrina, non a torto, esclude che tale volontà possa reputarsi meritevole di tutela, dacché il precetto contenuto nella norma da ultimo evocata non sarebbe derogabile né da un atto di autonomia privata degli aventi causa del *de cuius*, né da un'espressa volontà del testatore, regolamentando una materia sottratta alla disponibilità dei privati ⁽¹⁹⁸⁾.

La formula dell'art. 620 cod. civ. non ha tuttavia impedito alla dottrina di proporre una soluzione alternativa. Per superare le strettoie poste dal dato normativo, e dunque scorgere profili di validità nella disposizione volta a tenere celato il contenuto del testamento, sarebbe infatti decisiva la natura dell'art. 620 cod. civ., che non sarebbe norma imperativa, bensì dispositiva ⁽¹⁹⁹⁾.

Poiché la norma in questione sarebbe portatrice di interessi di matrice squisitamente privatistica, ne consegue l'ammissibilità di una deroga all'obbligo *ivi* contenuto e, dunque, la liceità di quella disposizione con cui il testatore manifesta la sua volontà di tenere celato il contenuto della scheda testamentaria ⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ A. NATALE, *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, cit., pag. 992, il quale osserva come il divieto di pubblicazione del testamento olografo finisca per costituire espressione del potere regolamentare del testatore previsto dall'art. 733 cod. civ.

⁽¹⁹⁷⁾ In questo senso si veda la Relazione al Re, n. 301.

⁽¹⁹⁸⁾ In questi termini, per tutti, G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, pag. 797.

⁽¹⁹⁹⁾ Favorevole alla derogabilità è G. BRANCA, *Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, pag. 87. Da ultimo, si esprime in questi termini anche A. NATALE, *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, cit., pag. 993 ss. In giurisprudenza, Cass. 17 luglio 1974, n. 2145, in *Giur. it.*, 1976, I, I, c. 144.

⁽²⁰⁰⁾ Così, A. NATALE, *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, cit., pag. 993, secondo cui, ammessa la derogabilità dell'art. 620 cod. civ., sarebbe pure ammissibile la previsione, da parte del testatore, di un divieto di pubblicazione temporaneo, sulla scorta della previsione affidata all'art. 713, comma 3, cod. civ. che, com'è noto, conferisce al testatore la possibilità di disporre che la divisione del compendio ereditario avvenga non prima che sia trascorso un determinato periodo di tempo, non eccedente il quinquennio dalla sua morte. In via alternativa, per tenere celato il contenuto del testamento, è ipotizzabile anche il ricorso ad un mandato *post mortem* in cui il mandatario, depositario della scheda testamentaria, si impegni a non pubblicarla e a divulgarla unicamente agli interessati delle disposizioni testamentarie. In tal caso, tuttavia, il problema è assicurare l'esecuzione delle disposizioni, che rimangono segrete, dacché si rende opportuno designare un esecutore testamentario affidandogli la cura della corretta esecuzione delle disposizioni e la custodia della scheda testamentaria.

14.1. *Il divieto testamentario di alienazione.*

Lo spunto problematico colto nel paragrafo che precede introduce opportunamente il tema, parimenti denso di criticità, circa l'ammissibilità di un divieto di alienazione, sulla scorta del modello previsto dall'art. 1379 cod. civ., di fonte testamentaria.

Giusta l'abrogazione, secondo ragioni che rimangono tuttora un aperto campo di indagine, dell'ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. ⁽²⁰¹⁾, si è riaperta la disputa sulla possibilità di prevedere, mediante l'atto *mortis causa*, delle limitazioni della facoltà proprietarie, e, in tal caso, se tali vincoli debbano sottostare ai limiti che, in materia contrattuale, vengono posti dall'art. 1379 cod. civ.

Per una ricostruzione, suffragata anche da un non recente arresto giurisprudenziale, l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. resta, di per sé, neutra rispetto alla possibilità di convenire divieti di alienazione per mezzo del testamento, la cui illiceità sarebbe ricavabile, sia pur in via mediata, dall'attuale ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. ⁽²⁰²⁾. La norma infatti, stabilendo che ogni altra sostituzione diversa da quella fedecommissaria è da intendersi nulla, proibirebbe al testatore di apporre qualsiasi divieto di alienazione, posto che, se tali alienazioni fossero ammesse, si avrebbe pur sempre una sostituzione fedecommissaria, sia pur limitata al solo obbligo di conservare.

In altri e più compendiosi termini, la mancata riformulazione dell'ultimo comma dell'antecedente 692 cod. civ. si motiva in ragione del fatto che esso esprimeva un principio di ordine pubblico oggi implicito nell'ordinamento, sicché un'espressa formulazione di tale concetto sarebbe stata del tutto ultronea ⁽²⁰³⁾.

Un opposto indirizzo tributa invece tutt'altro valore alla nuova formula normativa dell'art. 692 cod. civ., scorrendo, proprio nella scelta legislativa di abrogarne l'ultimo comma, un deciso segno di apertura verso l'ammissibilità dei divieti di alienazione di fonte testamentaria ⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰¹⁾ Per un quadro generale sulle novità introdotte dalla riforma del diritto di famiglia di cui alla legge 19 maggio 1975, n. 151, si rinvia a M. TALAMANCA, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pag. 260-bis ss.

⁽²⁰²⁾ Tra i molti, P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, II, Milano, 1994, pag. 816; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 633-648, Bologna-Roma, 1992, pag. 163 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, pag. 192 ss.; G. BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Comm. al diritto ital. della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, vol. V, Padova, 1992, pag. 221 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Art. 1372-1405, Bologna-Roma, 1993, pag. 142. Per la giurisprudenza, in questi termini Cass. 12 novembre 1981, n. 6005, in *Mass. Giur. it.*, 1981 e Cass. 10 luglio 1979, n. 3969, in *Riv. not.*, 1979, II, pag. 1235, per la quale non sarebbe ammissibile una disposizione testamentaria con la quale si prevede l'inalienabilità del patrimonio ereditario, in quanto in contrasto con il divieto sancito dall'art. 1379 cod. civ.

⁽²⁰³⁾ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 142.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr., in particolare, le conclusioni cui perviene G. BONILINI, *Il testamento - Lineamenti*, Padova, 1995, pag. 156, e ID., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pag. 236 ss. nonché M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro secondo – delle

Secondo tale impostazione la liceità di tale operazione emergerebbe proprio dal sistema, posto che, se l'art. 1379 cod. civ. ammette tale possibilità per i soggetti di un rapporto contrattuale, non si vedono ragioni per negare tale possibilità in sede testamentaria.

Si aggiunge inoltre, con ulteriore sforzo deduttivo, che nella materia testamentaria non troverebbe ragion d'essere la necessità di porre un freno all'arbitrio del disponente. In tale prospettiva, il significato concreto di questi rilievi si traduce nell'intendimento della possibilità di non assoggettare i divieti di alienazione di fonte testamentaria alle prescrizioni di cui all'art. 1379 cod. civ. ⁽²⁰⁵⁾.

Per tale opzione ermeneutica, dunque, l'autonomia testamentaria sarebbe svincolata dall'autonomia contrattuale, poiché il negozio testamentario ha già scontato un giudizio di meritevolezza, rilevando unicamente, quale limite all'autonomia testamentaria, la liceità dei motivi come sarebbe confermato dagli artt. 634 e 647 cod. civ. ⁽²⁰⁶⁾.

Le difficoltà riscontrate nell'applicazione pratica di queste tesi hanno sollecitato altra dottrina, cui si ritiene di aderire, a percorrere una soluzione intermedia. Secondo tale orientamento, non vi sarebbero elementi per negare la liceità di un divieto di alienazione di fonte testamentaria, purché, ricorrendo all'analogia, strutturato nei limiti previsti dall'art. 1379 cod. civ.

In tale prospettiva, il divieto di alienazione testamentario sarebbe ammissibile solo se convenuto entro convenienti limiti di tempo e a fronte dell'esistenza di un apprezzabile interesse del testatore ⁽²⁰⁷⁾.

Ammessa, dunque, la possibilità di stabilire un divieto di alienazione per testamento, rimane da verificare la qualificazione giuridica della clausola, attesa la molteplicità di forme in cui può sussumersi tale divieto ⁽²⁰⁸⁾.

successioni, Art. 679-712, Bologna, Roma, 1965, pag. 343; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, La famiglia – Le successioni, Milano, 1985, pag. 490.

⁽²⁰⁵⁾ F. CARRESI, *Contratti e atti unilaterali*, in *Studi giuridici in memoria di Vassalli*, Torino, 1960, pag. 275; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, pag. 35; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pag. 39 ss. Più di recente, perviene alle medesime conclusioni anche A. NATALE, *L'inapplicabilità dell'art. 1379 al divieto testamentario di alienazione*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2007, pag. 1013.

⁽²⁰⁶⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, pag. 775. Si veda anche Trib. Oristano, 28 febbraio 2007, in *Riv. Giur. Sarda*, 2008, 2, pag. 369, per il quale se il testatore dispone il legato di un immobile manifestando la volontà che lo stesso non sia mai venduto e, per il caso contrario, subentri al legatario un altro soggetto, tale pattuizione, non integrando un divieto testamentario di alienazione, è da intendersi valida.

⁽²⁰⁷⁾ Così, M. TALAMANCA, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, cit., pag. 260-bis ss.; M. CAPONE, *Profili teorico-applicativi del divieto di alienazione*, in *Vita not.*, 1986, pag. 1393 ss. In questi termini, più recentemente, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1982, pag. 435, il quale ammette l'applicazione dell'art. 1379 cod. civ. al testamento non già ricorrendo all'analogia *legis* quanto, piuttosto, all'analogia *iuris*; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 773 s. Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2000, pag. 161. Così anche M. COMPORTI, *Diritti reali in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo*, VIII, 1, Milano, 1980, pag. 158, che pone l'accento sul limite di tale divieto di alienazione entro convenienti limiti di tempo sì da evitare che un'indisponibilità indeterminata faccia venire meno il nucleo centrale della situazione giuridica reale.

⁽²⁰⁸⁾ Per un quadro generale della questione, nella manualistica, si veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 776.

Nulla quaestio allorché il divieto di alienazione assuma la forma della raccomandazione, nel qual caso la volontà è da qualificare come *nudum praeceptum*, ovverosia priva di qualsiasi effetto sul piano giuridico, sorgendo un mero imperativo morale nella coscienza dell'obbligato.

Se invece, come più frequentemente accade, l'intento del testatore sia quello di vincolare l'onerato sul piano giuridico, il divieto di alienazione si articola, per solito, in una disposizione modale.

Posto tuttavia che il divieto di alienazione strutturato alla stregua di un *modus* non priva di validità l'atto dispositivo dell'onerato compiuto in spregio del divieto, non è raro che il testatore, per rafforzarne il valore precettivo, preveda, per il caso di inadempimento, una condizione risolutiva potestativa.

Rispetto alla possibilità di condizionare risolutivamente il lascito al mancato rispetto del divieto di alienazione sono da registrarsi due opposti orientamenti. Nella logica classica una simile operazione viene reputata nulla, posto che, attraverso il meccanismo condizionale, si attribuirebbe, sia pur in via indiretta, efficacia reale al divieto di alienazione, in aperto contrasto con la natura dell'istituto disciplinato dall'art. 1379 cod. civ. ⁽²⁰⁹⁾.

Altri invece, in senso opposto, ritengono che la liceità di una siffatta operazione precettiva possa scorgersi dal sistema. Invero, se il codice ammette l'istituzione sotto condizione risolutiva, salvo il limite delle condizioni impossibili, non v'è ragione di escludere che anche il patto di inalienabilità possa avere efficacia reale, salvo dimostrare, volendo diversamente opinare, l'illiceità di dedurre tale divieto in condizione.

15. *Obbligazioni negative e altre figure a contenuto negativo.*

Nello studio del fenomeno giuridico obbligatorio omissivo è tutt'altro che infrequente riferirsi all'obbligazione negativa non per indicare un fenomeno giuridico ben definito, quanto, piuttosto, per catalogare, sotto un'etichetta unitaria, figure e fenomeni assai eterogenei ⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁹⁾ V. LOIACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, *passim*.

⁽²¹⁰⁾ Problema, quello della distinzione tra obblighi giuridici e altri fenomeni aventi rilievo sul piano del diritto e non, che ha da sempre impegnato severamente la dottrina. Tra i molti che si sono occupati della questione, cfr., C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., pag. 26, il quale, nell'alveo dei rapporti di debito, propone la distinzione, tra obbligo giuridico di prestare e dovere giuridico di prestare, sul presupposto che possano esistere doveri giuridici non accompagnati da una responsabilità per il caso di inadempimento, che si distinguono dagli obblighi giuridici che, per converso, sono accompagnati da una responsabilità del debitore in caso di inadempimento. Si esprimono in senso difforme, invece, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pag. 253; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, (riproduzione di un corso di lezioni del 1922-23 con l'aggiunta di alcune appendici di aggiornamento), pag. 226 ss. Si veda, inoltre, G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pag. 44 ss., che trova l'elemento decisivo per distinguere le obbligazioni civili piene dalle altre situazioni giuridiche obbligatorie nella circostanza che i doveri giuridici garantiti per equivalente sul patrimonio del debitore costituiscono la categoria delle vere obbligazioni, mentre quelli così non garantiti rientrano nelle obbligazioni naturali. Sebbene la dottrina civilistica abbia sempre sentito la necessità di predisporre un criterio atto a distinguere gli obblighi dalle obbligazioni, è pure noto che il criterio di distinzione di queste categorie ha ingenerato opinioni quanto mai discordanti. Per un'esposizione critica delle varie dottrine avanzate per spiegare la

Poiché la questione non può cogliersi, nella sua giusta portata, se non esaminando le fattispecie che, pur imponendo una condotta omissiva, non integrano obbligazioni in senso tecnico, d'uopo passare in rassegna quelle di maggiore importanza nella prassi applicativa.

Ponendoci in questa prospettiva, e iniziando dal tema più generale, non presentano elementi di consonanza con le obbligazioni negative quei rapporti che, espressione di solidarietà sociale, sono contrattati dalle parti su un piano differente da quello del diritto. Tra questi, spiccano le prestazioni riconducibili nell'alveo dei rapporti di cortesia, ovverosia quell'ampio ventaglio di assetti negoziali che, pur assistiti da un intento empirico, non sono intesi, dalle parti, come impegnativi sul piano giuridico ⁽²¹¹⁾. I rapporti di cortesia sottendono infatti figure negoziali appartenenti sì al campo dell'autonomia privata, ma non a quello dell'autonomia contrattuale, difettando, salvo casi eccezionali ⁽²¹²⁾, di tutela da parte dell'ordinamento giuridico ⁽²¹³⁾.

Possono anche distinguersi dalle obbligazioni negative quelle situazioni che, pur rilevanti sul piano del diritto, impongono prestazioni non suscettibili di valutazione in termini economici. In questa luce, valga il riferimento all'obbligo di fedeltà coniugale dettato dall'art. 143 cod. civ., pur imponendo ai coniugi la tenuta di un contegno omissivo, non può qualificarsi alla stregua di un rapporto obbligatorio ⁽²¹⁴⁾.

Procedendo sempre sul piano generale, è altresì intuitivo escludere, dal novero dei citati rapporti, anche il principio del *neminem laedere* ⁽²¹⁵⁾.

distinzione tra obbli e obbligazioni, si veda, per tutti, S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, pag. 16 ss.

⁽²¹¹⁾ F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pag. 18. Vale la pena di osservare che, specialmente nella prassi mercantile, è tutt'altro che desueta la ritrosia nell'avvalersi di strumenti giuridici per sanzionare la mancata osservanza dei termini dell'accordo perfezionato. Ciò in quanto il mondo degli affari conosce sanzioni che, pur non assumendo rilievo sul piano del diritto, si rivelano ben più efficaci per assicurare il rispetto degli accordi: a titolo di esempio, si pensi alla definitiva esclusione dell'inadempiente, per l'avvenire, dal novero dei possibili *partner* commerciali. Su tale aspetto cfr. S. MACAULAY, *Non Contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, in 28 *Am. Sociolog. Rev.*, 1963, pag. 55 ss.

⁽²¹²⁾ Ci si riferisce all'ipotesi in cui costituiscano elementi accessori di una fattispecie complessa, ingenerando nell'onore un ragionevole affidamento sì da indurlo a sostenere spese che, diversamente, non avrebbe fatto. Cfr., F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pag. 19.

⁽²¹³⁾ Si parla, a tal riguardo, di contratti irrilevanti, poiché rilevanti solo sul piano dell'onore e della coscienza ma non coercibili sul piano giuridico. Posto che tali rapporti non assumono rilievo giuridico per l'ordinamento giuridico, il rapporto di cortesia non potrà mai ingenerare una responsabilità contrattuale, ma solo extracontrattuale, nell'ipotesi in cui il danneggiato dimostri la colpa del danneggiante. Cfr., M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, pag. 14, che riporta l'esempio dell'autostoppista rimasto ferito in seguito ad un incidente durante il viaggio.

⁽²¹⁴⁾ Così, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 75. È lecito avanzare riserve, altresì, sulla possibilità di sussumere, nel novero dei rapporti giuridici obbligatori negativi, il divieto, posto in capo alla donna dall'art. 89 cod. civ., di contrarre matrimonio nei trecento giorni successivi allo scioglimento del precedente vincolo matrimoniale. Tale condotta difatti, pur imponendo all'onerato la tenuta di una condotta omissiva, non appare suscettibile di valutazione in termini economici.

⁽²¹⁵⁾ Norma, quella dell'art. 2043 cod. civ., del tutto peculiare poiché impositiva di una condotta negativa attraverso una formulazione normativa indiretta, riannodando al compimento di determinati atti precise conseguenze, tra cui la principale è quella risarcitoria. Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 69. Sul *neminem laedere* si è stratificata una letteratura assai copiosa. Per uno sguardo d'insieme

La formula dell'art. 2043 cod. civ., difatti, non è più norma secondaria e sanzionatoria della violazione di una norma primaria, bensì assurge a rango di norma primaria, il cui precetto offre protezione atipica in grado di garantire gli interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento ⁽²¹⁶⁾.

In questo senso depone intanto la fisionomia del fenomeno, posto che il *neminem laedere* ha natura generica tanto rispetto al soggetto attivo, quanto al pregiudizio che può essere inferto. Per contro, l'obbligazione negativa impone ad un soggetto specificamente individuato il rispetto di un impegno vincolante, lecito e determinato, a non fare qualcosa che avrebbe il diritto di fare ⁽²¹⁷⁾.

Di poi, se l'illecito aquiliano presidia interessi indeterminati, l'obbligazione negativa, per converso, si fa portatrice di uno specifico interesse del creditore ⁽²¹⁸⁾.

Infine, merita di essere notato che mentre la legge si atteggia quale fonte esclusiva del *neminem laedere*, il rapporto giuridico obbligatorio può trovare fonte tanto nella legge quanto in un atto di autonomia privata.

Sicché, in considerazione di quanto osservato, sebbene il principio del *neminem laedere* imponga una condotta a contenuto negativo, costituisce nulla più di un simulacro di un'obbligazione negativa, collocandosi, piuttosto, nell'alveo dei diritti assoluti ⁽²¹⁹⁾.

Infine, si suole sottrarre dal novero delle obbligazioni negative anche quelle fattispecie, come l'art. 1501, comma 2, cod. civ. oppure l'art. 1573 cod. civ. che, in quanto norme proibitive, sono orientate ad elidere diritti già esistenti, diversamente dalle prime che, per converso, riconoscono un diritto al contraente ⁽²²⁰⁾.

15.1. *Obbligazioni negative e diritti reali.*

sul fenomeno ci si limita a rinviare, nella manualistica, a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; S. PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, II, Milano, 1968; P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983; F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997 e, più recentemente, M. BERNICCHI, *La funzione della responsabilità civile*, in P. CENDON, *Responsabilità civile*, vol. I, Torino, 2020, pag. 3 ss.

⁽²¹⁶⁾ F. M. BERNICCHI, *La funzione della responsabilità civile*, cit., pag. 3 ss.

⁽²¹⁷⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 62; S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 76; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., pag. 120. È utile osservare che, nel più recente passato, il principio del *neminem laedere* ha giocato un ruolo cruciale nell'aprire la strada verso il riconoscimento di obblighi risarcitori, ex art. 2043 cod. civ., nei comportamenti omissivi delle autorità indipendenti nei confronti degli investitori danneggiati. Cfr., Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, in *Mass. Giur. it.*, 2001, di condanna della Consob al risarcimento dei danni per insufficiente vigilanza sulla genuinità delle informazioni contenute nel prospetto informativo necessario per ottenere l'autorizzazione alla sollecitazione del pubblico risparmio. In argomento si veda, *passim*, C. FIN, *La rievocazione degli investitori: la Cassazione condanna la Consob al risarcimento del danno per insufficiente vigilanza*, in *La Resp. civ.*, 2012, pag. 32 ss.

⁽²¹⁸⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 76. Non è da escludere che il fatto illecito non possa consistere in una condotta omissiva. In tale ipotesi, bisogna individuare un obbligo di agire violato da chi pone in essere l'illecito.

⁽²¹⁹⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 70.

⁽²²⁰⁾ Cfr., A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 1554. Inoltre, le norme proibitive impongono un limite ad entrambi i contraenti, mentre l'obbligazione negativa riguarda, per solito, una soltanto delle parti negoziali. Così, E. SARACINI, F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia, Artt. 1742-1753*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2014, pag. 216 ss.

L'esigenza obiettiva di predisporre un criterio atto a consentire una sicura distinzione tra obbligazioni negative e altre figure negoziali a contenuto negativo assume valore decisivo, nell'ottica qui considerata, specie confrontandosi con la disciplina dedicata ai diritti reali, feconda di norme che prescrivono la tenuta di una condotta omissiva.

Senza pretese di approfondimento di un discorso assai ampio e impegnativo, che esula dai confini di questa trattazione, il problema della distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione appare quanto mai decisiva, tanto in ragione della diversità degli effetti, sia alla luce dello statuto normativo applicabile.

In questa angolazione, la differenza tra le due ipotesi è ravvisabile, in prima battuta, nella diversa natura del diritto considerato.

Difatti, se il diritto reale riguarda la cosa e, come tale, suscettibile di possesso, quello di credito assume carattere personale, connesso alla tenuta di un dato comportamento da parte del soggetto obbligato che può consistere in un fare, un dare o in contegno omissivo. Altro profilo atto a distinguere nettamente le situazioni giuridiche soggettive in parola è l'assolutezza del diritto reale che, com'è noto, consente al titolare di opporre il proprio diritto nei confronti di qualsiasi terzo. Circostanza, quest'ultima, che non si rinviene nel diritto di credito, cui è connaturato il concetto di relatività, il che lo rende opponibile soltanto nei confronti di uno o più soggetti determinati o determinabili.

Questa prospettiva, per quel che qui interessa, facilita la distinzione tra servitù negativa, come quella di non sopraelevare o non edificare, da un rapporto giuridico obbligatorio avente il medesimo contenuto ⁽²²¹⁾. Distinzione, quella da ultimo menzionata, che ha assunto oggi particolare rilievo, sul cardine del crescente impiego, nella circolazione dei diritti edificatori, della servitù di non edificare ⁽²²²⁾.

Il distinguo tra le menzionate fattispecie è netto.

In primo luogo, se è sicuro che tanto un'obbligazione di non fare quanto l'obbligo negativo contenuto in un rapporto reale di servitù impongono all'obbligato l'osservanza di un dovere inerziale, mentre nell'una è determinato o determinabile il soggetto passivo, ciò che caratterizza l'altra è l'assolutezza, che impone un dovere di non ingerenza in capo alla collettività genericamente intesa ⁽²²³⁾.

⁽²²¹⁾ Per un quadro generale sul tema delle servitù negative, tra i molti, cfr. L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, pag. 190 ss.; F.S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1965, pag. 39 ss. Con particolare riferimento alla distinzione tra servitù negative e obbligazioni negative, cfr. le considerazioni di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 61 ss.; S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 78 ss.

⁽²²²⁾ Invero, prima dell'intervento teso a riformare la lettera dell'art. 2643 cod. civ. che, sia pur con tecnica legislativa rivedibile, ha disciplinato indirettamente la circolazione dei diritti edificatori, era prassi comune ricorrere alla servitù di non edificare per assicurare al l'interessato la possibilità di poter impiegare la cubatura di altra unità immobiliare al fine di ampliare il proprio immobile. Il massiccio ricorso a tale congegno, *prima facie* del tutto analoga ad una semplice obbligazione di non fare avente ad oggetto l'edificazione mediante l'utilizzo della cubatura disponibile, si è motivata proprio nei vantaggi connessi alla natura reale del diritto di servitù. Costituendo un rapporto reale di servitù, difatti, si consente al beneficiario di opporre a tutti i successivi acquirenti del fondo servente, il rispetto dell'impegno di non fare assunto dall'originario proprietario.

⁽²²³⁾ A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 1569.

Oltre che per quanto già rilevato, le predette situazioni giuridiche si distinguono sia sul piano degli effetti sia in relazione al rapporto di inerenza con il diritto sottostante.

Rispettivamente, quanto agli effetti, poiché se nell'ipotesi di servitù di non edificare, l'eventuale alienazione del fondo servente non osta, per il titolare del fondo dominante, la possibilità di opporre il proprio diritto a tutti i successivi proprietari, per converso, ove il vincolo di non edificare sia dedotto quale oggetto di un rapporto obbligatorio, è soltanto chi lo ha materialmente assunto ad esserne tenuto all'osservanza ⁽²²⁴⁾.

Con riguardo invece al secondo aspetto menzionato, è sufficiente notare come la servitù, diversamente dall'obbligazione negativa *tout court*, non può prescindere, ai fini della sua validità, da un rapporto di stretta inerenza con la cosa ⁽²²⁵⁾.

Infine, obbligazioni di non fare e servitù negative differiscono anche rispetto all'estensione delle facoltà proprietarie spettanti al titolare del diritto.

Invero, ai sensi degli artt. 1077 e 1078 cod. civ., come confermato anche dall'art. 1060 cod. civ., la costituzione della servitù è riservata al solo proprietario, mentre, per converso, il titolare del diritto reale minore non trova limitazioni alla possibilità di imporre una condotta astensiva mediante il ricorso ad un'obbligazione di non fare che, ricalcando il contenuto di una servitù negativa, imponga all'obbligato di astenersi dal tenere una determinata condotta, fermo restando che tale obbligherà le sole parti contraenti e non sarà opponibile a terzi ⁽²²⁶⁾.

Lo spunto problematico relativo alle servitù negative introduce la possibilità di spendere alcune parole sui vincoli di destinazione di natura condominiale, essendo assai controversa la qualificazione degli stessi in termini di servitù ovvero di semplice obbligazione di non fare.

Per un orientamento, allorquando si convenga non già un obbligo verso un singolo, bensì un obbligo di carattere più generale, contenuto in un apposito regolamento interno, tali limitazioni sarebbero informate d'efficacia reale ricalcando lo schema della servitù ⁽²²⁷⁾.

Si è però esattamente obiettato che la mancanza di un fondo servente e di uno dominante costituirebbe un indizio decisivo per escludere la presenza di un rapporto reale di servitù, posto che i fondi sarebbero contemporaneamente e reciprocamente servente e dominante. Ebbene, da tali considerazioni ne consegue che siffatte limitazioni, anche se contenute nei regolamenti interni, vanno intese quali semplici obbligazioni di non fare, con valenza

⁽²²⁴⁾ Per gli effetti, in caso di trasferimento del fondo, il successivo acquirente non sarà tenuto a rispettare tale limite. Cfr., F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 186. Distinzione che vale anche sul piano attivo, poiché mentre la servitù attiva si trasferisce, il diritto di credito costituito dal dovere di astensione del debitore no. Cfr., F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, cit., pag. 49, il quale non manca di evidenziare che la differenza, tra le due fattispecie, riposa sul connotato della particolarità. Difatti, mentre il dovere negativo che deriva dal diritto reale riguarda ogni terzo, per converso l'obbligazione a contenuto negativo impone un dovere di astensione al solo debitore.

⁽²²⁵⁾ M. GIORGIANNI, *voce Obbligazione (dir. priv.)*, cit., pag. 601.

⁽²²⁶⁾ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*. 2. I diritti reali, in *Il sistema giuridico italiano*, Torino, 1988, pag. 207 s., ma anche L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XI, 1, Milano, 1979, pag. 144.

⁽²²⁷⁾ L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 64.

solo *inter partes* e non trasmissibili ai di loro eredi o aventi causa, i quali, per gli effetti, non sarebbero tenuti a rispettare i vincoli assunti dai loro autori ⁽²²⁸⁾.

Costituiscono parimenti limitazioni delle facoltà proprietarie, pur imponendo un non *facere* in senso stretto e non un *patis* come per la servitù negativa, i limiti e divieti legali al dominio che, rispettivamente, proibiscono talune condotte o determinano, in forma negativa, il contenuto del diritto soggettivo ⁽²²⁹⁾.

Limitazioni che si orientano dalla necessità di superare una concezione meta-individuale della proprietà in favore di un concetto di dominio portatore di interessi superiori, funzionalizzandone il contenuto, oltre che alle esigenze del *dominus*, a quelle della collettività genericamente intesa, in linea anche con l'indirizzo della Carta Costituzionale ⁽²³⁰⁾.

Tali limitazioni, anche in virtù degli interessi che presidiano, sarebbero informate d'efficacia reale, con la conseguenza che, rivolgendosi a chiunque si trovi nelle condizioni previste dalla legge, non sarebbero ascrivibili nell'alveo dei rapporti giuridici obbligatori ⁽²³¹⁾.

15.1.2. *Il divieto di cessione del diritto di uso e abitazione.*

Contribuisce a tracciare una netta linea di demarcazione nella caratterizzazione di diritti di obbligazione e diritti reali, oltre a quanto già evidenziato, il regime di protezione di cui godono ⁽²³²⁾.

In tale luce, se i diritti reali fruiscono di una difesa assoluta, sicché tanto il proprietario quanto il titolare di diritti reali minori possono esperire azioni in giudizio contro chiunque turbi o contesti l'esercizio del suo diritto, per contro la tutela apprestata ai diritti di obbligazione è relativa, limitata solo nei confronti della persona dell'obbligato, mentre non può rivolgersi nei confronti dei terzi che contestano il diritto ⁽²³³⁾.

⁽²²⁸⁾ Così si esprimeva, sotto l'egida del codice abrogato, C. SAVOIA, *I regolamenti interni di caseggiati suddivisi tra più proprietari*, in *Foro it.*, 1926, I, pag. 109 ss., e, in particolare, pag. 114-116. In questo senso sembra esprimersi anche, più recentemente, Cass. 19 marzo 2018, n. 6769 in *Pluris.it* che, in particolare, dispone che se nel regolamento contrattuale è prevista una disposizione tesa a regolare non l'esercizio del diritto ma la sua estensione e sussistenza, sarebbe una servitù atipica. Per converso non potrebbero sussumersi nell'alveo delle obbligazioni *propter rem* poiché mancherebbe l'*agere necesse* nel soddisfacimento di un corrispondente interesse creditorio. Opinione, quest'ultima, che non trova l'avallo di altra dottrina, che fatica a scorgere, nella reciprocità del peso imposto, un limite al riconoscimento della natura reale dell'intesa. L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 66.

⁽²²⁹⁾ S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 77.

⁽²³⁰⁾ Per lo svolgimento concettuale e storico della teoria della funzione sociale della proprietà si veda, per tutti, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, t. 2, Milano, 1995, pag. 47 ss.

⁽²³¹⁾ Cfr., L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pag. 69 s.

⁽²³²⁾ Non sarebbe invece decisivo, al fine di tracciare un sicuro *discrimen* tra diritti di obbligazione e diritti reali, il rilievo secondo cui quest'ultimi circolano con il diritto cui ineriscono, mentre l'obbligazione può, ma non deve necessariamente, circolare con il diritto sottostante. Difatti, nel caso dell'obbligazione *propter rem* o qualora l'obbligazione tragga fondamento in un onere reale, l'obbligazione circola con il diritto sottostante. Cfr., L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, cit., pag. 94.

⁽²³³⁾ F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 186.

In questa prospettiva appare utile dare conto delle questioni interpretative insorte rispetto alla limitazione contenuta nell'art. 1024 cod. civ. che vieta all'*habitor* e/o all'usuuario di disporre del diritto di godimento in favore di terzi.

Ebbene, mentre è da registrare concordanza di opinioni sul piano dell'efficacia dell'impedimento da ultimo menzionato – che, secondo l'opinione preferibile, non potrebbe sussumersi nell'alveo dei rapporti giuridici obbligatori, essendo informato d'efficacia reale – altro è a dirsi rispetto alla *ratio legis*, sulla quale la dottrina non trova accordo.

Secondo un'impostazione, la ragione del divieto potrebbe scorgersi nel fatto che i limiti di utilizzazione di tali diritti sono costituiti dai bisogni dell'usuuario, sicché il trasferimento dell'uso o abitazione ad un terzo renderebbe impossibile determinarne in contenuto ⁽²³⁴⁾. Altri invece rifuggono da tali argomentazioni ⁽²³⁵⁾, ponendo invece l'accento sulle ragioni storiche ed economiche, e, in specie, al carattere strettamente alimentare dell'istituto, rivolto al beneficio di una persona specifica allo scopo di procurargli, in un modo determinato, un sostegno ⁽²³⁶⁾.

Per tale opzione, proprio la natura strettamente personale del diritto varrebbe a giustificare la scelta compiuta dal legislatore all'art. 1024 cod. civ. nel dichiarare intrasmissibile il diritto di uso e abitazione, sicché non può riconoscersi alcuna efficacia giuridica alla sua eventuale cessione ⁽²³⁷⁾.

Il divieto, non diversamente da quanto osservato rispetto all'art. 447 cod. civ., assume una portata più ampia di quella testualmente prevista, posto che il riferimento alla cessione è da intendersi atecnico, precludendo non già le sole alienazioni, bensì ogni atto di disposizione di tali diritti.

Così, oltre all'alienazione, non è ammessa nemmeno la trasmissione del godimento della cosa, poiché, per la natura del diritto, tutto ciò che esorbita dalla capacità di godimento dell'usuuario rimane al proprietario, sicché, ammettendone la locazione, si finirebbe per costituire una comunione d'uso, incompatibile con la locazione ⁽²³⁸⁾.

Inoltre, poiché la legge ne ha sancito l'intrasferibilità, è agevole reputare i diritti dell'usuuario e dell'*habitor*, altresì, incapaci di costituire oggetto di garanzia cui possa conseguire, in via indiretta, il trasferimento, volontario o coattivo, del diritto. È allora logico ritenere che il diritto di uso e abitazione non può ritenersi capace di iscrizione

⁽²³⁴⁾ E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione*, in *Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze, 1875, 3ed, pag. 592, n. 727; G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, Dell'uso e dell'abitazione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, e continuata da B. Brugi, parte V, Napoli-Torino, 1931-1936, vol. II a cura di F. Maroi, pag. 937.

⁽²³⁵⁾ Cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VII, Bruxelles-Paris, 1878, 3ed, n. 113.

⁽²³⁶⁾ F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III, Della proprietà, Art. 957-1026, 3ed, Bologna-Roma, 1961, pag. 326.

⁽²³⁷⁾ Cfr., App. Napoli, 8 ottobre 1973, in *Dir. Giur.*, 1975, pag. 312, avente ad oggetto la cessione di un diritto di uso costituito dal diritto di accesso ad un pozzo per attingere acqua.

⁽²³⁸⁾ F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, cit., pag. 326. Del tutto opposta, invece, la soluzione adottata nel diritto giustiniano, ove era ammessa la possibilità, per l'*habitor*, di restringersi in una parte della propria abitazione e godere della rimanente con la locazione. Così, D. 7,8. 4 pr. 8 Ulp. 17 ad Sab.

ipotecaria, né oggetto di pegno, sequestro o pignoramento dei frutti pendenti ⁽²³⁹⁾, non foss'altro che, diversamente argomentando, risulterebbe irrimediabilmente deformata l'identità del diritto, in aperto contrasto con il principio di tipicità dei diritti reali ⁽²⁴⁰⁾.

Questione parallela a quella dianzi mentovata è la possibilità di aggirare il divieto dell'art. 1024 cod. civ. allo scopo di consentire la libera cessione dei diritti di uso e abitazione.

Sebbene, infatti, un'interpretazione ossequiosa della formula legislativa non dia adito a dubbi sull'illiceità di una convenzione di tal guisa, si è nondimeno fatta largo, nella più recente dottrina e giurisprudenza, la convinzione che tali diritti possano essere liberamente ceduti ⁽²⁴¹⁾.

Tale opzione ermeneutica, negando la natura pubblicistica del divieto di cui all'art. 1024 cod. civ. in favore della valorizzazione dell'idea che sia posto a presidio di interessi privati, ammette la cessione del diritto di uso o abitazione attraverso il comune accordo di nudo proprietario e titolare del diritto reale minore ⁽²⁴²⁾.

Con riguardo alla possibilità di cedere i diritti di uso e abitazione è da rilevare che gli orientamenti qui rassegnati, pur autorevolmente sostenuti, non sembrano pienamente condivisibili, difettando di valorizzare adeguatamente la *ratio* sottesa all'art. 1024 cod. civ.

Quanto alla tesi che ne ammette, senza eccezioni, la derogabilità, poiché tale opzione, se può trovare giustificazione rispetto a quei diritti di uso e abitazione di fonte convenzionale, mal si attaglia rispetto a quelli *ex lege*.

⁽²³⁹⁾ G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, Dell'uso e dell'abitazione*, cit., pag. 940. Tuttavia, cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione*, cit., pag. 594, n. 729, per il quale sarebbe ammesso il pignoramento nel caso di sostituzione dell'uso a titolo gratuito, poiché, in tal caso, l'uso sarebbe equiparabile agli alimenti.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr., A. SPATUZZI, *La circolazione del diritto di abitazione*, in *Notar.*, 2019, pag. 38. Nel medesimo senso già F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, cit., pag. 327 e G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, Dell'uso e dell'abitazione*, cit., pag. 941, che osserva come nell'ipotesi il cui il titolo costitutivo ammetta la cedibilità del diritto, questo non sarebbe un diritto di uso o abitazione quanto, piuttosto, di usufrutto.

⁽²⁴¹⁾ In tal senso si esprime Cass. 13 settembre 1963, n. 2502, in *Mass. Giur. it.*, 1963; Cass. 31 luglio 1989, n. 3565, *ivi*; Cass. 27 aprile 2015, n. 8507, *ivi*, il divieto di cessione di cui all'art. 1024 cod. civ. non è inderogabile, non avendo natura pubblicistica e attenendo a diritti patrimoniali disponibili. Nell'atto di cessione del diritto d'uso è quindi possibile derogare il vincolo di incedibilità. Per l'alienabilità dei diritti di uso e abitazione di cui all'art. 540, comma 2, cod. civ. si veda C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia*, in *Scritti in onore di G. Capozzi*, 2, Milano, 1992, pag. 1224.

⁽²⁴²⁾ In questo senso Cass. 25 marzo 1960, n. 637, in *Foro it.*, 1960, I, pag. 756, che afferma testualmente come sia consentito, al nudo proprietario e all'usuuario, di derogare al divieto di cedere o dare in locazione i diritti di uso e abitazione. In tale solco interpretativo si colloca anche Cass. 31 luglio 1989, n. 3565, in *Mass. Giust. Civ.*, 1989, pag. 7, ove si è precisato che la deroga al divieto di cessione di cui all'art. 1024 cod. civ. deve essere espressamente convenuta tra nudo proprietario e usuuario, senza che possa dedursi implicitamente per il sol fatto che quest'ultimo, violando, la norma, ceda il suo diritto a terzi. Percorre una soluzione intermedia, invece, G. PROVERA, *Locazione. Disposizioni generali*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1571-1606, Bologna-Roma, 1980, pag. 94, il quale, posto che la cessione dell'uso o dell'abitazione da parte dall'usuuario o l'*habitor* ha effetti meramente obbligatori, esclude la nullità di tale intesa per contrarietà al disposto di cui all'art. 1024 cod. civ. Tuttavia, atteso che un atto di autonomia negoziale di tal guisa si pone pur sempre in contrasto con un divieto di legge, al proprietario spetteranno i normali mezzi di reintegrazione previsti dal diritto positivo.

Questi, infatti, pur coincidendo per struttura con quelli di fonte pattizia, se ne distinguono nella funzione, essendo posti a presidio non già un interesse egoistico del solo usuario o *habitor*, bensì, di un interesse d'ordine superiore. Basti porre mente ai diritti di uso e abitazione, sulla casa adibita a residenza familiare, riconosciuti al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540, comma 2 cod. civ. Orbene, posto che tali diritti sono tesi a soddisfare le esigenze primarie di vita del beneficiario, ammetterne la libera disponibilità, oltre a confliggere con gli scopi che hanno animato la *mens legis*, espone finanche il beneficiario al rischio di essere indotto, attraverso indebite pressioni, a cedere il diritto nell'interesse del profittatore ⁽²⁴³⁾.

Possono pure avanzarsi riserve sull'opzione che argomenta l'indisponibilità *tout court* dei diritti in parola, poiché, pur in perfetta aderenza con il dato testuale, trascura di considerare che il diritto di uso e abitazione ben potrebbe costituirsi, al pari di ogni altro diritto reale limitato, al fine di assicurare all'onerato il godimento di un determinato bene senza che siano sotteso il perseguimento di interessi di più alta natura. Ebbene, in tale prospettiva non è dato comprendere per quale ragione l'usuario o l'*habitor* non possano disporre liberamente dei propri diritti, mentre l'usufruttuario e l'enfiteuta, pure beneficiari di un diritto reale di godimento su cosa altrui, non trovino limiti al loro potere di disposizione.

Sulla scorta di quanto osservato, per valorizzare gli scopi che hanno animato il legislatore senza, al contempo, svuotare di significato il portato dell'art. 1024 cod. civ., appare preferibile ritenere che soltanto i diritti di uso e abitazione di fonte legale siano informati d'indisponibilità per l'usuario o l'*habitor*, posto che, in tal evenienza, è il legislatore stesso, attraverso il meccanismo legale, a sottendere implicitamente la volontà di perseguire interessi superiori ⁽²⁴⁴⁾.

Per esemplificare, valga di nuovo il riferimento all'art. 540, comma 2, cod. civ., che, attraverso il meccanismo del legato *ex lege* ⁽²⁴⁵⁾, riconosce in favore del coniuge superstite, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili

⁽²⁴³⁾ Nel qual caso, non è inutile precisare, l'usuario o l'*habitor* non potrebbe trovare tutela, posto che, per l'ordinamento domestico, per aversi violenza negoziale occorre la minaccia di un male grave, ingiusto e in grado di impressionare una persona sensata, sicché ove, come frequentemente accade, la vittima sia indotta a perfezionare un contratto a sé svantaggioso senza il ricorso alla minaccia bensì attraverso l'impiego di forme di pressione psicologica indiretta e larvata, questi non potrebbe trovare il conforto dei rimedi previsti dagli artt. 1434 ss. cod. civ. Scenario differente, invece, nelle aree di insegnamento di common law, più sensibili a reprimere tutte le forme di abuso negoziale, sia che si manifestano con condotte violente propriamente intese, sia che si limitino a sfruttare indebitamente i condizionamenti emotivi ingenerati nella psiche della vittima in virtù della posizione di subordinazione emotiva esistente nei confronti del profittatore.

⁽²⁴⁴⁾ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 540, comma 2, cod. civ., che riserva al coniuge superstite i diritti di uso e abitazione sulla casa adibita a residenza familiare nonché sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni.

⁽²⁴⁵⁾ Mentre è sostanzialmente pacifico che i diritti in esame costituiscano un'ipotesi di successione legale a titolo particolare, è questione d'interpretazione sia configurato un legato o un prelegato. Per alcuna dottrina sarebbe un prelegato, a carico di tutta l'eredità e da soddisfare per l'intero prima della divisione, mentre per altra opzione, che trova largo seguito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'attribuzione in esame va qualificata alla stregua di un legato *ex lege*. Sul punto, *amplius*, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 445 s.

che la corredano, anche quando concorre con altri chiamati, se di proprietà del defunto o comune ⁽²⁴⁶⁾.

Orbene, in tale ipotesi non è dato dubitare che, per il coniuge superstite, trovi piena operatività il limite posto dall'art. 1024 cod. civ., posto che l'insorgere dei diritti di uso e abitazione è espressione di un interesse indisponibile, ossia le esigenze primarie di vita tanto del coniuge superstite quanto dei familiari con esso conviventi.

In tutti gli altri casi, *scilicet* quando la costituzione del diritto di uso e abitazione sia espressione di un atto di autonomia privata, non si scorge quell'esigenza superiore che giustifichi la limitazione delle facoltà del titolare del diritto, sicché tanto il diritto dell'usufruttuario quanto quello dell'*habitor* sono da reputarsi liberamente trasferibili ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Per un quadro generale sui diritti di uso e abitazione spettanti al coniuge superstite, si vedano, *ex multis*, 241 ss.; FERRENTINO, FERRUCCI, *Il diritto di uso e di abitazione del coniuge superstite: analisi e questioni nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Vita not.*, 2002, III, CCII ss.; R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, pag. 20 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., pag. 444 ss.

⁽²⁴⁷⁾ Adottando, così, una soluzione analoga a quella accolta per il diritto alimentare. Invero, se è fuori discussione che il credito alimentare sia indisponibile per l'alimentando, tale limitazione vale esclusivamente per il credito di fonte legale, mentre la prestazione alimentare di fonte convenzionale è liberamente disponibile, posto che non sarebbe possibile scorgere un interesse superiore.

CAPITOLO II

L'OBBLIGAZIONE NEGATIVA IN FUNZIONE DI GARANZIA DEL CREDITO: LA CLAUSOLA DI *NEGATIVE PLEDGE*

SOMMARIO: 1. L'obbligazione negativa in funzione di garanzia: genesi, struttura e funzione della clausola di *negative pledge*; - 2. La *negative pledge* nel contesto dei finanziamenti sovranazionali; - 3. *Negative pledge* e *pari passu*; - 4. Contenuto della prestazione omissiva; - 5. Eccezioni al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*; 6. - Garanzie di fonte legale e *limited lien clause*; - 7. Natura giuridica della clausola di *negative pledge*; - 8. Inadempimento, tutela creditoria e profili rimediali: l'azione di risarcimento del danno; - a) Esecuzione specifica della prestazione. *Prohibitory* e *mandatory injunction*; - b) *Acceleration clause*; - 9. Inadempimento della *negative pledge* e responsabilità del terzo; - 10. Dalle *negative pledge* alle *affirmative-negative pledge: equal and ratable security clause* e *matching security*; - 11. L'inadempimento della *equal and ratable security clause*; - 12. Criticità delle *equal and ratable security clause* e sviluppo delle *automatic security clause*; - 13. Questioni controverse sull'efficacia della *Automatic security clause*.

1. *L'obbligazione negativa in funzione di garanzia: genesi, struttura e funzione della clausola di negative pledge.*

Come diffusamente evidenziato nel capitolo che precede, l'obbligazione negativa si rivela uno strumento di particolare duttilità, prestandosi ad una varietà di applicazioni pratiche teoricamente infinite.

In questo quadro, tra le funzioni che destano maggiore curiosità specie agli occhi dell'osservatore europeo continentale, v'è per certo quella di garanzia dell'obbligazione. L'impiego dell'obbligazione negativa in funzione di garanzia, quasi totalmente sconosciuto alle aree di insegnamento di *civil law*, gode, per converso, di largo riconoscimento in seno agli ordinamenti retti dal sistema di *common law*. Espressione emblematica di tale precipitato logico ben si coglie nel crescente impiego della clausola di *negative pledge* che, su un terreno già dissodato da un diffuso processo di allentamento dal cieco impiego delle forme di garanzia di conio tradizionale, è divenuta, dall'esordio agli inizi del secolo scorso, in breve tempo una clausola *standard* nelle operazioni di finanziamento a medio-lungo termine concluse tra intermediari finanziari e società ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La marcata presenza del fenomeno nella pratica ha avuto notevole riscontro sul piano teorico, al punto che, sulla *negative pledge*, e sui profili ad essa connessi, si è stratificata una letteratura così abbondante che il nudo cenno di tutti gli scritti vertenti sul tema appare assai poco agevole. Ci si limiterà dunque a ricordare, senza pretesa di esaustività, J.R. HETLAND, *Real Property and Real Property Security: The Well-Being of the Law*, in *Cal. L. Rev.*, 53, 1965, pag. 165 ss.; P.F. COOGAN, H. KRIPTE, F. WEISS, *The Outer Fringes of Article 9: Subordination Agreements, Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledges Clauses and Participation Agreements*, in *Harvard Law Rev.*, 79, 1965, pag. 229 ss.; U. REICHMAN, *The Anti-Lien: Another Security Interest in Land*, in *Univ. Of Chicago Law Rev.*, 41, 1974, pag. 685 ss.; A.M. SQUILLANTE, *The pledge as a Security Device*, part VII, in *Comm. Law Journal*, 1983, pag. 331 ss.; A.S. PERGAM, *The Borrower's Perspective on Euroloan Documentation*, in *Int'l. Fin. L. Rev.*, 14, 1983, pag. 14 ss.; M.W. MCDANIEL, *Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?*, in *The business Lawyers*, vol. 38, 3, 1983, pag. 867 ss.; M. BRADFIELD, N.R. JACKLIN, *The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements*, in *Columbia J. Transnat'l. L.*, 23, 1984, pag. 131 ss.; P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loan*, Londra, 1986, pag. 82 ss.; C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective*, in *Am. Bankruptcy*

law Rev., 60, 1986, pag. 153 ss.; N. BOARDMAN, J. CROSTHWAITE, Wither the negative pledge, in J.I.B.L., 3, 1986, pag. 162 ss.; J.H. FARRAR, Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt, in J.H. FARRAR (a cura di), Contemporary Issues in Company Law, Auckland, 1987, pag. 137 ss.; H. MERKEL, Implication of the negative pledge clause in international finance, in Inter'l Business Law Jour., 1987, pag. 675 ss.; D.E. ALLAN, Negative pledge Lending – Dead or Alive? How to Re-invent the Mortgage, in J.I.B.L., 8, 1990, pag. 330 ss.; L.C. BUCHHEIT, Negative Pledge Clauses: The Games People Play, in Int'l Fin. L. Rev., 1990, pag. 10 ss.; J. STONE, Negative pledges and the tort of interference with contractual relations, in Jour. Int. Bank. L., 1991, pag. 310 ss.; J.K. MAXTON, Negative Pledges and Equitable Principles, in Jour. Bus. Law., 1993, pag. 458 ss.; C.H. TAN, Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview, in Sing. Ac. Of Law Jour., 1993, pag. 178 ss.; M. HURLOCK, New Approaches to Economic Development: The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause, in Harvard International Law Journal, vol. 35, n. 2, 1994, pag. 345 ss.; H. TJO, Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce, in Singapore Acad. of Law Jour., 1994, pag. 170 ss.; D. ASIEDU-AKROFI, Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements, in Law & Pol'y in Int'l. Bus., 1995, pag. 407 ss.; P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, in Law and practice of international finance, Londra, 1995, pag. 34 ss. e ID., Comparative Law of Security Interest and Title Finance, in Law and Practice of International Finance, Londra, 2007, pag. 131 ss.; C.S. BJERRE, Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection, in Cornell Law Rev., 84, 1999, pag. 305 ss.; J.R.C. ARKINS, OK – so you've promised, right? The Negative Pledge Clause and the "Security" it Provides, in Jour. Inter. Banking Law, 2000, pag. 198 ss.; D.S. HILL, Basic Mortgage Law. Cases and Materials, Durham, 2001, pag. 92 ss.; A. MCKNIGHT, Restrictions on Dealing with Assets in Financing Documents: Their Role, Meaning and Effect, in Jour. Inter. Banking law, 2002, pag. 193 ss.; J. PATTI, A Negative Pledge to Fit the Securitization, in Int'l Fin. L. Rev., 2004, pag. 42 ss.; G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, Cases and Materials on Real Estate Transfer, Finance, and Development, 6th ed., Portland, 2004, pag. 334 ss.; G. HILL, Negative Pledge with provision for "automatic security" on breach: a form of floating charge?, in Jour. of Int'l. Banking and financial law, 2008, pag. 528 ss.; P. HOOD, Principles of Lender Liability, Oxford, 2012, pag. 377 ss.; N. LIDDANE, Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions, in U.C. Dublin L. Rev., 2013, pag. 71 ss.; E. FERRAN, L.C. HO, Principles of Corporate Finance Law, 2nd ed., Oxford, 2014, pag. 288 ss.; G.S. NELSON, D.A. WITHMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, Real Estate Finance Law, 6th ed., St Paul, 2014, pag. 121 ss.; H. BEALE - Chitty on Contracts with Second Supplement, II, Specific contracts, Londra, 2015, pag. 1436; L. GULLIFER, J. PAYNE, Corporate Finance Law. Principles and Policy, 2ed., Portland, 2015, pag. 200 ss.; A. GUEST, Y.K. LIEW, Guest on the Law of Assignment, 2nd ed., Londra, 2015, pag. 269 ss.; G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral, Cheltenham, 2016, pag. 374 ss.; R. HARDWICK, The negative pledge and disposal restrictions: carve-outs and remedies for breach, in J.I.B.L.F., 2017, pag. 510 ss.; M.W. SIMPSON, A. GROSSMANN, The value of restrictive covenants in the changing bond market dynamics before and after the financial crisis, in Jour. corp. fin., 2017, pag. 314 ss.; A.M. JOHNSON JR., Understanding Modern Real Estate Transactions, 4th ed., Durham, 2018, pag. 130 ss.; S. CONNELLY, Restricting the assignment of receivables: pitfalls for floating charges?, in Jour. of Inter. Banking law finance, 2018, pag. 418 ss.; R. GOODE, L. GULLIFER, Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security, 6th ed., Londra, 2017, pag. 53 ss.; R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K.V. ZWIETEN, C. HARE, T.V. SANTE, Principles of Banking Law, Oxford, 2018, pag. 433 ss. Il tema è invece scarsamente investigato nella dottrina italiana. Decisamente più limitata risulta invece la letteratura domestica sul tema delle *negative pledge*. Tra i nostri, G. PIEPOLI, *Le "garanzie negative"*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2001, pag. 405 ss.; A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pag. 1089 ss.; E.M. CICONI, *Clausola di negative pledge*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, pag. 1255 ss. Sul punto, sia pur limitandosi a fare un cenno alla questione, anche M. CENINI, *Garanzie atipiche*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VIII aggiornamento, Torino, 2013, pag. 305; R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, pag. 170 s.; E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'amministrativa receivership*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 2000, pag. 61 ss.;

Frutto di una felice intuizione della dottrina statunitense ⁽²⁾ – e storicamente impiegata quale pattuizione accessoria della *floating charge* ⁽³⁾ – nella morfologia della *negative pledge* è dato scorgere i tratti di un'obbligazione di *non dare* finalizzata a vietare, in assenza dell'esplicito consenso del creditore ⁽⁴⁾, la costituzione di posizioni di garanzia in favore di terzi finanziatori che, anche solo in potenza, possano postergare il beneficiario del patto negativo nel soddisfacimento delle proprie ragioni ⁽⁵⁾.

Questa pattuizione, ben radicata nella prassi delle contrattazioni degli ordinamenti di lingua inglese, retti dal sistema di *common law*, dà vita ad un modello negoziale di rafforzamento della garanzia patrimoniale indubbiamente nuovo per il *civil law*, privando il creditore di diritti su di uno specifico *asset* del debitore ma riconoscendo, per converso, un incisivo potere di controllo e orientamento delle facoltà proprietarie dell'aderente.

Proprio in considerazione dell'aspetto da ultimo segnalato, che vale a distinguere nettamente la *negative pledge* dal comune repertorio di garanzie dell'obbligazione, è ormai luogo comune sottolineare, nonostante il massiccio impiego nella prassi contrattuale, la scarsa attitudine ad integrare un'efficace forma di garanzia, lasciando al creditore soltanto un'apparenza di protezione.

Sennonché, ad un esame più attento, non è difficile scorgerne la notevole utilità pratica, tenuto anche conto del fatto che la particolare versatilità di cui s'informa, rende la *negative pledge* lo strumento ideale per perseguire una molteplicità di scopi, che variano in base al contesto in cui viene concretamente utilizzata.

Così, nel caso il creditore sia già assistito da una causa di prelazione, la *negative pledge* viene per solito impiegata per implementare l'efficacia della garanzia preesistente. A titolo di esempio, nel caso di compresenza di una *floating charge*, la *negativa pledge*

⁽²⁾ Nonostante non manchino frequenti riferimenti alla *negative pledge* in tutte aree giuridiche del *Commonwealth*, è comune opinione che l'etimo della clausola sia di matrice statunitense, probabilmente entrato in uso su suggerimento di *Palmer's Company Precedents*, (1st ed.), 1887, e poi citata, da Charles J., per la prima volta, in *English and Scottish Mercantile Investment Co Ltd v. Brunton*, 1892, 2 QB 1 at. 9; affd. (1892) 2 QB 70, CA. in questo senso, tra i molti, J.H. FARRAR, *Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt*, cit., pag. 137; *The negative pledge as a security device*, 415, nonché W.J. GOODE, *Company Charges*, 2nd ed., Londra, 1996, pag. 221.

⁽³⁾ H. BEALE - *Chitty on Contracts with Second Supplement*. II-Sweet & Maxwell (2017), punto 39-279 (pari passu and negative pledge clauses). Vedi anche *Re Automatic Bottle Makers Ltd* 1926, ch. 412 CA. La *floating charge* è, in estrema sintesi, una garanzia del credito a natura essenzialmente ambulatoria che assicura, al beneficiario, il diritto su di uno specifico *asset* del patrimonio debitorio soltanto al verificarsi di un determinato evento previsto dai paciscenti, costituito, il più delle volte, dall'inadempimento dell'obbligazione. La stretta correlazione tra *negative pledge* e *floating charge* trova chiara conferma anche nella recente riforma del *Companies Act* 2013 che ha previsto un'autonoma forma di pubblicità della prima laddove sia associata alla *floating charge*. Per un quadro generale sulla *floating charge*, nella copiosa letteratura sviluppatasi in punto, ci si limita a rinviare a W.J. GOUGH, *Company Charges*, 2nd ed., Londra, 1996, *passim*, pag. 52 ss. e 221 ss.; C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective*, in *Am. Bankruptcy Law Rev.*, 60, 1986, pag. 159; R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, Londra, 2003, pag. 110 ss. Per il rapporto tra *negative pledge* e *floating charge*, C.H. TAN, *Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview*, cit., pag. 179 ss. nonché, nella giurisprudenza, *ex multis*, *Pullen v. Abelcheck Pty Ltd* (1990) 20 NSWLR 732

⁽⁴⁾ Consenso che, secondo prassi consolidata, viene manifestato dal creditore in forma scritta.

⁽⁵⁾ Alla luce del peculiare effetto ad essa associato, in dottrina è consueto riferire alla *negative pledge* in termini di *first-me-rules*, in guisa da accentuare l'effetto di protezione dalla stessa scaturente. In questo senso, E. FAMA, M. MILLER, *The Theory of Finance*, Philadelphia, 1972 *passim*.

consente da un lato di preservare la posizione di priorità del creditore e, dall'altro, la possibilità per l'obbligato di proseguire nell'esercizio dell'attività d'impresa senza vincolare, in favore del creditore, alcun *asset* del patrimonio ⁽⁶⁾.

Volgendosi invece al contesto dei finanziamenti *unsecured*, da sempre terreno di maggiore diffusione della *negative pledge*, funzione e scopo variano a seconda che la pattuizione in esame costituisca il solo espediente a disposizione del creditore per tutelare la propria posizione ovvero che quest'ultimo, pur potendo scegliere tra un ampio ventaglio di strumenti, si orienti volontariamente in tale direzione.

Quanto al primo caso, impedendo al debitore di porre in essere operazioni negoziali in grado di postergare il soddisfacimento del creditore, la *negative pledge* si rivela decisiva non soltanto per assicurare equità nel trattamento dei creditori appartenenti alla medesima classe, ma anche per garantire una più efficace conservazione del valore e della consistenza del patrimonio debitorio ⁽⁷⁾.

Ciò appare evidente anche solo considerando che il potere di veto riconosciuto al creditore consente di limitare, e al tempo stesso orientare, l'attività negoziale dell'obbligato, rimettendo al primo la facoltà di autorizzare, a propria discrezione, le sole operazioni negoziali reputate non pregiudizievoli alla consistenza e al valore della garanzia patrimoniale.

Di minore evidenza invece, quantomeno per l'osservatore europeo continentale, le ragioni a sostegno dell'impiego della *negative pledge* quale valida alternativa al comune repertorio di garanzie dell'obbligazione.

Orientando gli sforzi nel riportare a tale vicenda una proprietà di significazione giuridica, e senza cadere nella tentazione di ridurre il discorso a un afflato di crisi di razionalità nel capitalismo maturo ⁽⁸⁾, può in prima battuta evidenziarsi come proprio l'elemento di debolezza della *negative pledge*, ossia il mancato riconoscimento, in favore del creditore, di diritti su specifici *assets* del debitore, si rivela, al tempo stesso, il suo punto di forza.

La *negative pledge* infatti, non rientrando nel novero dei *security interest*, non risente del sistema solenne e formalistico proprio del catalogo delle garanzie tipiche, consentendo alle parti negoziali di fruire di uno strumento che si presta ad essere liberamente plasmato, nella forma, contenuto e funzione, in base alle specifiche esigenze del caso concreto ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ come già osservato, la *floating charge* è la più comune tra le garanzie che operano in concerto con la *negative pledge*. Cfr., sul punto, le considerazioni di P.R. WOOD, *Comparative Law of Security Interest and Title Finance*, in *Law and Practice of International Finance*, Londra, 2007, pag. 136, il quale nota che, nella prospettiva qui considerata, la *negative pledge* appare utile anche per evitare che il creditore junior possa agire in via esecutiva nei confronti del debitore in un momento non adatto per il creditore senior, oppure, nel caso di compresenza di una *floating charge*, per evitare che il creditore *junior* possa ottenere una priorità nel caso di cristallizzazione della garanzia..

⁽⁷⁾ G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, *Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral*, cit., pag. 375.

⁽⁸⁾ Per un'acuta analisi di tale complessa problematica si rinvia, soprattutto, alla precisa ricostruzione di J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spatkapitalismus*, 1973, trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1975.

⁽⁹⁾ come risulterà dall'esposizione successiva si è assistito, specie nelle più recenti stagioni, alla diffusione, nella prassi commerciale, di numerose varianti della *negative pledge*, comunemente ascritte sotto l'etichetta unitaria di *affirmative-negative pledge*.

La preferenza rispetto alla conservazione della condizione di chirografario può inoltre giustificarsi, specie nelle aree di *common law*, in tutti i casi in cui il creditore intenda sottrarsi dall'osservanza delle articolate normative che assistono le tradizionali garanzie del credito e sovente reputate pro-debitore ⁽¹⁰⁾, in luogo di procedure esecutive più snelle e meno onerose ⁽¹¹⁾.

In quest'ultima prospettiva, limitandoci qui a offrire un solo esempio, il più significativo a nostro parere, si pensi all'articolata disciplina della c.d. *one-action rule* che, oltre a precludere la possibilità di esperire multiple azioni esecutive nei confronti del debitore in relazione alla medesima posta di debito, vincola il creditore assistito da un *mortgage* a procedere in prima battuta sul bene sul quale insiste il gravame e, soltanto dopo averne esaurito il valore, di rivalersi sugli altri *assets* del debitore per la parte di credito rimasta insoddisfatta.

In tale luce, posto che non di rado il creditore si affida, piuttosto che sul valore della proprietà costituita in garanzia, sul capitale netto del debitore, è d'immediata evidenza che imporre un'azione esecutiva di tal guisa costituisce un'operazione, oltre che dispendiosa, in grado di imporre una dilatazione, talvolta notevole, delle tempistiche necessarie per il soddisfacimento delle ragioni creditizie ⁽¹²⁾.

2. La negative pledge nel contesto dei finanziamenti sovranazionali.

Nonostante quello dei finanziamenti tra privati e intermediari finanziari sia il settore da sempre pensato come suo tradizionale e naturale riferimento, è nondimeno riscontrabile un massiccio impiego delle *negative pledge* anche nel contesto dei finanziamenti del settore pubblico che, anzi, ha contribuito significativamente alla rapida diffusione dello strumento nel contesto internazionale ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr., A.M. JOHNSON JR., *Understanding Modern Real Estate Transactions*, cit., pag. 130. Per un'esauritiva disamina di vantaggi e svantaggi dipendenti dall'impiego del *mortgage* quale garanzia dell'obbligazione si veda G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, *Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral*, cit., pag. 347 ss. mentre per uno sguardo di più ampio respiro sul tema delle *hidden secured transactions* e dei vantaggi ad esse connessi, si veda per tutti la sintetica ma puntuale ricognizione di J.R. HETLAND, *Secured Real Estate Transactions*, cit. pag. 66 s.

⁽¹¹⁾ Elemento, quest'ultimo, decisivo specie nel contesto delle operazioni di finanziamento in favore di imprese che agiscono su mercati internazionali, ove i costi connessi all'assunzione di una garanzia del credito tradizionale sono per solito considerevoli. Costi che, soprattutto nel caso in cui il finanziato abbia una situazione finanziaria che assicuri una certa solvibilità, il creditore preferisce evitare. Così, L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, cit., pag. 201

⁽¹²⁾ S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, 6th ed., 2014, pag. 712; J.R. HETLAND, *Secured real estate transactions*, 1974, pag. 73; S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, 6th ed., 2014, pag. 710.

⁽¹³⁾ Limitandosi a fare un esempio significativo, si pensi all'accordo tra Stati Uniti d'America e Nazioni Unite del 23 marzo 1948 che, all'art. 6, recita "*The United Nations agrees that (...) it will not, without the consent of the United States, while any of the indebtedness incurred hereunder is outstanding and unpaid, create any mortgage, lien or other encumbrance on or against any of its real property in the headquarters districts (...). The United Nations also agrees that the United States, as a condition to giving its consent to any such disposition or encumbrance, may require the simultaneous repayment of the balance of all its installments remaining unpaid hereunder.*". Per un'esauritiva panoramica su quest'ultimo accordo e, più in

In questa prospettiva ne offrono un esempio i finanziamenti della *World Bank*, impegnata ad erogare somme significative soprattutto in favore di realtà economiche in via di sviluppo.

Senza enfatizzare l'osservazione si può infatti riconoscere che il ruolo chiave della *World Bank* nello sviluppo economico delle citate realtà si è acuito, soprattutto nelle più recenti stagioni, al crescere della diffidenza dei privati verso tale tipo di operazioni, anche in ragione delle ingenti perdite registrate durante le crisi degli anni 80 del Novecento.

Diffidenza che ha sollecitato la *World Bank*, per il tramite della *International Bank for Reconstruction and Development* (IBRD) nonché della *International Development Association* (IDA) ⁽¹⁴⁾ a farsi carico della complessa situazione finanziaria di dette realtà, erogando massicci finanziamenti anche allo scopo di incoraggiare nuovamente i prestiti e le operazioni commerciali dei privati ⁽¹⁵⁾.

Nonostante le ingenti somme erogate, è assai infrequente che la *World Bank* richieda ai soggetti finanziati il rilascio di specifiche guarentigie a garanzia del corretto adempimento delle obbligazioni assunte ⁽¹⁶⁾, avvalendosi unicamente della *negative pledge* allo scopo di evitare la postergazione delle proprie ragioni in favore di terzi creditori sopravvenuti ⁽¹⁷⁾.

generale, sull'impiego della *negative pledge* nel contesto dei finanziamenti intergovernativi si rinvia a D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 414 ss.

⁽¹⁴⁾ La *World Bank* si compone di cinque differenti organizzazioni internazionali: la *International Bank for Reconstruction and Development* (IBRD), l'*International Development Association* (IDA), l'*International Finance Corporation* (IFC), la *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) e l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

⁽¹⁵⁾ M. HURLOCK, *New Approaches to Economic Development: The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause*, cit., pag. 345.

⁽¹⁶⁾ Le ragioni di tale circostanza sono variamente identificate in dottrina. Secondo alcuni vi sarebbe l'erronea convinzione che le nazioni sarebbero esenti dal fallimento. Così, D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit. pag. 408, mentre per altri la mancanza di specifiche garanzie ad assistere i finanziamenti tra realtà governative sarebbe da imputarsi all'eccessivo affidamento sui giudizi di merito creditizio rilasciati da apposite agenzie come da un'accentuata competitività tra Stati. Così, G. BELL, *The Eurodollar Market and the International Financial System*, 1973, pag. 39.

⁽¹⁷⁾ D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 426. Un esempio è offerto dalla sezione (o è 6.02(a)) 9.03 del *World Bank's General Conditions Applicable to Loans and Guarantee Agreements*, che stabilisce "It is policy of the Bank, in making loans to, or with the guarantee of, its members not to seek, in normal circumstances, special security from the member concerned but to ensure that no other external debt shall have priority over its loans in the allocation, realization or distribution of foreign exchange held under the control of or for the benefit of such member". Per altro verso, nel caso in cui, a seguito delle apposite verifiche, sia accertata la sussistenza di preesistenti creditori, per solito la *World Bank* impone che le posizioni di debito preesistenti vengano postergate, nel soddisfacimento, alle proprie ragioni creditizie, ovvero, mediante il ricorso alla clausola di *pari passu*, che siano poste sullo stesso piano del credito della banca. Così, M. BROCHES, *See Legal Problems and Techniques Concerning Repayment*, in J. Seymour (a cura di), *Foreign Development Lending – Legal Aspects*, 1971, pag. 259. Per un quadro generale sull'impiego della *negative pledge* nei prestiti tra entità governative e sovranazionali cfr. N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 88 ss.; A. COOPER, *The World Bank's negative pledge clause: implications for major energy and infrastructure project development and finance*, in *Jour. Intern. Banking fin. Law.*, 2015, pag. 167 ss.; D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 425 ss.; M. HURLOCK, *New Approaches to Economic Development The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause*, cit., pag. 345 s., il quale non manca di notare che sebbene la scelta di impiegare la *negative pledge* ha costituito una notevole paratia per l'afflusso di capitali privati

In siffatto contesto la *negative pledge* si rivela di particolare utilità poiché, impedendo al soggetto finanziato di rilasciare, in favore di terzi finanziatori, garanzie sugli *assets* del proprio patrimonio, previene la creazione di categorie di creditori privilegiati e, al tempo stesso, preserva consistenza e valore agli *assets* del patrimonio debitorio ⁽¹⁸⁾.

Risulta ancora episodico, nel contesto sovranazionale, l'impiego della *negative pledge* in sede di emissione di *bonds pubblici*. In tale scenario, peraltro, è utile osservare che la sua funzione non è quella, che si è già avuto occasione di segnalare, di assicurare al finanziatore il mantenimento di una posizione di preferenza rispetto ad altri creditori, bensì di calmierare il prezzo dei titoli. Difatti, l'immissione sul mercato di valori mobiliari formalmente identici a quelli già in circolazione ma assistiti da garanzia potrebbe impattare negativamente sul valore di quelli non garantiti, pregiudicando indirettamente anche gli interessi degli obbligazionisti, i quali si troverebbero a disporre di *bonds* meno appetibili sul mercato e, quindi, di minor valore ⁽¹⁹⁾.

3. Negative pledge e pari passu.

La crescente importanza assunta dalla *negative pledge* nel contesto dei finanziamenti societari ha comportato, tra le altre cose, anche una sostanziale sfumatura del significato proprio dell'espressione. Si è infatti assistito, tanto nella letteratura giuridica quanto nella pratica applicativa, a una migrazione della terminologia dal suo contesto originale, al punto che, non di rado, l'espressione si rivela allusiva non a una fattispecie giuridica ben definita, catalogando piuttosto, sotto un'etichetta unitaria, figure e fenomeni assai eterogenei ⁽²⁰⁾.

verso i paesi in via di sviluppo beneficiari di finanziamenti della *World Bank* o della EBRD. Ciò in quanto l'impossibilità, per il finanziato, di costituire garanzie in favore dei potenziali finanziatori ne ha scoraggiato la partecipazione, in virtù degli alti rischi di default.

⁽¹⁸⁾ D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 422. È da osservare che la *negative pledge* nel contesto dei finanziamenti della *World Bank*, se da un lato si rivela uno strumento particolarmente efficace per scongiurare che terzi finanziatori sopravvenuti possano assumere una posizione di preferenza rispetto a quest'ultima, per altro verso essa limita fortemente la possibilità, per gli stati finanziati, di attirare investimenti per le operazioni di finanza di progetto. In questo senso, per più ampie riflessioni, cfr. K. BARTH, *Getting the World Bank Out of Development's Way: The Case for a Project Finance Exception to the World Bank Negative Pledge Clause*, 2018, disponibile al link: <http://ssrn.com>.

⁽¹⁹⁾ Nel medesimo senso anche J. PAYNE, L. GULLIFER, *Corporate Finance Law. Principles and policy*, cit., pag. 202, i quali osservano che la *negative pledge* impedisce l'emissione sul medesimo mercato di titoli garantiti che renderebbero meno attrattivi e, di conseguenza, di minor valore, i titoli non assistiti da garanzie. Vedi anche R. GOODE, L. GULLIFER, *Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security*, cit., pag. 54, nt. 400. In tale prospettiva la *negative pledge* si pone quale valida soluzione privatistica ad un problema di origine sociale, ossia l'equilibrio del mercato del prezzo dei titoli obbligazionari di emissione statale.

⁽²⁰⁾ Avuto riguardo alla disciplina societaria sono numerose le intese a contenuto restrittivo frequentemente impiegate nella prassi applicativa. Così, oltre alla *negative pledge*, si pensi alle convenzioni con cui si limita l'ammontare dei dividendi che la società può pagare in sede di approvazione del bilancio, quelle che precludono operazioni di fusione con determinate società o quelle che precludono di assumere ulteriori finanziamenti a medio-lungo periodo. Per un quadro sulle intese restrittive in prospettiva del costo del debito, cfr. S.A. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J. JAFFE, *Corporate Finance* 8th ed., New York, 2006, pag. 463. Per i vantaggi legati all'impiego delle intese restrittive si veda R.C. NASH, J.M. NETTER, A.B. POULSEN,

Ipostasi di questa prospettiva, a tacer d'altro, ben si rinviene volgendo lo sguardo alla clausola di *pari passu* che, in apparenza espressiva di un meccanismo legale non dissimile da quello della *negative pledge*, viene frequentemente confusa con quest'ultima, sebbene, come risulterà dall'esposizione che segue, presenti peculiarità tali da consentirne una netta distinzione ⁽²¹⁾.

Originata nel contesto dei debiti sovrani ⁽²²⁾, ma nelle più recenti stagioni impiegata frequentemente anche nell'ambito di finanziamenti bancari *syndicated* ⁽²³⁾, elemento qualificante della fattispecie è la promessa di adempiere l'obbligazione del beneficiario senza postergarla ad altre obbligazioni, non solo esistenti ma anche future, parimenti non assistite da cause di prelazione ⁽²⁴⁾.

Determinants of contractual relations between shareholders and bondholders: investment opportunities and restrictive covenants, in *Journ. Of Corporate Finance*, 9, 2003, pag. 201 ss.

⁽²¹⁾ Pone l'accento su tale aspetto, evidenziando come non sempre, nella prassi delle contrattazioni, la tecnica di redazione della *pari passu* sia rispondente alla natura e funzione ad essa riconosciuta, A. MANZANARES SECADES, El desenvolvimiento de la vida de una financiación sindicada, circunstancias sobrevenidas y supuestos de incumplimiento: la protección de los acreedores, in A. MANZANARES SECADES (a cura di), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Navarra, 2017, pag. 429 ss. Sulla *pari passu* la letteratura è assai copiosa. Poiché tuttavia sarebbe di scarsa utilità procedere con la rassegna di tutti gli autori che si sono occupati della questione, ci si limita a rinviare, per tutti, a P.R. WOOD, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, cit., pag. 41 s.; L.C. BUCHHEIT, *The pari passu clause sub specie aeternitatis*, in *Inter. Financ. Law Rev.*, 1991 e, più recentemente, R. OLIVARES-CAMINAL, *To Rank Pari Passu or not to Rank Pari Passu: that is the Question in Sovereign Bonds*, 2008.

⁽²²⁾ A titolo esemplificativo, si pensi alla *pari passu* contenuta negli accordi di emissione di *bonds* argentini. Sul punto, S. PATERSON, R. ZAKRZEWSKI, (a cura di), *Mcknight, Paterson and Zakrzewski on the law of international finance*, Oxford, 2017, pag. 183. Per approfondimenti sulla storia e l'evoluzione della *pari passu* nello scenario dei debiti sovrani si veda la precisa ricostruzione di L.C. BUCHHEIT, J. PAM, *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, in *Emory Law Journal*, 2004, pag. 871 ss., nonché le considerazioni di U. VAROTIL, *Sovereign Debt Documentation: Unraveling the Pari Passu Mystery*, in *DePaul Bus. & Com. L.J.*, 2008, pag. 119 ss.

⁽²³⁾ Con l'espressione si identificano quei finanziamenti erogati da un consorzio di istituti finanziari in favore di un unico beneficiario, rappresentato generalmente da una grande società, un'autorità governativa straniera, finalizzati a fornire la provvista per la realizzazione di uno specifico progetto economico. Tali prestiti sono particolarmente diffusi poiché consentono di partecipare ad operazioni negoziali che, in condizioni normali, richiederebbero un investimento troppo ampio per poter essere sostenuto da un unico finanziatore. Inoltre, la partecipazione di più finanziatori consente di ripartire il rischio di insolvenza su più soggetti e di poter partecipare, non diversamente dai consorzi di impresa, a progetti che potrebbero essere troppo impegnativi per un unico soggetto. Sulla definizione di operazioni *syndicated*, e sulla distinzione con il "*pool*" e le "*joint-venture*", P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loan*, cit., pag. 80.

⁽²⁴⁾ Le ragioni della massiccia diffusione della *pari passu* nella prassi commerciale internazionale vanno principalmente ricercate nel fatto che l'impianto normativo di talune realtà giuridiche consente di subordinare il soddisfacimento dei creditori esistenti, in assenza di un espresso consenso in tal senso, a discapito dell'adempimento di obbligazioni contratte con finanziatori sopravvenuti. Ne costituisce un chiaro esempio la normativa delle Filippine, che consente, previa notarizzazione del rapporto di debito, di rendere tali pattuizioni privilegiate nel soddisfacimento rispetto ad ogni altra obbligazione del debitore, pur precedente, che non sia stata notarizzata. Sul punto si rinvia alle puntuali considerazioni di L.C. BUCHHEIT, S.D. MARTOS, *What to do about Pari Passu*, in *Jour. Inter. Banking and financial law*, 2014 *passim*, nonché L.C. BUCHHEIT, J. PAM, *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, cit., pag. 869, 903-904, che indicano come tale possibilità era concessa anche in Spagna, procedendo alla notarizzazione del finanziamento nei modi previsti dalla legge. Nella medesima direzione si pone anche l' "*Encouraging Company Rescue*" del *Department of Business and Innovation Skills* (DBIS) che, tra le proposte per riformare la disciplina fallimentare del Regno Unito, ipotizza anche la possibilità, per la società, di costituire posizioni di garanzia con priorità assoluta su tutti i creditori privilegiati preesistenti, senza il consenso di quest'ultimi. La proposta, che ha suscitato non poche reserve nella dottrina, varrebbe dunque

L'assenza di condizionamenti del dato positivo nonché la diffusa tendenza alla formulazione di clausole di *pari passu* in modo assai vago e generico ⁽²⁵⁾, hanno sollevato, tra gli interpreti, più di un'incertezza in ordine al valore precettivo da attribuire alla clausola.

Venendo qui a considerare la questione nei suoi termini essenziali, e obliando le posizioni intermedie, in punto possono distinguersi almeno due correnti interpretative.

Secondo una prima impostazione, c.d. *ranking interpretation*, la *pari passu* imporrebbe la mera parificazione di grado delle poste di debito, ordinando all'obbligato di non postergare il soddisfacimento dell'obbligazione assistita dalla *pari passu* all'adempimento di tutte le altre, presenti e future, parimenti non assistite da garanzie.

Orientandosi invece secondo le coordinate ermeneutiche fatte proprie dalla c.d. *payment interpretation*, la formula della *pari passu* avrebbe una portata precettiva assai più estesa, posto che, oltre all'osservanza di un dovere omissivo, imporrebbe implicitamente all'obbligato anche un impegno a contenuto positivo. Secondo tale impostazione difatti, a fronte dell'incapacità del debitore di adempiere, nella totalità, alle obbligazioni assunte, verrebbe imposto il soddisfacimento *pro rata* delle stesse, sì da non arrecare pregiudizio al creditore assistito dalla *pari passu* ⁽²⁶⁾.

Anche ad uno sguardo superficiale appare evidente che la soluzione di questa antinomia non assume valore squisitamente teorico, non foss'altro che dal prevalere dell'una o dell'altra impostazione discendono conseguenze sul piano pratico affatto assimilabili.

Se, infatti, orientandosi secondo la prima ricostruzione vengono delineati i contorni di un'obbligazione meramente negativa, per la *payment interpretation* l'effetto della clausola è assai più marcato, posto che, al divieto di postergare il soddisfacimento di un determinato creditore in favore di terzi, si aggiunge altresì l'obbligo, nel caso in cui non sia possibile adempiere per l'intero tutte le poste passive, di procedere ad un contestuale adempimento parziale delle stesse.

Sebbene allo stato attuale non vi sia un orientamento che prevalga nettamente sull'altro, sembra nondimeno godere di maggior credito, quantomeno nell'area del *common law* anglosassone, la c.d. *ranking interpretation*.

Ciò appare condivisibile poiché la *pari passu* costituisce pur sempre un'obbligazione negativa finalizzata a preservare l'ordine di soddisfacimento dei creditori appartenenti

a consentire la postergazione del creditore preesistente nel soddisfacimento delle proprie ragioni, circostanza che può essere invece scongiurata dal ricorso alla negative pledge. Per un'analisi, anche critica, sull'*Encouraging Company Rescue*, si veda per tutti G. YEOWART, *Encouraging Company Rescue: What Changes are Required to UK Insolvency Law*, *Law & Fin. Mkt. Rev.*, 3, 2009, pag. 517 ss.

⁽²⁵⁾ La clausola viene sovente formulate nei termini che seguono: "*The bonds rank, and will rank, pari passu in right of payment with all of the Issuer's present and future unsubordinated External Indebtedness*". Cfr., S. PATERSON, R. ZAKRZEWSKI, (a cura di), *Mcknight, Paterson and Zakrzewski on the law of international finance*, cit., pag. 182; R. CRANSTON, *Principles of banking law*, 3rd ed., pag. 440

⁽²⁶⁾ L. BURN, *Pari passu clauses: English law after NML v. Argentina*, in *Capital Market Law Journal*, 9, 2014, pag. 2 ss. Cfr., P.R. WOOD, *Pari Passu Clauses – what do they mean?*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2003, pag. 4, secondo cui la *pari passu* impedisce al finanziato di effettuare qualsiasi pagamento in favore di altri creditori a meno che non effettui il pagamento in favore del creditore beneficiario della clausola

alla medesima classe, sicché imporre all'obbligato una particolare modalità di adempimento costituisce un'opzione esegetica che ne trascende il significato. A sostegno di ciò va anche considerato che una diversa interpretazione si porrebbe in netta antitesi con il fondamentale canone, accolto dalle corti inglesi, secondo cui, in presenza di un contratto il cui contenuto si presta ad una duplicità di interpretazioni, è da preferirsi quella più in linea con il comune senso della pratica commerciale, senza approfondire sforzi nel dimostrare che una certa clausola o sintagma potrebbero produrre risultati assurdi o irrazionali ⁽²⁷⁾.

All'esito del processo di *reverse engineering* svolto, se può senz'altro riconoscersi un certo parallelismo tra *pari passu* e la *negative pledge*, sarebbe erroneo affrettarsi a concludere per una sovrapposizione tra le due fattispecie, posto che il significato della distinzione tra le stesse, per quanto la materia formi oggetto di dispute, è nei suoi termini essenziali molto semplice.

Invero, pur strutturandosi entrambe quali obbligazioni a contenuto negativo finalizzate a garantire una posizione di eguaglianza tra i creditori, l'una limita la capacità di indebitamento del finanziato vietando la costituzione di posizioni di garanzia in favore dei terzi, mentre l'altra, quantomeno orientandosi secondo le indicazioni della *ranking interpretation*, ha effetti assai più limitati, precludendo all'obbligato la sola possibilità di postergare il soddisfacimento di una determinata obbligazione a discapito di altre, presenti e future, parimenti non assistite da cause di prelazione ⁽²⁸⁾.

Da questa coniugazione ne discende che la *pari passu* non limita la capacità di indebitamento dell'obbligato né, tantomeno, la possibilità di costituire nuove posizioni di garanzia in favore di terzi, salvo che, procedendo in tal senso, ne risulti postergato il soddisfacimento del creditore assistito dalla *pari passu* ⁽²⁹⁾.

4. Contenuto della prestazione omissiva oggetto della negative pledge.

⁽²⁷⁾ A conforto di queste considerazioni possono invocarsi anche ragioni di carattere pratico. Invero, anche laddove il testo contrattuale della *negative pledge*, causa la genericità della tecnica di formulazione, presti il fianco ad una duplicità di interpretazioni, la tendenza del *case law* anglosassone è orientata nel ritenere che, nel caso in cui un contratto si presti ad una duplicità di interpretazioni, sia da preferire quella che appare più in linea con il comune senso della pratica commerciale, senza approfondire sforzi nel dimostrare che una certa clausola o sintagma potrebbero produrre risultati assurdi o irrazionali. Cfr., *Rainy Sky SA v. Kookmin Bank* (2011) UKSC 50. Cfr., sul punto, L. BURN, *Pari passu clauses: English law after NML v. Argentina*.

⁽²⁸⁾ A quanto detto va altresì aggiunto che le fattispecie in esame di distinguono nettamente anche sotto il profilo rimediale. Se infatti la *pari passu*, ove inadempita, consente al creditore di agire con l'azione risarcitoria ovvero, sebbene non vi sia concordanza di opinioni sul punto, per il rilascio di un'*injunction*, gli espedienti a disposizione del creditore assistito dalla *negative pledge* sono assai più numerosi, comprendendo altresì la possibilità di agire nei confronti del terzo per ottenere il risarcimento del danno subito. Cfr., L. BURN, *Pari passu clauses: English law after NML v. Argentina*, cit., pag. 8.

⁽²⁹⁾ Proprio in ragione della diversa funzione della *pari passu* e della *negative pledge*, ciò spiega come mai, non di rado, esse vengono utilizzate simultaneamente, sì da rafforzare ulteriormente la tutela per il creditore non assistito da privilegi. Cfr., R. HARDWICK, *The negative pledge and disposal restrictions: carve-outs and remedies for breach*, cit., pag. 510.

Da quanto sinora osservato emerge come il *quid proprium* della *negative pledge*, ovvero sia l'imposizione di un dovere d'inerzia teso a precludere la possibilità di costituire garanzie in favore di terzi senza il previo consenso del creditore, modifica sensibilmente il meccano mentale dell'obbligato, condizionandone e orientandone l'attività sociale in virtù dell'accentuata limitazione della capacità di indebitamento ⁽³⁰⁾.

A discapito dell'apparente linearità del meccanismo legale descritto, le peculiarità della condotta inerziale, unitamente ai sensibili effetti sulla libertà di autodeterminazione dell'obbligato, hanno sollecitato più di un interrogativo, tanto in seno alla scienza giuridica quanto nella pratica applicativa, sull'esatta portata del divieto.

Incertezze che si alimentano, non va sottaciuto, anche dal silenzio serbato dal legislatore in punto di disciplina, posto che i riferimenti alla *negative pledge* nel dato positivo risultano assai rari e perlopiù indiretti.

A riprova di quanto osservato basti volgere uno sguardo del tutto cursorio all'art. 9-401(b) dell'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.) che, recante la disciplina generale sulle intese finalizzate ad imporre limitazioni all'impiego degli *assets* come collaterali di altre obbligazioni, si limita a precisare che l'atto di trasferimento compiuto in spregio al divieto non è da reputarsi privo di effetti sul piano giuridico ⁽³¹⁾, lasciando tuttavia insoluto tanto l'inquadramento dommatico della fattispecie quanto i limiti entro cui l'autonomia delle parti può operare nel plasmare tale strumento ⁽³²⁾.

Posto dunque che sarebbe vano cercare, nella letteratura di *common law*, una impostazione del problema in termini di normativa legale, d'uopo concludere che la *negative pledge* costituisce uno schema aperto, sottratto dal rispetto di formule sacramentali nonché dall'osservanza di stringenti vincoli normativi, assicurando ai paciscenti la possibilità di modularne liberamente il contenuto in base alle esigenze del caso concreto.

⁽³⁰⁾ Per un esempio, si veda T.C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and The Classification of Financing Devices*, cit., pag. 292, che riporta la seguente formulazione: "*Debtor shall not assign, grant a security interest in, nor allow any lien to attach to the Collateral in favor of any person other than Lender unless authorized by Lender. Debtor shall defend the Collateral against adverse claims or, if Lender elects to do so, shall render such assistance as Lender may request*".

⁽³¹⁾ Da ciò ne discende che le garanzie costituite in favore del terzo in spregio della *negative pledge* sono perfettamente valide ed efficaci. Cfr., G. MCCORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge, 2003, pag. 232; P.R. WOOD, *Comparative Law of Security interest and Title Finance*, cit., 16-032

⁽³²⁾ Lo *statute law* si cui s'informa l'ordinamento giuridico statunitense, del quale l'esperienza codificatoria dell'*Uniform Commercial Code* ne costituisce una delle più nitide manifestazioni, ha condotto alcuna dottrina a rilevare, diversamente da quel che accade nell'ambito del diritto anglosassone, un minore distacco delle realtà statunitensi dai sistemi giuridici continentali, assumendo un valore sistematico sempre più accentuato. Cfr., per maggiori considerazioni sul punto, F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, pag. 7. Ad ogni buon conto, sebbene anche nelle aree giuridiche di lingua inglese sia in via di graduale superamento l'eccezionalità della normativa legale, sarebbe nondimeno vano cercare, nella letteratura di *common law*, una impostazione del problema della *negative pledge* in termini di tipo legale, posto che, non costituendo una garanzia inquadrabile nel comune repertorio consuetudinario, la regolamentazione del fenomeno giuridico è affidata, essenzialmente, all'impulso della dottrina e della giurisprudenza

Quand'è così, se la *negative pledge*, nella sua impostazione tradizionale, limita la capacità di indebitamento del solo obbligato, nessun ostacolo si frappone alla possibilità di imporre il rispetto delle medesime restrizioni anche a soggetti legati al primo da un rapporto di connessione, controllo o dipendenza ⁽³³⁾.

Al tempo stesso, in luogo di previsioni contrattuali generiche ⁽³⁴⁾, ai paciscenti è consentito individuare gli specifici beni sui quali si intende vietata la possibilità di costituire garanzie, nonché di prevedere, nell'ottica di un inquadramento più puntuale della condotta omissiva, le singole operazioni negoziali precluse all'obbligato in assenza del previo consenso del creditore.

Tale peculiare manifestazione dell'autonomia contrattuale, ovverosia la precisa determinazione del contenuto del dovere d'inerzia imposto all'obbligato, costituisce uno degli aspetti maggiormente investigati nella letteratura stratificatasi in punto di disciplina, anche in ragione della significativa evoluzione della clausola registrata nel più recente passato.

Nelle sue prime elaborazioni, infatti, la *negative pledge* veniva impiegata al solo scopo di circoscrivere la possibilità di costituire garanzie dell'obbligazione ricalcanti i modelli previsti dalla legge, *id est*, rimanendo nelle aree di insegnamento di *common law*, *mortgage*, *pledge*, *charge*, *lien* e relative declinazioni.

Approccio, quello descritto, perfettamente coerente con gli scenari coevi allo sviluppo della *negative pledge*, connotati da un processo di globalizzazione economica ancora agli albori nonché da un contesto giuridico assai meno articolato di quello attuale.

Nelle più moderne stagioni tuttavia, parallelamente al crescente impiego di strumenti atipici di garanzia dell'obbligazione, si è imposto un ripensamento del contenuto della

⁽³³⁾ Per un esempio, cfr. *Re Associated Gas and Electric Co* 61 F Supp 11 (SDNY 1944), che ha riconosciuto violati i termini della *negative pledge* allorquando, nell'ambito di un'operazione di riorganizzazione di un'impresa di famiglia, i soci hanno trasferito ad una *newco* dalla stessa controllata quasi tutti gli *assets* della prima, per poi emettere obbligazioni garantite dai medesimi *assets*.

⁽³⁴⁾ Nella prassi è comune, nella tecnica di formulazione del precetto, impostare la *negative pledge* in modo tale da precludere la costituzione e l'insorgere di posizioni di garanzia su qualunque *assets*, presente o futuro, componente il patrimonio debitorio, sicché, in tale prospettiva, le *negative pledge* di cotale fattura potrebbero definirsi *omnibus*, da contrapporre a quelle che circoscrivono in modo più preciso l'ambito di operatività del divieto. A titolo di esempio, si consideri il modello di *negative pledge* riportata da P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, cit., pag. 82: "*The Borrower will not and will procure that none of its subsidiaries will, create or permit to subsist any encumbrance on the whole or any part of the respective present or future assets of the borrower or any such subsidiary, except for (...)*". A riguardo di tale ultimo aspetto vale la pena aggiungere che, sebbene frequentemente la *negative pledge* sia diretta a vincolare l'obbligato a non costituire posizione di garanzia su tutti gli *assets* del suo patrimonio, la tendenza, anche in quelle dal contenuto più ampio, è di circoscrivere tale dovere d'inerzia ai soli *fixed assets*. Così, M.W. MCDANIEL, *Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?*, cit., pag. 868. Con l'espressione, o con l'equivalente "*tangible assets*" o PP&E (*property, plant and equipment*) si suole far riferimento a immobili, impianti e macchinari che non possono facilmente essere convertiti in poste liquide, il cui costo, secondo gli IAS 16 (*International Accounting Standard*) può essere misurato in modo affidabile. I *fixed assets* possono poi distinguersi in ulteriori sottocategorie: *freehold assets*, la cui proprietà è acquisita e che possono essere liberamente utilizzati e goduti, e i *leasehold assets*, che per contro sono quelli di cui si ha il mero godimento per un determinato periodo di tempo. Ai *fixed assets* si contrappongono invece i *current assets*, come il denaro e i conti bancari, che descrivono invece le poste liquide.

negative pledge si dà non esaurirne il valore precettivo entro gli angusti confini del decalogo di garanzie dell'obbligazione di conio tradizionale.

Così, all'esito del citato processo di elefantiasi della topografia delle garanzie del credito, si è assistito, secondo modalità che costituiscono tutt'ora un campo aperto d'indagine, alla rapida diffusione di peculiari tipologie di *negative pledge* che, pur inalterate nelle linee essenziali, si strutturano in maniera tale da precludere, oltre al rilascio del comune repertorio consuetudinario di garanzie dell'obbligazione, financo il ricorso a tutti quegli strumenti negoziali che, pur non informati d'una causa di garanzia, si prestano, anche solo in potenza, a costituire in favore del beneficiario una posizione di preferenza nel soddisfacimento delle proprie ragioni ⁽³⁵⁾.

La più vistosa manifestazione di tale processo ben coglie considerando la propensione, nella tecnica di formulazione del precetto, ad imporre, oltre al divieto di costituire *mortgage, pledge, lien e charge*, altresì il ricorso al *set-off*, ai *flawed asset arrangements* ⁽³⁶⁾ ai contratti di *sale and lease back* ⁽³⁷⁾ o alla cessione dei crediti derivanti da operazioni di *factoring* ⁽³⁸⁾.

La propensione al perfezionamento di *negative pledge* dal contenuto assai più articolato ha sollevato, tra gli studiosi moderni, questioni interpretative di non lieve momento, specie allorché non vengano identificati, con sufficiente certezza, i contorni della condotta inerziale imposta all'obbligato.

⁽³⁵⁾ G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral, cit., pag. 375. Offre un esempio eloquente di tale prospettiva la *negative pledge* posta all'attenzione di *Coast Bank v. Minderhout*, che prevedeva “ (...) *The undersigned (...) will not, without the consent in writing of Bank, first had and obtained, create or permit any lien or other encumbrances to exist on said property, and will not transfer, sell, hypothecate, assign or in any manner whatever dispose of said real property or any interest therein or any portion thereof, witch real property is situated*”.

⁽³⁶⁾ G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral, cit., pag. 375. Sebbene il *flawed asset arrangement* non rientri nel novero delle garanzie del credito propriamente intese, l'effetto di protezione ad esso sotteso consente di inquadrare la fattispecie nell'alveo dei *quasi-security*, e ciò spiega per quale ragione è sovente previsto espressamente tra le operazioni precluse all'obbligato in assenza del previo consenso del creditore. Il *flawed asset arrangement* si raffina, in estrema sintesi, in un deposito di una somma di denaro presso un istituto finanziario, il cui diritto a prelevare tali somme è generalmente condizionato all'adempimento, da parte di un soggetto terzo, di un debito nei confronti dell'istituto di credito depositario. Non di rado tale accordo viene impiegato dal depositante per sollecitare il depositario, ovvero l'intermediario finanziario, a finanziare il terzo, non di rado una società controllata del depositante. In tale prospettiva, sebbene al depositario non sia assicurato alcun diritto specifico sui beni depositati, il sol fatto che possa trattenerli sino all'adempimento dell'obbligazione da parte del terzo crea un vincolo sugli *assets* depositati, sottraendoli dalla distribuzione in favore dei creditori del depositante per il caso di insolvenza dello stesso. Funzione di garanzia, quella sottesa al *flawed asset arrangement*, che si acuisce in particolare modo laddove sia prevista un'estensione del diritto di *set-off*, in favore del depositario, sulle somme a deposito. Sul punto, C.H. TAN, Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview, cit., pag. 173 ss.

⁽³⁷⁾ In tal senso, D. ASIEDU-AKROFI, Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements, cit., pag. 412, il quale osserva che, se non venisse preclusa la possibilità di perfezionare contratti di *sale and lease back*, vi sarebbe il rischio di rendere la funzione di garanzia della *negative pledge* obsoleta.

⁽³⁸⁾ In tal senso, A. GUEST, Y.K. LIEW, Guest on the Law of Assignment, cit., pag. 269. Cfr., tuttavia, S. MILLS, N. RUDDY, N. DAVIDSON, Sallinger on Factoring, Londra, 2017, pag. 181, secondo i quali, in mancanza di diverse indicazioni, il *factoring* considerarsi un'operazione rientrante nell'ordinario corso dell'attività di impresa e, dunque, sottratta dal divieto della *negative pledge*.

Più precisamente, se la previsione di un ampio e dettagliato decalogo di operazioni precluse all'obbligato non pone questioni interpretative di particolare rilievo, altro è a dirsi allorché i paciscenti, nonostante la giurisprudenza da tempo auspichi l'adozione di *negative pledge* dal contenuto il più possibile circoscritto ⁽³⁹⁾, manchino di identificare, in modo analitico, le specifiche operazioni negoziali rientranti nella latitudine del dovere d'inerzia ⁽⁴⁰⁾.

Per fare un esempio, si ipotizzi di imporre all'obbligato un generico divieto di costituire, sugli *assets* del proprio patrimonio, gravami, di qualsiasi specie e natura, tali da poter compromettere, anche solo in potenza, il valore della garanzia patrimoniale sulla quale fa affidamento il creditore ⁽⁴¹⁾.

A tale scopo, nella formulazione del precetto si suole impiegare, in luogo di un'elencazione delle fattispecie precluse, il termine *encumbrance*, la cui spiccata polisemia, se da un lato si presta a compendiare, sotto un'etichetta unitaria, tutti i possibili

⁽³⁹⁾ Cfr., *Brunton v. Electrical Engineering Corporation* (1892) 1 Ch 434; *Robson v. Smith* (1895) 2 Ch 118; Legal aspects of syndicated loans, 82-83. Si esprime nel senso che le clausole restrittive della libertà dell'obbligato debbano essere perfezionate in modo rigoroso, pur riferendosi al charge, *Robson v. Smith* (1895) 2 Ch 118, 127.

⁽⁴⁰⁾ Aspetto, quest'ultimo, che può rivelarsi al tempo stesso punto di forza e di debolezza della pattuizione. La sua forza, visto che un divieto di larga portata consente al creditore di esercitare un più profondo potere di controllo sull'attività debitoria, limitando le possibilità di essere pregiudicato da un atto del debitore che possa compromettere valore e consistenza del patrimonio. La sua debolezza, dato che un divieto troppo ampio, limitando eccessivamente la capacità di indebitamento dell'obbligato, può avere ripercussioni sfavorevoli sull'efficiente esercizio dell'attività commerciale, con indiretto pregiudizio anche per il creditore. Per chiarire il punto basti considerare, volgendosi agli anni della depressione economica iniziata nel 1929, a quelle società che, versando in condizioni finanziarie disperate, trovarono nelle *negative pledge* un forte ostacolo alla loro capacità di recuperare nuovo denaro sul mercato. Limitandosi a fare un esempio significativo, si pensi alla *Paramount-Publix Corporation* che, nel 1932, vantava oltre 25 milioni di dollari di obbligazioni protette da *negative pledge*. La società, in virtù di tale pattuizione, non poteva ottenere nuovi finanziamenti sul mercato poiché non poteva rilasciare garanzie ai nuovi finanziatori. La banca si offrì disposta a fare nuovi prestiti ma pretendeva garanzie e la Paramount, che non poteva rilasciare garanzie, per soddisfare la banca e, al tempo stesso, per evitare la bancarotta trasferì taluni *assets*, come film e diritti su film già usciti, ad una *newco* creata con il solo scopo di chiedere prestito alla banca per pagare alla Paramount l'acquisto di tali *assets* e, ovviamente, di costituire sugli *asset* la garanzia che la Paramount non poteva costituire. In tal modo la banca aveva una posizione di privilegio sulla *newco*, rispetto agli obbligazionisti della Paramount che avevano diritto di agire solo sui beni residui della *newco*. Per un quadro generale sulla questione, W. MCDANIEL, *Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?*, cit., pag. 873.

⁽⁴¹⁾ Tendenza, quella di formulare *negative pledge* dal contenuto generico, accentuata dalla internazionalizzazione dei rapporti commerciali, ove risulta sempre più difficoltoso identificare con esattezza tutte le operazioni potenzialmente in grado di pregiudicare le ragioni del creditore. Posto infatti che la clausola viene non di rado impiegata nelle operazioni finanziarie cui prendono parte soggetti appartenenti a sistemi giuridici del tutto dissimili, la nozione di *security interest*, che nello scenario di *common law* si fa coincidere con il *mortgage, pledge, charge e lien*, assume di volta in volta un significato differente a seconda dell'ordinamento in cui è evocata, sicché non è infrequente che la terminologia tecnica riferita ad uno strumento negoziale assuma tutt'altro significato nel sistema ordinamentale che regola il contratto perfezionato. In questi termini, P.R. WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, cit., pag. 35, 132, il quale, con acuta sensibilità, osserva che se l'interpretazione dei termini impiegati nel contratto è generalmente determinata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 10(1)(a) Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980, secondo la legge dello stato che regola l'operazione negoziale, la previsione di una *negative pledge* dal contenuto eccessivamente puntuale potrebbe non assicurare al creditore di mettersi al riparo da tutte le operazioni in garanzia a disposizione del debitore.

gravami che possono interessare il patrimonio debitorio, per altro verso rende tutt'altro che agevole accertare la reale portata del divieto imposto all'obbligato, assumendo un significato differente a seconda del contesto in cui viene concretamente evocato.

Per grandissime linee le posizioni della dottrina rispetto alla portata di un divieto formulato in siffatti termini si possono ricondurre a due poli, l'una orientata ad un'interpretazione restrittiva, l'altra estensiva.

Secondo taluni, nel contesto delle *negative pledge* la nozione di *encumbrance* varrebbe ad identificare i soli *security interest* ascrivibili al novero del ristretto catalogo legale ⁽⁴²⁾. Quand'è così, in assenza di ulteriori precisazioni, l'obbligato sarebbe vincolato a non costituire, in favore di terzi, *mortgage*, *pledge*, *lien*, *charge* e rispettive declinazioni, conservando tuttavia piena libertà nel ricorrere ad espedienti legali che, ancorché orientati al perseguimento di uno scopo di garanzia, purtuttavia non ricalchino uno degli schemi da ultimo citati.

Secondo invece una diversa impostazione ermeneutica, fatta propria anche da *Jones v. Barnett*, il termine *encumbrance* sarebbe allusivo ad ogni gravame, pretesa o responsabilità gravante sulla proprietà ⁽⁴³⁾, sì ché, orientandosi con il sussidio di tale impostazione, all'obbligato sarebbe precluso, oltre al rilascio di garanzie del credito tipiche, il compimento di qualsiasi operazione negoziale che importi il sorgere, sugli *assets* del patrimonio debitorio, di un qualsiasi gravame in senso lato inteso.

Senza entrare oltremodo nell'annoso dibattito sulla portata del concetto di *encumbrance*, anche in considerazione del fatto che, in seno alla letteratura di lingua inglese, il processo di chiarificazione del termine è ancora in via di svolgimento, preme qui solo rilevare che entrambe le coordinate ermeneutiche, pur ideologicamente fondate, non vanno esenti da critiche.

Quanto all'orientamento che intende la locuzione in parola in senso estensivo, riferita dunque a qualsiasi gravame sulla proprietà, poiché trattasi di un'opzione esegetica che, conferente con la disciplina del diritto immobiliare dalla quale viene mutuata, mal si attaglia al contesto delle intese restrittive della libertà negoziale. L'accoglimento di una nozione così tanto ampia ed eterogenea, com'è agevole rilevare, toglie all'obbligato qualsiasi margine di libertà decisionale.

Inesatto, e quindi da respingere, è pure il rilievo, nei termini estremi in cui è formulato, che intende la *negative pledge* così formulata preclusiva della sola costituzione di guarentigie rientranti nel catalogo legale.

Nevvero, se tale impostazione è tributaria nel merito di porsi in linea con le istanze della giurisprudenza che, a più riprese, ha sollecitato la prassi al perfezionamento di *negative pledge* dal contenuto il più possibile puntuale e circoscritto, la stessa si rivela, al contempo, non ossequiosa degli scopi che animano i paciscenti, svilendo il fondamento pratico dell'istituto.

⁽⁴²⁾ Di questo avviso, P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loan*, cit., pag. 82 s.

⁽⁴³⁾ *Jones v. Barnett* (1899) 1 Ch 611, 620.

È infatti agevole rilevare, anche per chi della materia abbia una limitata conoscenza, che stabilire la portata del divieto orientandosi secondo la natura giuridica dei congegni giuridici piuttosto che sulla funzione di cui s'informano, costituisce opzione che agevola, e financo incentiva, l'elusione dei termini della condotta inerziale, sollecitando il ricorso a modelli giuridici che, pur finalizzati al perseguimento di un fine di garanzia, non rientrino nel novero negli schemi tipici del *mortgage, charge, pledge* e *lien*.

In questa luce basti il richiamo, nell'ambito del diritto contrattuale, al contratto di *sale and lease back* che, pur non ricalcando la fisionomia di una garanzia del credito propriamente intesa, si presta agevolmente ad essere impiegato dalle parti in funzione di garanzia dell'obbligazione. Allorché infatti il finanziato non sia in grado di esercitare il diritto di opzione, la proprietà del bene dedotto nel contratto rimane definitivamente acquisita a quest'ultimo, pregiudicando consistenza e valore della garanzia patrimoniale, sì da rendere, anche solo in potenza, meno agevole il soddisfacimento del creditore assistito dalla *negative pledge* ⁽⁴⁴⁾.

Per quanto detto, nel tentativo di riportare al termine una proprietà di significazione giuridica coerente con il contesto investigato, sembra preferibile orientarsi secondo un'interpretazione funzionalmente orientata del concetto di *encumbrance*. Così, per determinare se l'atto positivo compiuto in spregio del dovere d'inerzia sia o meno da intendersi contrario alla *negative pledge*, occorre far riferimento non già al tipo negoziale quanto, piuttosto, alla funzione che, in concreto, lo strumento impiegato consente di perseguire. Da tale coniugazione ne discende che, a fronte di una *negative pledge* strutturata in modo generico ed impreciso, all'obbligato sarebbe da intendersi precluso, salvo il previo consenso del creditore, il compimento di tutte le operazioni negoziali che, a prescindere dalla causa che ne informa il tipo, siano impiegate dai paciscenti in funzione di garanzia dell'obbligazione ⁽⁴⁵⁾.

A questi termini sembra uniformarsi anche la prassi, come si evince dalla diffusa tendenza nell'includere, tra le eccezioni del divieto della *negative pledge*, anche il ricorso ai

⁽⁴⁴⁾ Analoghe considerazioni possono svolgersi anche con riferimento alla pattuizione marciانا. Il patto marciانا infatti, soluzione antica proiettata nella modernità grazie a recenti interventi legislativi, si sostanzia in una vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, assicurando al creditore, in via di eccezione rispetto al divieto posto dall'art. 2744 cod. civ., di ottenere la proprietà dell'*asset* offerto in garanzia laddove il debitore manchi l'adempimento dell'obbligazione assunta.

⁽⁴⁵⁾ Per una formula di *negative pledge* tesa a limitare la facoltà dell'obbligato di perfezionare qualsiasi accordo che, sia pur in maniera indiretta, possa costituire una posizione di preferenza di un qualsiasi terzo creditore, si veda N.R. JACKLIN, *The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements*, cit., pag. 134, in cui si riporta la seguente formulazione: *The borrower will not enter into any arrangements with respect to any External Indebtedness or other obligations currently outstanding or hereafter incurred which arrangements would have the effect of placing any creditor in a position of preference over the Lender with respect to the availability of any of the assets of the Borrower for the satisfaction of its indebtedness to the Lender hereunder except that the Borrower may create, without being required to extend the benefits of the same to the Lender, any Encumbrance over any asset acquired by the Borrower after the date of this Agreement to secure the payment of the whole or any part of the purchase price of such asset or financing obtained for the payment of the purchase price of such asset. For purpose hereof "External Indebtedness" shall mean indebtedness which is payable to any person, firm, corporation or other entity resident or having its head office or chief place of business outside the country of the Borrower.*

contratti di *sale and lease back*, ai *flawed asset arrangements* nonché al *set-off*. Nevvero, l'opportunità di prevedere la deroga rispetto a schemi negoziali che non costituiscono, di per sé, garanzie del credito, trae ragion d'essere soltanto se si assume che, in mancanza di tale precisazione, il ricorso alle operazioni citate sia *ipso facto* precluso a chi si vincoli al rispetto di una *negative pledge* ⁽⁴⁶⁾.

5. Le eccezioni al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*.

Lo spunto problematico colto al termine del paragrafo che precede introduce opportunamente il tema dei limiti alla *negative pledge*. Aspetto, quest'ultimo, che assume

⁽⁴⁶⁾ Posto che il *quid proprium* della *negative pledge* è costituito dal divieto, per l'obbligato, di costituire posizioni di garanzia in favore di terzi senza il previo consenso del creditore, è lecito domandarsi se il rilascio di un'ulteriore *negative pledge* da parte di chi sia già vincolato al rispetto di una preesistente *negative pledge* costituisca una violazione dei termini della stessa. Questione che, è sin ovvio rilevare, si pone soltanto in caso di *negative pledge* redatta in termini generici, posto che nulla vieta ai paciscenti di regolare precipuamente tale circostanza, escludendo o includendo tale operazione negoziale dalla portata del divieto. Ciò detto, la problematica, per quel che ci risulta allo stato sconosciuta al dibattito, non sembra risolversi in un vuoto esercizio accademico, atteso che gli effetti di una *negative pledge* possono incidere in modo rilevante sul ceto creditizio. Per maggiore chiarezza, si consideri il seguente scenario: Tizio ha ottenuto dal suo debitore Caio, a garanzia dell'obbligazione vantata, una *negative pledge*, che preclude a quest'ultimo, in assenza del consenso del primo, il compimento di qualsiasi operazione negoziale dalla quale possa scaturire una garanzia in favore di terzi, salvo tutte quelle operazioni rientranti nell'ordinario corso dell'attività di impresa, come ad esempio quelle che consentano il sorgere di *lien*. Si ponga quindi l'ipotesi che il debitore Caio, abbisognando di ulteriore liquidità, negozi con Sempronio un ulteriore finanziamento e, per non incorrere nel divieto della *negative pledge* cui è vincolato con Tizio, pattuisca con quest'ultimo, a garanzia del finanziamento, un'altra *negative pledge* assoluta, ovverosia senza eccezioni al divieto. Ebbene, nel caso in cui il debitore Caio stipuli con un terzo soggetto un negozio dal quale sorga un *lien* in favore di quest'ultimo, detta operazione sarebbe certamente conforme al contenuto della *negative pledge* stipulata con Tizio, ma non a quella che assiste il creditore Sempronio. Appare d'immediata intelligenza che Tizio viene pregiudicato dal vincolo imposto dalla *negative pledge* di secondo grado in favore di Sempronio, per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo poiché quest'ultima, precludendo al finanziato di compiere anche quelle operazioni ammesse dalla prima, finisce per limitare ulteriormente la libertà del debitore. Inoltre, poiché la costituzione di una garanzia in favore del terzo, in spregio del dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge* di secondo grado, consente al beneficiario di quest'ultima di agire in via esecutiva contro il comune debitore, con il concreto rischio di condurlo all'insolvenza.

Per quanto detto, sebbene la *negative pledge* costituisce null'altro se non un simulacro di un *security interest*, d'uopo concludere che la costituzione di una *negative pledge* da parte di chi sia già obbligato da una precedente *negative pledge* senza il consenso del primo creditore costituisca un atto positivo contrario al dovere d'inerzia imposto, rendendo l'obbligato inadempiente dell'obbligazione negativa assunta. Invero, è piuttosto evidente che, attraverso la pattuizione di una *negative pledge*, si costituisce una posizione di privilegio in favore di terzi, che è esattamente ciò che vuole evitare chi ricorre a tale strumento. Diversamente opinando si offrirebbe al debitore un agile strumento di elusione del divieto di costituire posizioni di garanzia in favore di terzi, soprattutto laddove venga rilasciata una *negative pledge* di tipo affermative che, come si vedrà meglio infra, all'obbligazione di stampo negativo ne associa una positiva, che impone al debitore la costituzione, in favore del beneficiario della *negative pledge* inadempita, di una garanzia di pari valore rispetto a quella costituita, in favore del terzo, in violazione del divieto.

A quanto osservato può aggiungersi che le parti, al fine di evitare possibili contestazioni in sede giudiziale, possono prevedere espressamente il divieto di costituire una *negative pledge* ovvero una *affirmative-negative pledge*, sebbene le ragioni a sostegno di tale scelta siano differenti. Mentre nel primo caso la limitazione dell'obbligato appare giustificata dalla sola necessità di scongiurare che la *negative pledge* di grado poziore, pattuita in termini eccessivamente stringenti possa condurre il finanziato al *default*. Nel caso della *affirmative-negative pledge*, invece, la necessità è quella di precludere al finanziato di poter ricorrere a operazioni negoziali che costituiscono il presupposto per beneficiare terzi con cause di prelazione.

rilievo decisivo tanto per l'obbligato, il quale viene messo in condizione di avere piena contezza dei contorni dell'obbligazione assunta, quanto per il creditore beneficiario. In quest'ultima prospettiva basti infatti considerare che una *negative pledge* tesa a precludere la costituzione di qualsiasi gravame sul patrimonio debitorio finisce per compromettere eccessivamente la capacità dell'obbligato di perseguire gli scopi sociali, esponendo quest'ultimo al rischio concreto di insolvenza, con effetti sfavorevoli anche per il creditore assistito dalla *negative pledge* ⁽⁴⁷⁾.

Smentita dunque l'idea che la generica previsione di un divieto di costituire garanzie in favore di terzi possa essere sufficiente per plasmare una *negative pledge* dotata di una qualche utilità per il creditore, non deve dunque meravigliare che, nelle più recenti stagioni, uno degli snodi cruciali si sia rivelato proprio l'individuazione delle eccezioni al divieto, sede privilegiata per il bilanciamento delle ragioni creditizie e la preservazione di un significativo margine di autonomia decisionale per l'obbligato.

Prima di incedere nello svolgimento di più approfondite riflessioni su tale cruciale aspetto è bene chiarire sin da ora che un'elencazione esaustiva delle eccezioni alla *negative pledge* appare fuori discussione. In primo luogo, poiché risultano strettamente correlate al tipo di attività svolta dall'obbligato; di poi, in quanto, in assenza di condizionamenti del dato positivo, tali eccezioni si manifestano, com'è logico, in una fenomenologia virtualmente infinita ⁽⁴⁸⁾.

Per le ragioni indicate si presenta dunque ben più utile, in questa sede, limitarsi ad individuare quelle di maggiore ricorrenza nella prassi, tra le quali possono segnalarsi, in prima battuta, la facoltà di rilasciare garanzie strettamente funzionali al compimento di negozi rientranti nell'ordinario corso dell'attività di impresa ⁽⁴⁹⁾, nonché di costituire *pledge* allo scopo di finanziare operazioni di *import-export* ⁽⁵⁰⁾.

Ricorrono altresì con frequenza, nel catalogo delle eccezioni al divieto, la possibilità di mantenere i gravami preesistenti su specifici *assets* del patrimonio debitorio, a condizione che questi vengano accuratamente comunicati al creditore già in sede di perfezionamento

⁽⁴⁷⁾ Scenario che, laddove esistano creditori anteriori titolari di cause di prelazione, compromette notevolmente la posizione del creditore assistito dalla *negative pledge* il quale, in sede di liquidazione fallimentare, non godrebbe di alcuna particolare tutela e verrebbe inevitabilmente postergato ai creditori privilegiati nel soddisfacimento del proprio credito.

⁽⁴⁸⁾ A. MCKNIGHT, Restrictions on Dealing with Assets in Financing Documents: Their Role, Meaning and Effect, in Jour. Inter. Banking law, 2002, pag. 197.

⁽⁴⁹⁾ P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, cit., pag. 37. Occorre dire che il concetto di ordinario corso dell'attività d'impresa presenta un'accentuata genericità, di talché non è possibile stabilire, con sufficiente certezza, quali operazioni negoziali rientrino entro tale nozione e quali ne risultino invece escluse. Così, orientandosi secondo quanto rassegnato in *Downs Distributing Co Pty Ltd v. Associated Blue Star Store Pty Ltd*, poi confermato anche da *Re Bradford Roofing Industries Pty Ltd and Companies Act*, per ordinario corso dell'attività d'impresa si possono intendere quelle transazioni che non presentano profili di eccezionalità e che non comportano il sorgere di particolari situazioni.

⁽⁵⁰⁾ P. GABRIEL, Legal aspects of syndicated loans, cit., pag. 95. Sebbene la costituzione di *pledge* allo scopo di finanziare operazioni di *import-export* venga frequentemente inclusa tra le eccezioni al divieto imposto dalla *negative pledge*, giova precisare che tale eccezione trova spazio specialmente laddove l'attività debitoria sia incentrata sul commercio internazionale, mentre, per il caso contrario, persistono maggiori riserve. Considera la letter of credit un'eccezione alle *negative pledge* anche P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, cit., pag. 467.

della *negative pledge* ⁽⁵¹⁾, così come l'acquisizione al patrimonio di *assets* già gravati da garanzie, poiché in tal caso verrebbe a registrarsi un incremento della consistenza e del valore del patrimonio debitorio, assicurando più efficacemente il soddisfacimento del creditore ⁽⁵²⁾.

Ancora, viene per solito prevista la possibilità di rilasciare, senza il previo consenso del creditore, guarentigie finalizzate al rinnovamento o alla sostituzione di quelle preesistenti, oltre che la costituzione di cause di prelazione finalizzate ad assicurare una posta di debito con un valore limitato, generalmente circoscritto entro il 5-10% del valore totale delle immobilizzazioni al netto degli *intangible assets* e delle posizioni di debito maturate ⁽⁵³⁾. Infine, a completamento della sintetica rassegna svolta, è comune indicare, tra le eccezioni alla *negative pledge*, la possibilità di rilasciare garanzie funzionali ad operazioni di *project finance*, a condizione, beninteso, che il diritto di rivalsa del finanziatore sia primariamente limitato agli *assets* dedicati all'operazione stessa ⁽⁵⁴⁾. Analogamente, possono essere previste eccezioni per il rilascio di garanzie con clausola

⁽⁵¹⁾ P. GABRIEL, Legal aspects of syndicated loans, cit., pag. 96.

⁽⁵²⁾ Aspetto, quest'ultimo, decisivo soprattutto nelle operazioni di acquisizione societaria. Così, P. GABRIEL, Legal Aspects of Syndicated Loan, cit., pag. 96. In tale luce, per esemplificare, all'obbligato sarebbe consentita la possibilità di acquisire società che abbiano costituito garanzie in favore di terzi, come nel caso di una fusione in cui la società incorporata abbia alcuni *assets* gravati da garanzie. Così, P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, cit., pag. 37, il quale osserva che se dette garanzie preesistessero rispetto alla fusione; che la garanzia non sia stata creata in funzione della fusione; che quanto destinato a garanzia non aumenti a seguito della fusione e che l'obbligazione assistita dalla garanzia venga adempiuta entro sei mesi dalla fusione, l'obbligato può compiere liberamente tali operazioni senza che possa intendersi violato il dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*.

⁽⁵³⁾ In quest'ultimo caso nella prassi si parla, per solito, di *basket clause exception* per alludere a quelle operazioni negoziali che importano il perfezionamento di posizioni di garanzia di valore marginale. Cfr., M.W. McDANIEL, Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?, cit., pag. 869. Infine, tra le eccezioni più comuni alla *negative pledge* vi sono anche le operazioni di *hire-purchase* e quelle di *leveraged-leasing*, P. GABRIEL, Legal Aspects of Syndicated Loan, cit., pag. 96 s.

⁽⁵⁴⁾ In questi termini, P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, cit., pag. 467-468; A.S. PERGAM, The Borrower's Perspective on Euroloan Documentation, cit., pag. 15, il quale annovera espressamente, tra le eccezioni alle *negative pledge*, anche le garanzie costituite in relazione ad operazioni di *project finance*. Vale peraltro la pena di notare, osservando il fenomeno sotto un'altra prospettiva, che la *negative pledge* costituisce frequentemente una delle garanzie incluse nel c.d. *standard security package* delle operazioni di *project finance*. Così, A.J. SANCHEZ RODRÍGUEZ, Project finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada, in Rev. esp. der. adm., 2014, pag. 26. Per uno sguardo ai profili delle garanzie nel *project finance* nella letteratura domestica si veda M. LOBUONO, Le garanzie nel project finance, in Riv. dir. civ., 2005, 2, pag. 127 ss., il quale evidenzia come le garanzie negative trovino un significativo campo di applicazione nelle operazioni di project finance, presentando maggiore affinità con la logica sottesa a tale tecnica di finanziamento.

non recourse ⁽⁵⁵⁾, per il compimento di operazioni di *set-off* ⁽⁵⁶⁾, nonché in caso di *purchase money mortgage* ⁽⁵⁷⁾.

6. Garanzie di fonte legale e limited lien clause.

Le eccezioni di cui s'è fatta menzione nel paragrafo che precede, nella loro eterogeneità, descrivono operazioni negoziali rispetto alle quali, la causa di prelazione in favore del terzo, scaturisce pur sempre da una precisa volontà dell'obbligato.

Sennonché è dato ampiamente acquisito, tanto nelle aree di insegnamento di *common law* quanto in quelle di *civil law*, che le garanzie dell'obbligazione, oltre che nella volontà delle parti, possono trovare fonte anche nella legge. Quand'è così sorge subito l'interrogativo se il perfezionamento di un programma negoziale che costituisca il mero presupposto per il sorgere di una garanzia legale integri un atto positivo contrario al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*.

È d'immediata evidenza che la questione in parola non si raffina in un nudo orpello teorico, atteso che le cause di prelazione *ex lege* costituiscono, tanto nelle aree di insegnamento di *common law* quanto in quelle di *civil law*, ormai un fenomeno di notevole rilievo nella prassi delle contrattazioni.

Così, considerando gli ordinamenti di lingua inglese, retti dal sistema di *common law*, basti considerare la frequenza con cui ricorrono, specie nelle operazioni negoziali rientranti nell'ordinaria gestione aziendale, dei *liens*, ovverosia di garanzie, accordate dalla legge in considerazione della causa del credito, che conferiscono al beneficiario il diritto di ritenere il possesso di uno specifico *asset* del debitore sino all'esatto adempimento dell'obbligazione ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ A.S. PERGAM, The borrower's perspective on Euroloan documentation, cit., pag. 15.

⁽⁵⁶⁾ P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, cit., pag. 34. Sebbene, a rimanere a ragionare in astratto, sia lecito precludere all'obbligato il ricorso a tale operazione salvo il previo consenso del creditore, è sicuro, nondimeno, che nel contesto pratico tale soluzione può presentare delle criticità, impedendo al debitore di indebitarsi con un soggetto che, a sua volta, deve dei soldi al debitore stesso. Così, P.R. Wood, Comparative Law of Security Interest and Title Finance, in Law and Practice of International Finance, cit., pag. 133 il quale annovera, tra le operazioni difficilmente limitabili per mezzo della *negative pledge*, oltre al *set-off*, anche la *title retention* e i contratti di *leasing* che rientrino nell'ordinario corso dell'attività di impresa. Sul *set-off*, tra i molti, G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral, cit., pag. 600 ss.

⁽⁵⁷⁾ A.S. PERGAM, The borrower's perspective on Euroloan documentation, cit., pag. 15. La *purchase money mortgage* è uno strumento particolarmente diffuso, con il quale si permette al venditore di una determinata proprietà di ottenere il pagamento dell'intero prezzo di vendita, per parte pagato dal compratore e per parte da un intermediario finanziario che, a garanzia della restituzione della somma versata, costituisce un *mortgage* sulla proprietà acquistata dall'acquirente. Detta garanzia ha priorità rispetto a qualunque *mortgage*, *lien* ovvero altre garanzie costituite sulla proprietà prima dell'acquisizione, da parte dell'acquirente, del titolo legale di proprietà. Sulla *purchase money mortgage* si veda, per tutti, *restatement of the law third*, 458.

⁽⁵⁸⁾ Nella letteratura formati sulla figura giuridica del *lien* cfr., almeno, R. CALNAN, Taking Security, Bristol, 2013, pag. 369 ss. Vale la pena di osservare che il termine "*lien*", sebbene valga a identificare un preciso schema legale di garanzia dell'obbligazione, viene frequentemente impiegato, in senso atecnico, per riferire alle garanzie del credito genericamente intese. Tendenza, questa, propria soprattutto nell'area statunitense, ove è frequente l'impiego del lemma *lien* per riferire a un *mortgage* o a un *charge*, il che impone all'interprete un attento vaglio delle circostanze del caso concreto per verificare l'esatto

Senza addentrarsi nella descrizione dell'articolata disciplina dell'istituto giuridico, che è tema di ampio respiro e potrà qui offrirsi solo un panorama, per i nostri scopi è sufficiente rilevare che i *liens*, secondo la tradizionale tripartizione didattica, si distinguono in *legal*, *equitable* e *statutory*.

I più diffusi sono i *legal liens*, che sorgono *iure* allorquando, a fronte di particolari transazioni, il creditore ottiene il possesso legale di un bene di proprietà del debitore.

Poiché i *legal liens* presuppongono lo spossessamento del debitore e il mantenimento, da parte del creditore, del possesso fino al corretto adempimento dell'obbligazione, è facile rinvenire similitudini con il *pledge*. Tuttavia, i *liens* se ne distinguono intanto poiché trovano fonte nella legge, mentre il *pledge* costituisce una garanzia volontaria ⁽⁵⁹⁾; inoltre, in ragione del fatto che il *pledge* assicura al creditore, in caso di inadempimento, la possibilità di procedere all'alienazione del bene offerto in garanzia al fine di soddisfarsi della prestazione dovuta, mentre il creditore assistito dal *lien* non dispone di tale facoltà, potendo semplicemente ritenere il possesso del bene sino al corretto adempimento ⁽⁶⁰⁾.

I *legal liens*, secondo quanto affermato da *Heath J.* in *Houghton v. Matthews*, si articolano, a loro volta, in due distinti sottoinsiemi: *particular liens*, che conferiscono al creditore il nudo diritto di possedere il bene offerto in garanzia fino a che il debito riferito a quel preciso *asset* non è stato interamente adempiuto; *general liens*, che conferiscono il diritto di mantenere il possesso del bene offerto in garanzia sino a che il debitore non abbia pagato tutti le poste di debito maturate nei suoi confronti, ancorché non relativi al bene offerto in garanzia ⁽⁶¹⁾.

Dai *legal liens* vanno tenuti distinti gli *equitable liens*, che pure costituiscono una guarentigia di fonte legale, ma che si distinguono nettamente dai primi poiché, non dissimilmente dal pegno non possessorio recentemente disciplinato nell'ordinamento domestico, prescindono dallo spossessamento del bene offerto in garanzia ⁽⁶²⁾.

Infine, vi sono i *statutory liens*, categoria residuale che raggruppa, sotto un'etichetta unitaria, tutti i *liens* che traggono ragione giustificativa in virtù di apposite previsioni normative ⁽⁶³⁾.

significato assunto dal termine. Né offre un chiaro esempio, nella giurisprudenza, *Re Lehman Brothers International (Europe)*, 2012, EWHC, 2997 (Ch), ove J. Briggs non esita a riconoscere che, nel caso posto all'attenzione della corte, l'espressione "*general lien*" è allusiva al *charge*.

⁽⁵⁹⁾ Sebbene la differenza, nella pratica, risulti non sempre così netta. Cfr. R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 370.

⁽⁶⁰⁾ R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 371.

⁽⁶¹⁾ Esempi di *general legal lien*, tra gli altri, sono quelli in favore delle banche, di intermediari finanziari in genere e in favore di avvocati. R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 375.

⁽⁶²⁾ Prescindendo dall'immissione nel possesso del bene, ciò rende possibile il sorgere di un *equitable lien* su ogni tipo di proprietà, anche se insuscettibile di possesso. R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 371 che, come esempio di *equitable lien*, cita quello in favore del venditore e gravante sull'appezzamento alienato, qualora questi non sia ancora stato pagato.

⁽⁶³⁾ Mentre vi sono *liens* che, pur oggi espressamente previsti dal dato normativo, erano già riconosciuti come *legal lien*, come il quello a favore del venditore che non abbia ancora ottenuto il prezzo di vendita, oggi contenuto nel *Sale of Goods Act* 1979, ve ne sono altri la cui previsione di legge consente al creditore di ottenere il possesso di un bene che, per il common law, non avrebbe avuto diritto, come nel caso del diritto della struttura aeroportuale di detenere il possesso dell'aeromobile, ai sensi del § 88 del *Civil*

Attesa la crescente importanza del *lien*, specie nel contesto delle operazioni bancarie ⁽⁶⁴⁾ e nel diritto navale ⁽⁶⁵⁾, non deve meravigliare che, nelle *negative pledge* di più moderna concezione, all'obbligato venga imposto, oltre al divieto di costituire cause di prelazione di fonte volontaria, altresì di impedire che gli *assets* del patrimonio vengano intaccati da gravami di fonte legale ⁽⁶⁶⁾.

Il significato concreto di questi rilievi si traduce nell'intendimento che una *negative pledge* strutturata in tal guisa, oltre a precludere la costituzione volontaria di cause di prelazione in favore di terzi, limita altresì la possibilità di perfezionare operazioni negoziali che costituiscano anche soltanto il presupposto per il sorgere di una garanzia di fonte legale, a nulla rilevando che la volontà dell'obbligato sia o meno orientata ad ottenere tale effetto.

Nonostante, ad un primo sguardo, una *negative pledge* di cotale fattura possa apparire maggiormente adeguata ad assicurare la tutela degli interessi del creditore, è bene tenere presente che la protezione offerta arrischia di rivelarsi, ad un esame più approfondito, perlopiù illusoria.

Tale coniugazione si motiva intanto dal fatto che il *lien* risulta sprovvisto di un apposito regime pubblicitario, sicché per il creditore risulta affatto agevole essere edotto dell'esistenza del gravame e, quindi, dell'avvenuta violazione dei termini della *negative pledge* ⁽⁶⁷⁾.

Aviation Act 1982. Così, R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 371; P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loan*, cit., pag. 91

⁽⁶⁴⁾ Si pensi, a mo' di esempio, al *banker's lien*, che costituisce un *lien* generale sopra tutte le somme depositate presso l'istituto di credito dal cliente, salvo ci sia un contratto con il quale si esclude il sorgere del *lien*. Vedi J. BENJAMIN, *Interests in securities. A proprietary Law Analysis of the International Securities Markets*, Oxford, 2008, pag. 104.

⁽⁶⁵⁾ Si pensi al *lien* marittimo, che assiste, a titolo di esempio, le obbligazioni sorte da operazioni di soccorso marittimo, il pagamento dei salari dei componenti dell'equipaggio nonché le obbligazioni di tipo restitutorio o risarcitorio per danni cagionati dalla nave a terzi. Tale peculiare *lien*, al pari di quello generale, costituisce una forma di garanzia legale che assicura al creditore privilegiato il diritto di essere preferito, rispetto a terzi creditori in chirografo, al momento della liquidazione del ricavato derivante dalla vendita della nave sulla quale si è costituito il *lien*. Sono tuttavia ben marcate le differenze rispetto al *lien* generale. In primo luogo, diversamente da quest'ultimo, il *maritime lien* è invisibile, giacché non prevede l'adempimento di alcun onere di pubblicità o registrazione, il che, è sin ovvio rilevare, rende tutt'altro che agevole, per i terzi contraenti, rinvenirne l'esistenza. Di poi, in ragione della peculiare natura del bene sul quale insiste, esso non presuppone il possesso, per il creditore, dell'imbarcazione sulla quale viene costituito. La mancanza di spossessamento del debitore lo avvicina sensibilmente, quanto meno sotto il profilo citato, al pegno non possessorio di matrice domestica.

⁽⁶⁶⁾ Non è infatti infrequente il ricorso a *negative pledge* orientate ad impedire, oltre alla creazione volontaria di categorie di creditori privilegiati, anche il sorgere di garanzie di fonte legale come i *liens*. A tal fine si ricorre per solito all'espressione "... *create or permit to subsist any encumbrance*".

⁽⁶⁷⁾ Ciò si motiva sul fatto che tali garanzie si costituiscono *ex lege*, sicché non avrebbe senso condizionarne l'efficacia alla previa registrazione. Così, R. CALNAN, *Taking Security*, cit., pag. 372. Aspetto, quello della mancanza di un adeguato regime pubblicitario, che emerge in modo ancora più nitido volgendosi agli *equitable liens* che, difettando pure dello spossessamento in favore del terzo, vengono generalmente definiti, con espressione azzeccata, *hidden liens*. Ciò in quanto lo spossessamento del debitore, oltre a mettere al riparo il creditore contro il pericolo di sottrazioni e deterioramenti, svolge una preziosa funzione pubblicitaria, mettendo in guardia i terzi che, informandosi, possono essere edotti che la cosa è stata vincolata a garanzia. In questi termini, rispetto al pegno domestico, G. GORLA, *Del Pegno Delle Ipoteche*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1962, pag. 2

Di poi, non va sottaciuto che le garanzie di fonte legale risultano sovente associate, quantomeno nelle aree di *common law*, ad un'ampia fenomenologia di operazioni negoziali rientranti nell'ordinario corso dell'attività di impresa. Ebbene, una *negative pledge* che limiti senza eccezioni il diritto dell'obbligato di ricorrere a negozi che costituiscono anche solo il presupposto per il sorgere del *lien* arrischia, com'è evidente, di imporre all'obbligato un sacrificio eccessivo dell'autonomia negoziale, con evidenti ripercussioni sull'efficiente gestione dell'attività d'impresa.

Volgendosi invece agli scenari di civil law, una *negative pledge* contrattata nei termini qui esaminati limiterebbe la possibilità dell'obbligato di procedere all'alienazione degli immobili componenti il suo patrimonio, così come di addivenire al perfezionamento di divisioni, allorché, all'esito delle assegnazioni, risulti necessario procedere al pagamento dei conguagli. In entrambi i casi, infatti, gli immobili alienati o assegnati sono passibili di ipoteca legale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2817 cod. civ.

Per le medesime ragioni, salvo sia diversamente indicato, chi si vincola all'osservanza di una *negative pledge* deve tenere una condotta che non comporti una sentenza di condanna al pagamento di una somma, all'adempimento di altra obbligazione o al risarcimento del danno, posto che, in tali frangenti, tale sentenza è titolo per l'iscrizione di ipoteca legale su uno qualunque degli immobili appartenenti al patrimonio debitorio, ancorché gli pervengano successivamente alla condanna, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2818 e 2828 cod. civ.

Analogamente, in mancanza di una diversa volontà dei paciscenti, nel dovere di non costituire posizioni di garanzia in favore di terzi è pure incluso il compimento di operazioni negoziali cui la legge, in virtù della causa del credito, accorda un privilegio, ai sensi degli artt. 2745 ss. cod. civ.

Resta tuttavia inteso che né l'alienazione né la divisione di beni immobili costituiscono *ipso facto* contravvenzione del dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*, posto che l'inadempimento si può ravvisare soltanto nell'ipotesi in cui, a seguito delle operazioni negoziali citate, vi sia la materiale iscrizione dell'ipoteca senza il previo consenso del creditore, mentre nel caso in cui non sussistano i presupposti per l'iscrizione, in caso di rinuncia all'iscrizione da parte dell'avente diritto o nel caso in cui il creditore manifesti il suo consenso all'iscrizione ipotecaria, non si ravvisa alcun inadempimento.

Del tutto peculiare è invece il disposto affidato all'art. 156, che può rivelarsi decisiva rispetto alla potenziale contravvenzione del divieto della *negative pledge*.

La norma infatti, al comma 4, riconosce in primo luogo al giudice che pronuncia la separazione la possibilità di imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale, allorché ravvisi il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi patrimoniali in favore di coniugi e figli. Inoltre, in quanto la sentenza di separazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 156, comma 5 cod. civ. e 2818 cod. civ., costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

La situazione presa in considerazione dalla norma è del tutto peculiare poiché, quantomeno *prima facie*, è facile cadere nella tentazione di ritenere che, allorché il giudice imponga la costituzione di una garanzia per in funzione dell'adempimento degli

obblighi di cui agli artt. 155 e 156 cod. civ., l'obbligato al pagamento, ove vincolato dai termini di una *negative pledge*, debba considerarsi inadempiente dell'obbligazione negativa.

Sennonché, ad un esame più attento, non si può fare a meno di notare che nel caso di specie il presupposto per il sorgere della garanzia può essere totalmente fuori dalla sfera di competenza dell'obbligato, posto che la volontà di separarsi, e la conseguente possibilità di essere tenuto a costituire idonea garanzia per l'adempimento del debito di mantenimento, potrebbe essere imputabile soltanto al partner.

Inoltre, anche laddove la volontà di separarsi sia maturata dal coniuge vincolato al rispetto della *negative pledge*, va pure detto che, nel caso di specie, si intrecciano in modo consistente profili di carattere squisitamente personale, quali la prosecuzione del matrimonio, sicché sembra poco logico ritenere contravvenuta la *negative pledge* anche laddove la scelta della separazione non sia passivamente subita.

Diversamente opinando, si porrebbe il debitore vincolato dalla *negative pledge* dinanzi al dilemma se chiedere la separazione e assumersi il rischio, nel caso venga obbligato a costituire idonea garanzia, di rendersi inadempiente della *negative pledge* ovvero, per evitare tale soluzione, procrastinare con la vita coniugale.

Per quanto detto, sembra logico ritenere che, per il caso in cui la garanzia venga costituita in seguito alla pronuncia di separazione personale, tale contegno non può intendersi una contravvenzione della *negative pledge*.

Il crescente ruolo delle garanzie di fonte legale nella prassi delle contrattazioni vale a spiegare come mai, nella più recenti stagioni, si è andata via via consolidando la tendenza ad impiegare, in luogo delle *negative pledge* c.d. *plain vanilla*, di una peculiare variante di tali pattuizioni, comunemente conosciuta come *limited lien clause*, che, al consueto divieto di costituire posizioni di garanzia in favore di terzi, associa altresì il diritto, sia pur entro limiti ben precisi, di perfezionare programmi negoziali che costituiscono il presupposto per il sorgere di gravami di fonte legale e, in specie, di *liens* ⁽⁶⁸⁾.

Le *limited lien clause*, cui si fa generalmente ricorso allorché, anche in considerazione dello stato di solvibilità del debitore, il creditore giudichi sufficiente imporre al debitore una minore limitazione della capacità di indebitamento, assicurano da un lato la tutela delle esigenze di protezione del creditore e, dall'altro, preservano, in misura maggiore rispetto ad una *negative pledge* di stampo tradizionale, l'autonomia decisionale dell'obbligato.

Posto che il *lien* costituisce un gravame assai diffuso, le *limited lien clause*, diversamente dalle *negative pledge* ordinarie, di norma vengono formulate minuziosamente, fornendo

⁽⁶⁸⁾ Sulle *limited lien clause* cfr. soprattutto la precisa ricostruzione di T.C. MITCHELL, *The negative pledge and the classification of financing devices*, cit., pag. 156, che offre anche un esempio di clausola a pag 292: “*The debtor and its subsidiaries will not create or permit to be created or permit to exist any mortgage, pledge, lien, security interest, other encumbrance or title defect upon or with respect to any of its assets or assets of any of its subsidiaries except (i) liens and defects in title described in the annexed hereto, (ii) purchase money security interest and capital leases permitted by (..), (iii) mortgages and security interest granted to the Lender as security for indebtedness hereunder, (iv) (etc).*”.

all'obbligato un'indicazione dettagliata delle operazioni consentite senza il previo consenso del creditore.

Come rilevato *supra* rispetto alle *negative pledge* ordinarie, anche per le *limited lien clause* un'elencazione esaustiva delle eccezioni al divieto si rivela, oltre che di scarsa utilità, di ardua realizzazione, posto che tali esclusioni sono strettamente correlate al tipo di attività svolta dall'obbligato. Limitandosi dunque ad offrirne una rassegna essenziale, una *limited lien clause* per solito consente all'obbligato il perfezionamento di accordi negoziali che impongano un gravame sulla proprietà per un breve periodo di tempo ⁽⁶⁹⁾, nonché di contratti dai quali sorgano *lien* che vadano a sostituire gravami preesistenti ⁽⁷⁰⁾. Ancora, in virtù della loro ampia diffusione, generalmente le *limited lien clause* ammettono la conclusione di tutti quegli accordi che rientrano nell'ordinario corso dell'attività di impresa e, in particolare, quelli che impongono il sorgere di *lien* in favore delle banche, nonché, volgendosi al settore dei trasporti navali, di *maritime liens* ⁽⁷¹⁾.

7. La natura giuridica della negative pledge.

Come si è già avuto modo di accennare, l'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.), che costituisce ad oggi il principale indice legislativo riferibile alla *negative pledge*, offre all'interprete preziose indicazioni sull'efficacia della pattuizione. Più precisamente, la sez. 9-401(b) U.C.C. chiarisce che la garanzia costituita in spregio della *negative pledge* è da intendersi pienamente valida ed efficace, esponendo unicamente l'obbligato, resosi inadempiente del dovere d'inerzia imposto, alle azioni del creditore finalizzate al ristoro del danno subito.

Mentre viene compiutamente disciplinata l'efficacia della *negative pledge*, per altro verso il dato positivo non offre indicazioni sulla disciplina generale della pattuizione, rimanendo silente tanto su funzione, quanto su effetti, caratteristiche e inquadramento dommatico.

Costituisce dunque compito primario dell'interprete, anche alla luce della molteplicità di interesse coinvolti, fare chiarezza in punto, volgendo l'attenzione, in prima battuta, sulla

⁽⁶⁹⁾ Lo rileva P. GABRIEL, *Legal aspects of syndicated loans*, cit., pag. 94; P.R. WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, cit., pag. 36, che suggerisce come il termine di efficacia tollerato generalmente non supera i 30 giorni.

⁽⁷⁰⁾ Così, D. ASIEDU-AKROFI, *Negative pledge clauses in international loan agreements*, cit., pag. 413.

⁽⁷¹⁾ D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 413. Vale la pena di notare che, anche nel contesto dei finanziamenti tra istituzioni pubbliche, non di rado vengono previste delle eccezioni rispetto al *lien*, come accade per i prestiti concessi dalla World Bank, i quali prevedono, tra gli altri, anche l'eccezione alla possibilità di costituire *lien* che sorgano nell'ordinario corso dell'attività di impresa e a condizione che garantiscano posizioni di debito a breve termine. Cfr., M. BRADFIELD, N.R. JACKLIN, *The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements*, cit., pag. 134, che cita, oltre al *lien*, anche il *purchase money agreements* tra le eccezioni che solitamente vengono previste alla *negative pledge* all'interno dei prestiti concessi dalla World Bank.

natura giuridica della clausola in commento, sulla quale sono vive le dispute tanto nel formante dottrinale quanto in giurisprudenza ⁽⁷²⁾.

Prima di entrare *in medias res* è bene subito chiarire che il tentativo di costruzione giuridica dell'istituto non si esplica in un esercizio di vuota accademia o dommatica, rivelandosi imprescindibile per procedere ad una corretta esegesi degli effetti scaturenti dalla *negative pledge*, tanto nei rapporti interni tra i *paciscenti* quanto in sede contenziosa. Ciò acquisito, e tralasciando le posizioni intermedie ⁽⁷³⁾, può notarsi come le posizioni sulla *vexata quaestio* sono sostanzialmente polarizzate in due direttrici del tutto antitetiche.

La dottrina decisamente prevalente è categorica nel ritenere che la *negative pledge* non possa in alcun modo ascriversi nell'alveo delle garanzie del credito propriamente intese, costituendo un'ordinaria obbligazione di *non dare* atta a consentire al creditore, a fronte del corretto adempimento del dovere d'inerzia imposto all'obbligato, di giovare di un peculiare effetto di garanzia ⁽⁷⁴⁾.

Secondo tale impostazione sarebbe dunque del tutto impropria la dizione con cui si suole riferirsi all'istituto, posto che dalla coincidenza semantica con il *pledge* sarebbe fuorviante dedurre improbabili sintonie con tale strumento di garanzia ⁽⁷⁵⁾.

Mentre infatti il *pledge* costituisce una garanzia *in rem*, presupponendo l'individuazione di uno specifico bene sul quale essere costituito, il relativo spossessamento da parte del debitore nonché l'adempimento di specifiche formalità pubblicitarie, la *negative pledge*,

⁽⁷²⁾ Su tale aspetto si veda la precisa ricostruzione di R. GOODE, L. GULLIFER, *Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security*, cit., pag. 54 ss.; T.C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and The Classification of Financing Devices*, cit., pag. 286 ss.;

⁽⁷³⁾ Si vedano, in tal senso, le conclusioni cui è pervenuto T.C. MITCHELL, *The negative pledge and the classification of financing devices*, cit., pag. 286, il quale, evidenziando l'inadeguatezza della netta bipartizione di cui all'art. 9, *Bankruptcy Code*, conclude che le *negative pledge* non possono collocarsi né tra le garanzie sulla proprietà, né tra le pattuizioni non assistite da garanzia.

⁽⁷⁴⁾ Si tratta di una posizione diffusissima, rispetto alla quale le citazioni sono quasi superflue. Tra i molti, P.R. WOOD, *Comparative Law of Security Interest and Title Finance*, cit., pag. 131; R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, cit., pag. 51; P. DUPONT, *The negative pledge clause under Luxembourg law*, in *Int'l. Fin. L. Rev.*, 1986, pag. 18; G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, *Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral*, cit., pag. 376; G. GILMORE, *Security Interest in Personal Property*, vol. II, 1965, pag. 1019; D. ALLAN, *Negative Pledge Lending – Dead or Alive? How to re-invent the Mortgage*, cit., pag. 330; T.C. HAN, *The negative pledge as a security device*, cit., pag. 416. Si esprimono nel medesimo senso, escludendo che la *negative pledge* possa costituire una garanzia del credito propriamente intesa, anche A. GUEST, Y.K. LIEW, *Guest on the Law of Assignment*, cit., pag. 269; P.F. COOGAN, H. KRIPKE, F. WEISS, *The outer fringe of article 9: subordination agreements*, cit., pag. 264?; *Restatement of the Law. Property – Mortgages. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington D.C.*, 1996, §§1 – End, St. Paul, 1997, pag. 175.

⁽⁷⁵⁾ In questi termini anche A.M. SQUILLANTE, *The pledge as a Security Device*, part VII, cit., pag. 331, il quale pone l'accento sul fatto che la clausola di *negative pledge* non incontra i requisiti richiesti dalla sezione 9-203 (1)(a) dell'U.C.C. per il *pledge*. Da ciò ne consegue che, nella prospettiva esecutiva, al beneficiario della *negative pledge* non sarebbe permesso agire come il creditore pignoratizio. In tale prospettiva, giova precisare che la *negative pledge* non assicura diritti sugli *assets* del debitore né in sede di costituzione né, tantomeno, verificatosi l'inadempimento. Circostanza, quest'ultima, che contribuisce a tracciare una netta distinzione tra la *negative pledge* e la *floating charge* che, pur non assicurando alcun diritto specifico al momento del perfezionamento della pattuizione, pur tuttavia, al verificarsi di determinati eventi, attraverso il processo di cristallizzazione, costituisce un gravame su di uno specifico bene del debitore.

per converso, non attribuisce alcun diritto possessorio al soggetto garantito, imponendo soltanto un vincolo alla capacità di indebitamento dell'obbligato, sottraendosi così sia dall'individuazione di uno specifico bene del debitore sul quale gravare e dal relativo spossessamento ⁽⁷⁶⁾ sia, salvo rare eccezioni, dall'osservanza di formalità pubblicitarie ⁽⁷⁷⁾.

Argomenti contrari non possono essere tratti nemmeno dalla formula normativa, la quale anzi è rigorosamente appropriata all'interpretazione da ultimo proposta. Orientandosi difatti secondo le indicazioni fornite dall'Art. 9 Sez. 1-201(37) dell'U.C.C. ⁽⁷⁸⁾, affinché ricorra un *security interest* occorre che, in favore del creditore, siano riconosciuti specifici diritti sugli *assets* del debitore. Circostanza, quest'ultima, che non può ritenersi integrata

⁽⁷⁶⁾ Cfr. G. GLENN, *The pledge as a security device*, VII, cit., pag. 331-332, il quale osserva che il *pledge* presuppone il trasferimento del possesso in favore del beneficiario della garanzia mentre la *negative pledge*, che non incontra i requisiti richiesti per il *pledge* dalla Sez. 9-203(1)(a), non attribuisce alcun diritto possessorio al soggetto garantito, costituendo una mera obbligazione negativa.

⁽⁷⁷⁾ L'unica eccezione, a quanto consta, si rinviene nella sezione 859D (2)(c) del *Companies Act*, come riformato nel 2013 che prevede, sia pur unicamente in sede di registrazione della *floating charge*, l'obbligo di indicare, tra le altre, se nel *charge* siano state previste delle condizioni che proibiscono o limitano la possibilità, per la società, di creare ulteriori garanzie oltre a quella che si registra. Alla norma, che segna un momento decisivo nell'approccio verso la clausola di *negative pledge*, non deve tuttavia essere ascritto un valore superiore a quello che realmente ha. Invero, se è fuori dubbio che il *Companies Act* 2013 preveda oggi una forma di *constructive notice* per la *negative pledge*, è subito evidente che la misura sia lontana dal costituire una forma pubblicità vera e propria della clausola, al pari della registrazione di alcuni tipi di *mortgage*. In primo luogo, in quanto la sezione del *Companies Act* riferisce espressamente alle sole obbligazioni negative che assistono una *floating charge*, con la conseguenza che quelle autonome ovvero che assistono garanzie diverse dal *charge*, non hanno, ad oggi, alcuna forma di pubblicità. Di poi, dalla summenzionata *constructive notice* non chiarisce se e in quale misura essa sia sufficiente per imputare al debitore la conoscenza della clausola e, dunque, l'impossibilità di eccepire la propria ignoranza. Infine, la vacua formulazione impiegata non chiarisce le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo, in sede di registrazione del *charge*, di far emergere l'esistenza della *negative pledge* in caso di registrazione del *charge*. Non è chiaro, dunque, se detta forma di pubblicità costituisca una *condicio iuris* per opporre ai terzi l'efficacia della clausola o se, piuttosto, questa si traduca in una mera forma di pubblicità-notizia, al solo fine di rendere edotti i terzi dell'esistenza di una pattuizione di tal specie. Per un'accurata disamina dei profili inerenti al regime pubblicitario del *companies act* in relazione alle *negative pledge* si veda R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K.V. ZWIETEN, C. HARE, T.V. SANTE, *Principles of Banking Law*, cit., pag. 433; H. TJIO, *Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce*, cit., pag. 172, il quale osserva che la parte IV del *Companies Act* 1989, Sec. 415(2)(a) già prevedeva la necessità di registrare "*Whether the company has undertaken not to create other charges ranking in priority to or pari passu with the charge*". Sul punto, altresì, E. MCKENDRICK, *Goode on Commercial Law*, 2nd ed., 1995, pag. 717-718; J. BENJAMIN, *Interests in securities. A proprietary Law Analysis of the International Securities Markets*, Oxford, 2008, pag. 103, la quale precisa che, sebbene la registrazione della *floating charge* renda edotti i terzi dell'esistenza del *charge*, ciò non rende conosciuti i contenuti della suddetta garanzia, incluse le *negative pledge* anche se detti contenuti siano registrati.

⁽⁷⁸⁾ Diffusamente, su questo aspetto, P.F. COOGAN, H. KRIPKE, F. WEISS, *The outer Fringes of Article 9* cit., *passim*; T.C. MITCHELL, *The negative pledge and the classification of financing devices*, I, cit., pag. 153, *passim*; D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 439 ss. Il corpo di norme costituito dall'U.C.C. e dal *Bankruptcy Code* si consolida essenzialmente in un dualismo che contrappone, in modo netto, finanziamenti garantiti e non garantiti, la cui scriminante, com'è ovvio rilevare, si fonda sull'esistenza di una garanzia del credito, ossia di un *security interest*. Tale rigida contrapposizione rileva soprattutto quando occorre indagare strumenti, come la *negative pledge*, sui quali è assai incerta la natura di *security interest*. Incertezze che valgono, ove ve ne fosse il bisogno, a mettere in luce l'inadeguatezza delle categorie concettuali delle operazioni *secured* e *unsecured* per descrivere la natura di *personal property*. *The negative pledge and the classification of financing devices*, I, cit., pag. 286.

nel caso della *negative pledge* la quale, dal canto suo, assicura la sola possibilità di porre un freno alla capacità di indebitamento del debitore.

Nonostante la dottrina nettamente prevalente sia orientata nel ritenere che la *negative pledge* di matrice tradizionale non possa assumere la forma di un *security interest*, la giurisprudenza si è invece mostrata profondamente divisa, vacillando su posizioni del tutto antinomiche e rendendo, non di rado, la *negative pledge* terreno privilegiato per il confluire di scelte assiomatiche da parte del potere giudiziario.

Così, secondo quanto statuito da *Coast Bank v. Minderhout*, la clausola di *negative pledge*, al ricorrere di date condizioni, ben potrebbe integrare gli estremi di una garanzia del credito propriamente intesa.

La pronuncia, resa nell'ambito di una vicenda giudiziaria inerenti alla violazione di un divieto di trasferire e di costituire garanzie su un determinato bene, ammette infatti che la *negative pledge* possa costituire titolo per il riconoscimento di un *equitable lien* a condizione che venga accertato, anche con l'ausilio della prova testimoniale, che l'intenzione delle parti, sin dal tempo del perfezionamento della *negative pledge*, era di costituire in favore del soggetto garantito una causa di prelazione propriamente intesa.

Il soffio innovatore dell'esegesi propugnata, e al tempo stesso il centro focale dell'*iter* argomentativo svolto da *Coast Bank v. Minderhout*, ruota intorno alle dichiarazioni rese dalle parti contraenti in sede contenziosa.

Sebbene infatti alla *negative pledge* sia in apparenza sottesa la mera volontà tesa di imporre all'obbligato un dovere d'inerzia, ove i paciscenti, in sede contenziosa, chiariscano che lo scopo dalle stesse perseguito non fosse semplicemente quello di limitare la capacità di indebitamento del debitore bensì di beneficiare il creditore con una garanzia del credito, allora quest'ultimo sarebbe legittimato ad adire l'autorità giudiziaria, in sede di *equity*, per ottenere la causa di prelazione ⁽⁷⁹⁾.

In altri e più compendiosi termini la corte, operando un procedimento che oscilla tra interpretazione e integrazione della volontà negoziale, ammette anche alla *negative pledge*, e quindi ad una pattuizione a contenuto essenzialmente negativo, possa essere sottesa una volontà positiva e, più precisamente, l'intenzione di perfezionare una garanzia del credito tra quelle rientranti nel comune catalogo legale.

Volontà che, non trovando formale evidenza nell'accordo originariamente concluso, abbisogna di essere chiarita attraverso le dichiarazioni rese dai contraenti in sede contenziosa, decisive per la materiale esecuzione dell'accordo ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Ciò si rende possibile poiché, nelle aree di *common law*, laddove le parti negoziali, per un difetto procedurale, abbiano fallito nell'intento di costituire una garanzia del credito, la giurisdizione di *equity* consente egualmente al creditore di ottenere la garanzia che intendeva costituire.

⁽⁸⁰⁾ Orientandosi secondo tali coordinate ermeneutiche, il creditore sarebbe obbligato, ove presente, all'osservanza della *one-action rule*, sì che, per soddisfare le proprie ragioni, deve procedere necessariamente con la procedura di esecuzione forzata sul bene oggetto della garanzia e soltanto dopo aver esaurito il valore dell'*asset*, nel caso le sue pretese non siano ancora state soddisfatte, rivalersi sul patrimonio personale del debitore. Per tale ragione, anche in virtù dell'esistenza della *one-action rule* nella realtà giuridica californiana, *Coast Bank v. Minderhout* è per solito ritenuto un precedente giurisprudenziale *pro-debitore*, poiché, come si è già avuto modo di vedere, non solo lo protegge da multiple azioni del creditore, ma impedisce a quest'ultimo di agire contro il suo patrimonio personale sino all'esaurimento

Esiti ermeneutici, quelli da ultimo citati, cui si uniforma, a poca distanza di tempo, anche *Kaiser Industries Corp. v. Taylor* ⁽⁸¹⁾ in cui il collegio giudicante, chiamato a pronunciarsi sulla validità di un accordo con cui si stabiliva il divieto di trasferire o far gravare la proprietà da garanzie, patrocina senza eccezioni le argomentazioni fatte proprie da *Coast Bank v. Minderhout*.

Difatti, secondo la corte, laddove le parti in sede contenziosa chiariscano che, a discapito della struttura giuridica formale dell'accordo raggiunto, lo scopo primario era quello di garantire l'obbligazione principale con una garanzia del credito propriamente intesa, allora la *negative pledge* può interpretarsi quale manifestazione di volontà diretta a produrre tale specifico effetto, che l'*equity* può realizzare in quanto effettivamente voluto dai paciscenti.

L'esegesi propugnata, suggestiva nelle argomentazioni e tributaria nel merito di aver risvegliato il dibattito a lungo sopito sulla *negative pledge*, oltre a porsi in netta antitesi con l'orientamento della prevalente dottrina ha faticato ad accreditarsi anche nella stessa giurisprudenza. Non mancano infatti, nella ricca casistica, arresti che negano con decisione l'opportunità di scorgere, nella *negative pledge*, un'intesa finalizzata ad assistere il creditore con una garanzia del credito propriamente intesa.

Ad allontanare la suggestione di una possibile sovrapposizione concettuale tra *negative pledge* e *security interest* è, in prima battuta, *Tahoe National Bank v. Phillips* ⁽⁸²⁾ che, con un radicale rinnovamento nell'ermeneutica della clausola, segna l'avvento di un indirizzo giurisprudenziale del tutto inconciliabile con quello dianzi analizzato.

La corte infatti, chiamata a pronunciarsi su di una questione non dissimile da quella posta all'attenzione di *Coast Bank v. Minderhout*, afferma senza esitazioni che la costituzione di una causa di prelazione presuppone una volontà positiva, mentre nella *negative pledge* è sottesa pur sempre una volontà a contenuto essenzialmente negativo. Da ciò ne consegue che l'alchimia giuridica, nemmeno in sede equitativa, potrebbe convertire tale volontà in una di carattere positivo, sì da intendere il creditore legittimato a pretendere la costituzione di un *security interest* in suo favore ⁽⁸³⁾.

della garanzia ottenuta, procedendo con l'azione di esecuzione forzata che impone al creditore notevoli costi e un dispendio di tempo notevole. Cfr., S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, cit., pag. 123.

⁽⁸¹⁾ *Kaiser Industries Corp. v. Taylor*, 17 Cal. App. 3d 346, 94; Cal. Rptr. 773 (1st Dist. 1971)

⁽⁸²⁾ *Tahoe National Bank v. Phillips*, 4 Cal. 3d 11, 92 Cal. Rptr. 704, 480 P.2d 320 (1971).

⁽⁸³⁾ Per un quadro d'insieme sull'articolato intreccio di questioni emergenti da *Tahoe National Bank v. Phillips* si vedano, tra i molti, D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 439 ss. nonché D.S. KARJALA, *Note, Equitable Mortgages and the Homestead Exemption; Tahoe National Bank v. Phillips*, in Cal. L. Rev., 60, 1972, *passim*, pag. 968 ss., che offre un'analisi dettagliata delle differenze dell'impostazione assunta da *Tahoe National Bank v. Phillips* e *Coast Bank v. Minderhout*.

l'insorgere di un *mortgage* ovvero di un *lien* è un atto affermativo, e, come tale, per certo non desumibile implicitamente da un'obbligazione a contenuto essenzialmente negativo. Così, *Knott v. Schepherdstown Mfg. Co.*, citato in S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real estate finance law*, cit., pag. 121-122. Nel medesimo senso anche *Equitable Trust Co. v. Imbesi* 287 Md. 249, 412 A.2d 96 (1980).

Analogo argomentare si rinviene anche in *Orange County Teacher Credit Union v. Peppard* ⁽⁸⁴⁾ e *Browne v. San Luis Obispo National Bank* ⁽⁸⁵⁾, ove il collegio giudicante, a fronte di una questione di stretta analogia rispetto a quella sottoposta a *Tahoe v. National Bank*, ne accoglie in pieno la linea argomentativa, ammettendo che, dai fatti posti al vaglio, è agevole ritenere che la *negative pledge* non può essere impiegata per ottenere il rilascio di un *equitable mortgage* ⁽⁸⁶⁾. L'assenza di plurivocità del testo contrattuale di una *negative pledge*, che si limita ad imporre all'obbligato un divieto di attività negoziale e non già un impegno, a contenuto positivo, funzionale alla costituzione di una causa di prelazione in favore del creditore, non lascerebbe infatti adito a fraintendimenti, secondo l'impostazione della corte, sull'inadeguatezza di tale pattuizione di fungere da presupposto per la costituzione di un *security interest*.

In una ideale linea di continuità con le coordinate ermeneutiche accolte da *Tahoe v. National Bank*, allontanando ulteriormente dalla suggestione che la *negative pledge* possa collocarsi nell'alveo delle garanzie del credito propriamente intese, anche *Weaver v. Tri City Credit Bureau* ⁽⁸⁷⁾ e *Wellenkamp v. Bank of America* ⁽⁸⁸⁾ non mancano di evidenziare dubbi sulle conclusioni cui è pervenuta *Coast Bank v. Minderhout*. Si afferma infatti che, per poter adire l'autorità giudiziaria al fine di vedersi riconosciuta una garanzia in sede equitativa – nella specie un *equitable mortgage* – presupposto essenziale è che le parti abbiano tentato di costituire la garanzia ma, per ragioni tecniche o formali, abbiano fallito nel farlo. Intenzione che, di tutta evidenza, si fatica a rinvenire nella morfologia della *negative pledge*, dalla quale emerge soltanto la volontà di limitare la capacità di indebitamento dell'obbligato vietando la libera costituzione di posizioni di garanzia in favore di terzi.

Sulla base dei rilevati contrasti sull'inquadramento dommatico della clausola – cui le future stagioni, anche in virtù la diffusione massiva dell'istituto, dovranno necessariamente trovare soluzione – sembrano condivisibili le riserve, fatte proprie dalla prevalente giurisprudenza, sull'impostazione assunta da *Coast Bank v. Minderhout*, cui possono muoversi critiche di principio che in qualche modo precedono le confutazioni e riserve di tecnica giuridica.

La pronuncia, nella quale confluiscono indifferenziati tanto profili attinenti alla volontà negoziale quanto aspetti più propriamente inerenti causa e natura della *negative pledge*

⁽⁸⁴⁾ *Orange County Teacher Credit Union v. Peppard*, 21 Cal. App. 3rd 448, 98 Cal. Rptr. 533 (4th Dist. 1971).

⁽⁸⁵⁾ *Browne v. San Luis Obispo National Bank*, 462 F.2d 129 (9th Cir. 1972).

⁽⁸⁶⁾ S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, cit., pag. 123.

⁽⁸⁷⁾ *Weaver v. Tri City Credit Bureau*, 27 Ariz. App. 640, 557 P.2d 1072 (1976), in cui la corte, evidenziando la debolezza delle argomentazioni addotte da *Coast Bank v. Minderhout*, esclude che la *negative pledge* possa costituire il presupposto per ottenere un *equitable mortgage*, giacché la volontà negativa sottesa alla pattuizione consente di escludere che le parti intendessero creare un *mortgage* ma abbiano tecnicamente fallito nel farlo. Escludono che detto accordo possa costituire un *equitable mortgage* ovvero un *equitable lien* anche *Pence v. Norwest Bank Minnesota*.

⁽⁸⁸⁾ *Wellenkamp v. Bank of America*, 21 Cal. 3d 943, 148 Cal. Rptr. 379, 582 P.2d 970 (1978).

(⁸⁹), propendendo a valorizzare l'aspetto dichiarativo, cioè la fase esogena dell'accordo, in luogo dell'esplicazione formale dell'attività negoziale compiuta, pare perdere di vista l'essenza del fenomeno in esame.

La possibilità di percorrere la citata via interpretativa, che è indubbiamente la più suggestiva e la più ricca di svolgimenti pratici e sistematici, postula, come già accennato, che nella *negative pledge* sia sottesa una volontà positiva, finalizzata alla a beneficiare il creditore con una garanzia del credito. Illazione, questa, che come correttamente evidenziato da ampia parte della dottrina, si rivela priva di giustificazione, non foss'altro che la morfologia della *negative pledge*, raffinandosi in un impiego a contenuto omissivo, è ben lungi dal presentare elementi di consonanza con un'obbligazione a contenuto positivo.

La preferenza concessa alla *negative pledge*, e dunque ad una tipologia contrattuale riconducibile senza dubbio alcuno nell'alveo delle obbligazioni che impongono una prestazione negativa, denota la chiara volontà di vincolare l'obbligato al solo rispetto di un dovere d'inerzia e non già, come pure si è tentato di affermare, di assistere il creditore con un *security interest*.

A ciò si aggiunga che, anche volendo ritenere che alla *negative pledge* possa essere sottesa una volontà di tal guisa, per certo non sembra pertinente il riferimento alle dichiarazioni rese in sede contenziosa dai paciscenti. Tale opzione si rivela infatti inconciliabile con la metodologia del discorso giuridico, posto che le dichiarazioni rese dalle parti in sede contenziosa rimangono di regola ininfluenti rispetto all'inquadramento dommatico di una fattispecie.

Dichiarazioni che, al più, potranno rivelarsi utili sul piano dell'interpretazione della volontà negoziale, per illustrare, specie in presenza di strumenti negoziali a causa variabile, lo scopo concreto che le parti hanno inteso perseguire, ma non di certo per determinare l'essenza giuridica dell'istituto impiegato (⁹⁰).

Infine, si tenga pure conto che inquadrare la *negative pledge* nell'alveo delle pattuizioni a contenuto omissivo, oltre a sfuggire alle obiezioni sopra formulate, si pone anche in linea con la tendenza riscontrata nel *case law* anglosassone inerente all'interpretazione del contratto. Difatti, come rassegnato da una recente pronunzia, laddove il contratto si presti ad una duplicità di interpretazioni è preferibile scegliere quella che risulta maggiormente conferente con il comune senso della prassi commerciale, senza dover

(⁸⁹) Tendenza, quella della dottrina anglosassone a non differenziare i vari profili relativi all'interpretazione del contratto messa in evidenza soprattutto dai civilisti di area europea continentale. Per più specifici riferimenti sul punto si veda A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 108, n. 81 nonché da F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, pag. 6.

(⁹⁰) Così, limitandosi a riportare un solo esempio significativo, si pensi al contratto di *sale and lease back*. Ebbene, nonostante nella prassi sia assai diffuso l'impiego di tale strumento in funzione di garanzia, è sicuro, nondimeno, che tale pattuizione non costituisca un *security interest*, a nulla rilevando che le parti, in sede contenziosa, dichiarino che lo scopo sotteso fosse proprio quello di garanzia. Per converso l'emersione dello scopo di garanzia, accertato ora dalle dichiarazioni di parte ora, in mancanza, da elementi oggettivi, può assumere rilievo decisivo al fine di determinare la validità del programma negoziale perfezionato, come accade per il caso delle vendite in funzione di garanzia e al divieto del patto commissorio.

forzare l'interpretazione in favore di una costruzione che conduca ad un risultato assurdo o irrazionale ⁽⁹¹⁾).

Quanto precede potrebbe già considerarsi sufficiente per prospettare, come pure è propensa larga parte della giurisprudenza, una netta revisione metodologica nell'approccio assunto da *Coast Bank v. Minderhout* alla tematica affrontata. Tuttavia, è opportuno sottolineare, per convalidare ulteriormente tali conclusioni, le incongruenze che in pratica potrebbero verificarsi se si accogliesse la tesi opposta.

È infatti del tutto naturale immaginare che, rimettendo la determinazione della natura giuridica della *negative pledge* alle dichiarazioni rese dalle parti in sede contenziosa, l'obbligato risulta maggiormente esposto a fenomeni di abuso negoziale. Ciò in quanto le parti negoziali, soprattutto nel caso di contravvenzione dell'obbligazione, si trovano in una condizione di netto disequilibrio, sicché non è così improbabile che, in sede contenziosa, il debitore sia indebitamente indotto, dalla controparte negoziale, a rendere dichiarazioni non veritiere, condizionato dalla posizione di preminenza economica di quest'ultima ⁽⁹²⁾.

8. *Inadempimento della negative pledge e profili rimediali tra tutela apparente e tutela effettiva.*

Alla luce di quanto detto, pur non essendo privo di argomenti l'interprete intenzionato a dimostrare la natura di *security interest* della *negative pledge*, il complesso dei dati riferiti sembra suggerire nitidamente che la pattuizione in parola, coerentemente con l'opinione della prevalente dottrina e giurisprudenza, vada ascritta nell'alveo delle obbligazioni a contenuto omissivo.

Da tale coniugazione ne discendono effetti sul piano pratico di non lieve momento.

In primo luogo, il creditore assistito dalla sola *negative pledge* non ha titolo per vantare diritti su specifici beni del complesso patrimoniale del debitore, sicché, in sede esecutiva, esso sarà considerato alla stregua di un comune creditore chirografario ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ *Rainy Sky SA v. Kookmin Bank* (2011) UKSC 50; L. BURN, *Pari passu clauses: English law after NML v. Argentina*. Irrazionalità che, di tutta evidenza, potrebbe per certo rinvenirsi nell'interpretazione che scorge, dal testo della *negative pledge*, una volontà diretta a costituire una garanzia del credito. A ciò si aggiunga, volgendo agli scenari domestici, che l'idea di interpretare il portato della *negative pledge* muovendo orientandosi secondo le dichiarazioni rese dalle parti in sede giudiziale potrebbe essere preclusa *a priori* allorché venga prevista una c.d. clausola di protezione letterale. In questi termini, Massima 71/2018 del Consiglio notarile di Firenze.

⁽⁹²⁾ Condotta che, quantomeno nelle aree di insegnamento di *common law*, ben potrebbe integrare una forma di *undue influence* e, dunque, portare alla caducazione della garanzia costituita in spregio della *negative pledge*. Peraltro, la rilevanza dello sfruttamento della condizione di dipendenza non è più ad esclusivo appannaggio delle realtà di *common law*, come emerge con estremo nitore volgendo lo sguardo alla recente riforma della disciplina dei vizi del consenso francese, in cui all'art. 1134 cod. civ. viene riconosciuta espressa rilevanza, quale forma di violenza rilevante, allo sfruttamento dell'*état de dépendance*, consentendo la caducazione dei programmi negoziali che un determinato soggetto non avrebbe concluso se non fosse stato condizionato dalla condizione di dipendenza rispetto al profittatore.

⁽⁹³⁾ J.L. WHITE, G.E. BRUNDSTAD JR., *Secured Transactions. Teaching Materials*, 4th ed., St. Paul, 2013, pag. 118.

Alla mancanza di una causa di prelazione consegue inoltre che, al giudizio d'imputazione dell'inadempimento, i soli rimedi a disposizione del creditore pregiudicato risultano quelli comunemente previsti per l'inadempimento dell'obbligazione, tra cui spicca l'azione risarcitoria ⁽⁹⁴⁾.

Prima di incedere nella disamina delle questioni inerenti al rimedio risarcitorio è bene subito chiarire che, in siffatto contesto, non sembra trovare cittadinanza il concetto di mora del debitore, posto che tale obbligazione, e più in generale quelle a contenuto astensivo, si rivela strutturalmente incompatibile con la possibilità di un adempimento ritardato.

Ciò anche in ragione del fatto che, come si evince dalle scarse indicazioni fornite dall'U.C.C., la garanzia costituita in favore del terzo in spregio della *negative pledge* è pur sempre valida ed efficace, sicché al debitore non residua la possibilità di rimuovere gli effetti dannosi dell'inadempimento al fine si realizzare, sia pur tardivamente, l'interesse creditorio ⁽⁹⁵⁾.

Da ciò ne discende che l'atto positivo contrario al dovere d'inerzia si traduce, *in subiecta materia*, nella constatazione *ipso facto* dell'impossibilità totale della prestazione.

Assodato dunque che il compimento di un atto positivo contrario al dovere astensivo esclude la possibilità di soddisfare tardivamente l'interesse creditorio, il creditore potrà senz'altro agire, in primo luogo mediante l'esperimento di un'azione risarcitoria allo scopo di ristorarsi del danno patito.

Rimedio, quello dianzi menzionato, che presenta tuttavia numerose problematiche di cui è opportuno dar conto.

In prima battuta può osservarsi che l'inadempimento della *negative pledge*, dal punto di vista schiettamente civilistico, non necessariamente cagiona al creditore un pregiudizio attuale, non foss'altro che la postergazione nel soddisfacimento del primo creditore assume per solito rilievo soltanto in sede esecutiva e, in ogni caso, a condizione che l'obbligato si riveli incapace di adempiere correttamente l'obbligazione garantita dalla *negative pledge*.

Da ciò ne consegue che, al momento dell'inadempimento, il più delle volte potrebbe verificarsi in via di mero fatto un ipotetico pregiudizio del titolare della *negative pledge*, giacché nulla esclude che il debitore, adempiendo l'obbligazione nei termini pattuiti, eviti al creditore di risentire degli effetti negativi derivanti dalla violazione dei termini della *negative pledge* ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Le considerazioni che seguono riguardano l'inadempimento della *negative pledge* in sé considerata. Per un quadro sulle conseguenze dell'inadempimento della *negative pledge* associata ad un'altra garanzia del credito e, in specie, alla *floating charge*, si veda P. HOOD, *Principles of Lender Liability*, cit., pag. 380 s.

⁽⁹⁵⁾ Diverso sarebbe il caso in cui il debitore assuma l'obbligo di non avviare un'attività commerciale in concorrenza con il creditore. In tale scenario infatti, la cessazione dell'attività illecita e il ripristino della situazione inerziale, consentono all'obbligato di soddisfare l'interesse creditorio.

⁽⁹⁶⁾ Non è inutile precisare che, nel caso prospettato, la condotta del debitore non costituisce adempimento tardivo dell'obbligazione negativa, posto che la contravvenzione della *negative pledge* ha già irrimediabilmente compromesso l'interesse creditorio. In questo caso si ha, dunque, soltanto il corretto

Per quanto detto, salvo ritenere che il pregiudizio subito dal creditore discenda dal dato oggettivo dell'intervenuta modificazione della situazione preesistente, non potrebbe rilevarsi alcuna ricaduta sfavorevole sulla posizione del creditore, venendo così a mancare un presupposto essenziale per poter esperire utilmente l'azione risarcitoria.

Ad ogni buon conto, nemmeno nel caso in cui l'inadempimento della *negative pledge* arrechi un danno attuale al creditore ⁽⁹⁷⁾, il rimedio risarcitorio può dirsi esente da riserve. Basti infatti considerare che, come per la maggior parte delle obbligazioni a contenuto omissivo, si rivela tutt'altro che immediato quantificare l'ammontare del pregiudizio subito, tenuto conto che il danno derivante dalla mancata esecuzione di una prestazione omissiva, è di non semplice valutabilità in termini economici ⁽⁹⁸⁾.

A ciò va pure aggiunto che, per il creditore, non è affatto agevole essere edotto della violazione dei termini della *negative pledge*. Nevvero, attesa la peculiarità dell'obbligazione in esame, non di rado l'esistenza del gravame in favore del terzo emerge soltanto in sede esecutiva, impedendo così al creditore di agire tempestivamente contro il debitore, con conseguenze di non lieve momento sull'efficacia dell'azione risarcitoria ⁽⁹⁹⁾.

A fronte di quanto osservato, nell'ottica di aggirare le citate criticità, una soluzione potrebbe essere quella di impiegare strumenti di autotutela che, predeterminando la somma che dovrà essere corrisposta al creditore in caso di inadempimento, consentano a quest'ultimo di sottrarsi sia dalla prova dell'esistenza del danno sia dalla quantificazione, in termini economici, del pregiudizio subito.

adempimento dell'obbligazione positiva assistita dalla *negative pledge*, condotta che vanifica gli effetti sfavorevoli derivanti dall'inadempimento di quella negativa.

⁽⁹⁷⁾ Invero, potrebbe costituire un pregiudizio attuale, derivante dalla costituzione della garanzia in favore del terzo, il fatto che quest'ultimo assuma il diritto di esperire azioni esecutive nei confronti del debitore comune, potendone potenzialmente provocare anzitempo la messa in liquidazione, con conseguenze sfavorevoli per il creditore chirografario assistito dalla sola *negative pledge*.

⁽⁹⁸⁾ Parte della dottrina, nel tentativo di individuare una soluzione a tale problema, identifica il *quantum* del danno cagionato dalla violazione della *negative pledge* nella differenza tra la somma che il finanziatore avrebbe ricevuto in sede esecutiva se il finanziato avesse avuto tutti gli *assets* disponibili per i creditori non assistiti da garanzie e quanto attualmente ricevuto alla luce del minor valore del patrimonio debitorio dipendente dalla costituzione di posizioni di garanzia aventi ad oggetto *assets* del patrimonio in favore di terzi. In questi termini, J. STONE, *Negative pledges and the tort of interference with contractual relations*, cit., pag. 319.

⁽⁹⁹⁾ Ciò soprattutto nel caso in cui il debitore abbia posto in essere un negozio che costituisce il presupposto per il sorgere di una garanzia non assistita da alcuna forma di pubblicità, come nel caso dei già citati *hidden liens*, con la conseguenza che il finanziatore potrebbe non ottenere alcunché dall'esperimento dell'azione risarcitoria ovvero far decorrere i termini per l'esperimento dell'azione. A ciò si aggiunga, a convalida di quanto affermato, che la garanzia costituita in spregio alla *negative pledge* è perfettamente valida ed efficace, sicché l'azione risarcitoria, anche laddove sia vittoriosamente esperita, lascia in ogni caso il creditore postergato nel soddisfacimento delle proprie ragioni sicché non può che concordarsi con chi ne afferma la scarsa utilità pratica. Cfr., N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 79. Alla luce di quanto rilevato è allora chiaro per quale ragione parte della dottrina reputi la *negative pledge* uno strumento utile soprattutto per assicurare al beneficiario un "posto a tavola", dandogli la possibilità di partecipare alle negoziazioni nel caso il debitore formuli proposte di ristrutturazione del debito e consideri la possibilità di offrire garanzie ai creditori a tale fine. In questi termini, G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, *Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral*, cit., pag. 380.

In tale prospettiva, quantomeno a ragionare in astratto, sono ipotizzabili almeno due diverse soluzioni.

Un primo espediente consiste nell'impiego di un *flawed asset arrangement*, ovverosia nell'affidare, già al tempo del perfezionamento della *negative pledge*, una somma di denaro ad un depositario terzo che, solitamente un intermediario finanziario, disporrà la liberazione delle somme in favore del beneficiario soltanto al verificarsi dell'inadempimento della *negative pledge*.

Questo artificio, particolarmente tutelante le ragioni creditizie, si rivela nondimeno di difficile prospettabilità sul piano pratico, posto che, com'è evidente, può essere utilmente adottato soltanto a condizione che il debitore disponga di sufficiente liquidità da poterne vincolare una parte a garanzia del corretto adempimento dell'obbligazione assunta.

Se invece, come più frequentemente accade, il finanziato non disponesse di tale liquidità, in alternativa al *flawed asset arrangement* si è avanzata l'idea, che emerge timidamente qui e là in dottrina, di assistere la *negative pledge* con una clausola penale.

Attraverso questo espediente ai paciscenti sarebbe infatti consentito predeterminare la somma che, in caso di inadempimento, dovrà essere liquidata in favore del creditore senza tuttavia l'obbligo, come nel caso del *flawed asset arrangement*, di vincolare preventivamente gli importi a tale scopo ⁽¹⁰⁰⁾.

Sebbene da questo punto di vista la clausola penale si riveli *prima facie* lo strumento più adatto per aggirare le rilevate criticità del rimedio risarcitorio, ad uno sguardo più approfondito si rivela non esente da riserve.

In prima battuta può senz'altro rilevarsi che la penale può essere efficacemente opposta al soggetto obbligato soltanto a condizione che la somma stabilita non ecceda una genuina stima della perdita che il beneficiario potrebbe subire dall'inadempimento della pattuizione assunta ⁽¹⁰¹⁾.

Difatti, nei sistemi di *common law* si suole distinguere tra *penalties*, clausole illecite e *non enforceable* in quanto la somma pattuita per il caso di inadempimento si rivela manifestamente eccessiva e non correlata al potenziale danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, e c.d. *liquidated damages*, ovverosia penali ove, *nomen omen*, l'importo pattuito, che costituisce una ragionevole stima dei danni, mira unicamente a compensare il pregiudizio che deriverebbe al creditore a fronte di un futuro inadempimento dell'obbligato ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Invero, laddove le parti intendano garantire l'adempimento del contratto stabilendo il versamento di una determinata somma per il caso di inadempimento, allora si avrà una penale; per altro verso, laddove la somma pattuita sia prevista al fine di ristorare l'inadempimento del contratto, allora si avrà una liquidazione del danno. Così, M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract*, 13ed., London, 1996, pag. 783.

⁽¹⁰¹⁾ H. BEALE, *Chitty on contracts*, vol. I, General principles, 2015, pag. 1912 s.

⁽¹⁰²⁾ Negli scenari anglosassoni, il criterio distintivo tra *penalty* e *liquidated damages* si fa comunemente risalire a *Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage and Motor Company Ltd* (1915), ove la corte, nel soffermarsi sulle due tipologie di clausole, afferma che "*the essence of a penalty is a payment of money stipulated as interorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage ...*". Nel diritto statunitense è invece il § 2-718, *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) a suggellare la contrapposizione tra *liquidated damages* lecite e *penalties* illecite. Sul tema, *ex multis*, C.J.

Ebbene, per evitare che la clausola penale venga qualificata come *penalty*, e dunque venga intesa quale mezzo per costringere la controparte ad adempiere piuttosto che come mera predeterminazione del danno che potrebbe scaturire dalla mancata osservanza del dovere d'inerzia, è cruciale che le parti contraenti quantifichino nel modo più possibile verosimile e preciso l'ammontare del danno che potrà derivare al creditore, sebbene, rispetto alla *negative pledge*, ciò si riveli tutt'altro che agevole, in virtù della peculiarità del pregiudizio subito dal creditore.

Per gli effetti, è concreto il rischio che, nel tentativo di stimare i danni che potrebbero scaturire dall'eventuale inadempimento della *negative pledge*, le parti fissino una somma che, considerata manifestamente eccessiva in sede contenziosa, comporti la qualificazione della clausola penale in termini di *penalty* e, dunque, illecita.

Anche tuttavia ammettendo che le parti determinino correttamente il contenuto della penale, in senso dubitativo può ancora rilevarsi che l'inadempimento della *negative pledge* costituisce, non di rado, il segnale di una situazione di criticità finanziaria connotata da una condizione di scarsa liquidità, sicché è assai poco probabile che il debitore, contravvenuta l'obbligazione, possa corrispondere al creditore la somma pattuita a titolo di penale ⁽¹⁰³⁾.

a) *Inadempimento ed esecuzione specifica della prestazione*. Prohibitory e mandatory injunction.

Nel tentativo di contrastare la sempre più estesa nebulosità sull'efficacia dell'azione risarcitoria, il formante dottrinale non ha esitato a caldeggiare il ricorso a rimedi di diversa natura, reputati in astratto maggiormente tutelanti le ragioni creditizie, volgendo in particolar modo l'attenzione verso i rimedi equitativi di esecuzione specifica della prestazione.

È noto che, in seno agli ordinamenti di lingua inglese, alla giurisdizione ordinaria si contrappone, completandola, quella equitativa, che assicura tutela ove il *common law* fallisce. Secondo la vulgata giuridica infatti, mentre il *common law* riconosce il diritto, l'*equity* ne assicura la protezione, posto che risulta di limitata utilità pratica ammettere l'esistenza di un diritto che non possa essere adeguatamente garantito sul piano concreto. In tale luce, calandoci nel contesto delle *negative pledge*, allorché l'azione risarcitoria non risulti adeguata a tutelare le ragioni creditizie, per il creditore residua la possibilità di

GOETZ, E. SCOTT, Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle. Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, in 77 Colum. L. Rev., 1977, pag. 554 ss. e, più recentemente R. HALSON, Liquidated Damages and Penalty Clauses, Oxford, 2018. Tale aspetto vale a distinguere sensibilmente le realtà di common law da quella domestica, ove la clausola penale manifestamente eccessiva non è ipso facto invalida, posto che il giudice può ridurne l'ammontare ex art. 1384 cod. civ.

⁽¹⁰³⁾ N. LIDDANE, Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions, cit., pag. 79. Proprio in virtù del deterioramento delle condizioni patrimoniali dell'obbligato sovente riscontrabile a fronte della violazione dei termini della negative pledge, sembra quindi di scarsa utilità pratica, alternativamente all'impiego della penale o del *flawed asset arrangement*, ricorrere a meccanismi che rendano più onerose le condizioni del prestito.

adire l'autorità giudiziaria per il rilascio di un'*injunction*, alternativamente nella forma della *prohibitory* o *mandatory* ⁽¹⁰⁴⁾.

La prima, come si evince anche dal *nomen iuris*, costituisce un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale di natura cautelare, finalizzato ad impedire all'obbligato la possibilità di compiere qualsiasi atto positivo contrario al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge* ⁽¹⁰⁵⁾.

Nonostante la dottrina ne caldeggi l'impiego ogniqualevolta l'azione risarcitoria si riveli scarsamente tutelante le ragioni creditizie ⁽¹⁰⁶⁾, alcune delle peculiarità che contraddistinguono la *prohibitory injunction* ne condizionano sensibilmente l'efficacia nel contesto delle *negative pledge*.

In primis, è bene evidenziare che la *prohibitory injunction* costituisce un rimedio di matrice equitativa, come tale rilasciato dall'autorità giudiziaria discrezionalmente allorché, a seguito della valutazione delle circostanze del caso, i rimedi di *common law* e, segnatamente, l'azione risarcitoria, risultino inadeguati a tutelare le ragioni del soggetto danneggiato ⁽¹⁰⁷⁾.

Discrezionalità che, sebbene ancorata alla valutazione di elementi oggettivi e non già all'*arbitrium merum* dell'autorità giudiziaria, lascia pur sempre un ampio margine di incertezza sulla concreta possibilità di potersi avvalere del rimedio in parola.

A ciò si aggiunga che la *prohibitory injunction*, costituendo un rimedio di natura cautelare, presuppone pur sempre che il creditore abbia il legittimo sospetto, o sia reso edotto dal debitore, che l'obbligazione non verrà correttamente adempiuta.

Circostanza, questa, di rara verificaione, posto che, verosimilmente, il debitore intenzionato a violare i termini dell'accordo non ha lo scrupolo di rendere edotto il

⁽¹⁰⁴⁾ Come ammesso, seppur quale mero *obiter*, in *Doherty v. Allman* (1878) 3 App Cas 709. Sebbene infatti la pronuncia avesse ad oggetto una prestazione a contenuto affermativo, Lord Cairns LC ammette che, in caso di pattuizioni a contenuto negativo, l'unico rimedio che potrebbe rilasciare una corte di *equity* è l'*injunction*, al fine di ottenere l'effetto che le parti intendevano conseguire mediante l'accordo negoziale. Per uno sguardo complessivo sulle *injunctions*, nella ricca letteratura, si veda per tutti M.P. FURMSTON, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract, cit., pag. 646 s.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, per esemplificare, nel caso in cui si imponga all'obbligato di astenersi dal far suonare le campane della chiesa alle 5 del mattino, per il caso di mancata osservanza del dovere la corte può ordinare di astenersi, per l'avvenire, dal tenere la condotta che si è impegnato a non porre in essere. L'esempio è tratto da *Martin v. Nutkin*, 1724, 2 P Wms 266.

⁽¹⁰⁶⁾ Come rilevato in *Pullen v. Abelcheck Pty Ltd* (1990) 20 NSWLR 735, che riconosce il rimedio dell'*injunction* proprio sul presupposto che il risarcimento del danno non sarebbe stato un rimedio adeguato.

⁽¹⁰⁷⁾ Per meglio chiarire il concetto giova un esempio. Si ipotizzi l'esistenza di un contratto che impone all'obbligato di vendere un determinato quantitativo di merce di facile reperibilità sul mercato. Ebbene, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione, non sarà necessario ricorrere all'*injunction*, posto che l'avente causa potrà rifornirsi della merce per altre vie, e per ristorare il danno patito sarà sufficiente accedere ai rimedi di *common law* e, segnatamente, all'azione risarcitoria. Altro è invece a dirsi nell'ipotesi in cui il venditore rifiuti di procedere al rilascio della proprietà immobiliare alienata, nel qual caso l'azione risarcitoria sarebbe inadeguata a ristorare il danno patito, rendendosi invece necessario richiedere l'esecuzione specifica della prestazione. In questo senso. M.P. FURMSTON, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract, cit., pag. 644 s.

creditore di tale evenienza né, tantomeno, terrà un contegno tale da destare sospetti in tal senso ⁽¹⁰⁸⁾.

La naturale conseguenza di tali osservazioni è che, nella pratica, il ricorso alla *prohibitory injunction* risulta precluso ogniqualvolta il creditore non disponga di elementi sufficienti a ritenere che possano essere disattesi i termini della *negative pledge*.

Quand'è così, allorquando non sussistano i presupposti per impedire all'obbligato di rendersi inadempiente dell'obbligazione assunta, al creditore residua la possibilità di agire per il rilascio di una *mandatory injunction* allo scopo di ripristinare la situazione giuridica preesistente alla violazione dei termini della *negative pledge*, rimuovendo gli effetti dell'atto positivo contrario al dovere d'inerzia.

Anche l'espedito della *mandatory injunction*, tuttavia, solleva interrogativi sulla reale adeguatezza del rimedio a tutelare efficacemente le ragioni creditizie.

Prima di tutto tale espedito condivide con la *prohibitory injunction* la natura di rimedio equitativo, sicché anche in tale caso si presenta il problema relativo alla discrezionalità dell'accesso al rimedio.

Ciò, giova ribadire, non implica che la decisione sia il frutto in un incontrollato capriccio del giudice, ma soltanto che la possibilità di ottenere la caducazione degli effetti della condotta debitoria non costituisce un diritto della parte attorea. A tale proposito vale la pena segnalare che la prassi giudiziaria, diversamente da quanto accade per il caso della *prohibitory injunction*, è tutt'altro che incline nell'ammetterne il rilascio. Ciò in quanto, caducando gli effetti dell'atto negoziale compiuto in spregio dell'obbligazione assunta, la *mandatory injunction* è rilasciata soltanto se i vantaggi derivanti dal ripristino della situazione preesistente siano maggiori dei danni che il provvedimento potrebbe causare alla parte resistente ⁽¹⁰⁹⁾.

A supplemento di ciò che s'è detto si tenga pure a mente che, affinché possa invocarsi il rilascio di una *mandatory injunction*, il creditore deve pur sempre aver contezza del compimento, da parte dell'obbligato, di un atto positivo contrario al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge* ⁽¹¹⁰⁾. Circostanza quest'ultima, come si è avuto più volte

⁽¹⁰⁸⁾ La possibilità per il debitore di tenere celato l'inadempimento della *negative pledge*, è anche agevolato dal fatto che tanto le garanzie del credito atipiche quanto quelle di fonte legale per solito difettano di un regime pubblicitario in grado di consentire al creditore di essere edotto dell'esistenza del gravame.

⁽¹⁰⁹⁾ Principio enunciato a chiare lettere anche in *Charrington v Simons & Co Ltd*, (1970), 2 All ER 257, (1970), 1 WLR 725 at 730.

⁽¹¹⁰⁾ Così, N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 80; A. MCKNIGHT, *The Law of International Finance*, Oxford, 2008, pag. 154. Ancora una volta può essere utile un esempio chiarificatore. Ipotizzando che il debitore si sia impegnato a non sopraelevare il proprio immobile, nel caso in cui questi violi l'obbligo assunto, per il creditore è agevole accertare l'inadempimento e agire in via esecutiva per impedire che l'obbligato possa portare a compimento l'opera. Per converso, ed è su ciò che si intende porre l'accento, poiché la contravvenzione della *negative pledge*, ovvero sia il rilascio in favore di un terzo di una garanzia del credito senza il previo consenso del creditore, costituisce non di rado un evento non manifesto, per quest'ultimo si rivela tutt'altro che agevole essere edotto in maniera tempestiva dell'inadempimento dell'obbligazione. Circostanza che, il più delle volte, diventa nota soltanto in sede esecutiva, nella quale, tuttavia, il creditore è già posto in una condizione di pregiudizio difficilmente riparabile. Rileva la difficoltà di essere reso edotto tempestivamente dell'inadempimento della *negative pledge* anche L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, cit., pag. 203.

modo di precisare, tutt'altro che scontata, posto che non sempre le garanzie costituite in spregio della *negative pledge* risultano assistite da formalità pubblicitarie idonee a rendere edotto il creditore dell'esistenza del gravame e, quindi, dell'inadempimento della pattuizione omissiva ⁽¹¹¹⁾.

Conclusivamente, e sulla scorta di quanto osservato, può dunque affermarsi che anche il rimedio dell'*injunction*, tanto nella forma della *prohibitory* quanto della *mandatory*, non sembra decisivo per assicurare un'adeguata tutela delle ragioni creditizie in caso di inadempimento della *negative pledge* ⁽¹¹²⁾.

b) Acceleration clause.

È prassi ricorrente, specie nel contesto dei finanziamenti assistiti da *negative pledge*, l'impiego di particolari clausole negoziali che, al verificarsi dell'inadempimento di una singola pattuizione, consentano di reputare *ipso facto* inadempito l'intero programma negoziale, sì da riconoscere al creditore la facoltà di poter agire per l'intero credito senza attendere la naturale scadenza dell'obbligazione ⁽¹¹³⁾.

La tecnica di formulazione dell'espediente in parola, anche conosciuto come *acceleration clause*, è libero da formalismi, lasciando all'autonomia negoziale dei *paciscenti* la

⁽¹¹¹⁾ Oltre agli effetti più evidenti di cui s'è già dato conto, il rilascio di un'*injunction* potrebbe porsi, quantomeno in potenza, d'ostacolo ai successivi tentativi di salvare dal collasso finanziario il debitore in difficoltà economica. Rileva tale aspetto, N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 80.

⁽¹¹²⁾ Così, R.M. GOODE, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed., Londra, 2008, pag. 58; N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 80. I medesimi presupposti sottesi al rilascio di un'*injunction* potrebbero peraltro essere invocati per la nomina di un curatore, incaricandolo della gestione dei beni del debitore sì da scongiurare che il creditore venga pregiudicato dagli atti dispositivi del debitore. Così, J.R.C. ARKINS, *OK – so you've promised, right? The Negative Pledge Clause and the "Security" it Provides*, cit., pag. 204. Parzialmente differenti sono le conclusioni cui perviene J. STONE, *Will a Court Appoint a Receiver at the Request of a Negative Pledge Lender*, in *Jour. internat. Banking law*, 1991, pag. 405.

⁽¹¹²⁾ D.E. ALLAN, *Negative pledge Lending – Dead or Alive? How to Re-invent the Mortgage*, cit., pag. 331.

⁽¹¹³⁾ Sul punto cfr. D.E. ALLAN, *Negative pledge Lending – Dead or Alive? How to Re-invent the Mortgage*, cit., pag. 331; R. HARDWICK, *The negative pledge and disposal restrictions: carve-outs and remedies for breach*, cit., pag. 510 s. Sebbene per solito l'evento che consente al creditore di pretendere immediatamente l'adempimento sia rappresentato dalla contravvenzione dell'obbligazione principale sottostante, è altresì ricorrente, nella prassi, l'accordo con cui si ammette l'operatività della *acceleration clause* allorché il finanziato, che abbia sottoscritto un contratto di finanziamento garantito da un *mortgage*, addivenga alla cessione del diritto reale immobiliare prima che venga totalmente ripagato il debito. Tali clausole, conosciute come *due-on-sale clauses* e previste dal *Garn-St. Germain Depository Institutions Act* del 1982, sono finalizzate a tutelare le ragioni del finanziatore sull'altrui proprietà e limitano il loro campo di applicazione ai *mortgages* costituiti sulla proprietà immobiliare. Proprio in ragione degli scopi sottesi, non è raro che la *due-on-sale clause* condizioni il diritto all'immediato adempimento dell'obbligazione alla circostanza che l'atto dispositivo del finanziato si riveli pregiudizievole delle ragioni del finanziatore ovvero se questi non abbia richiesto la preventiva autorizzazione del finanziatore. Per più ampi ragguagli sulla questione, cfr. A.K. BERGMAN, *Equitable Relief from the Effect of an Acceleration Clause in a Mortgage*, in *St. John's L. Rev.*, I, 5, 1930, pag. 55 ss.; R.W. THORNBURG, *The Due-on-Sale Clause: Current Legislative Actions and Probable Trends*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 645, 1981, pag. 645 ss.; *Due-On-Sale Clauses in Minnesota. The Application of the Garn Act after Viereck v. Peoples Saving & Loan Association*, in *William Mitchell Law Review*, Vol. 11, Iss. 1, Article 7, pag. 161 ss.

determinazione tanto del *trigger event* che legittima il creditore a pretendere l'adempimento immediato dell'obbligazione, quanto delle modalità operative della clausola: in via automatica al verificarsi dell'evento dedotto ovvero, sulla falsariga di quanto accade per la nostra clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 cod. civ., al ricorrere di un'espressa volontà in tal senso dell'avente diritto ⁽¹¹⁴⁾.

Come per l'azione risarcitoria e le *injuctions*, anche il ricorso all'espedito della *acceleration clause*, in un'ottica di utilità creditoria, arrischia, nei fatti, di rivelarsi un mero *flatus vocis*, quando non un vero e proprio pregiudizio per il creditore che ne invochi l'operatività.

Nel primo senso poiché il creditore, per invocare l'*acceleration clause*, deve pur sempre avere contezza dell'avvenuta inesecuzione del dovere d'inerzia imposto all'obbligato, sebbene, per le ragioni già note, non è infrequente che l'atto contrario al dovere d'inerzia rimanga celato sino al momento all'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale, vanificando così l'effetto della clausola.

Di poi, anche ipotizzando che creditore sia edotto di tale circostanza, affinché l'*acceleration clause* possa rivelarsi di una qualche utilità è necessario che il debitore, resosi inadempiente, sia solvibile, ossia disponga della capacità finanziaria sufficiente ad assolvere alla pretesa creditizia.

Condizione, quest'ultima, di rara verifica, posto che l'inadempimento della *negative pledge* prelude, per solito, ad una situazione di grave crisi di liquidità che motiva il debitore a ricercare ulteriori fonti di finanziamento.

Se, per le ragioni evidenziate, l'invocazione dell'*acceleration clause* può rivelarsi poco fruttuosa per il creditore, a date condizioni tale espedito può cagionare anche effetti sfavorevoli per il creditore che, in qualità di mero chirografario, ne invochi l'operatività. Basti infatti considerare che, ove il debitore costituisca in favore del terzo una garanzia in spregio della *negative pledge* e, al tempo stesso, non sia in grado di far fronte alle pretese del primo creditore, si aprirebbe inevitabilmente la fase di insolvenza. Ebbene, in tal caso il creditore procedente, mero chirografario in quanto assistito soltanto dalla *negative pledge*, risulterebbe inevitabilmente postergato, nel soddisfacimento delle proprie ragioni, rispetto al terzo beneficiario della garanzia costituita in violazione della *negative pledge*.

9. Inadempimento della *negative pledge* e responsabilità del terzo.

Tra gli effetti strettamente correlati alla mancata osservanza del dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge* possono annoverarsi, oltre al pregiudizio subito dal creditore assistito dalla pattuizione, una situazione di ingiusto vantaggio per il terzo beneficiario della garanzia costituita in spregio della *negative pledge*, il quale si assicura, in sede esecutiva, una posizione di preferenza rispetto ai creditori non assistiti da privilegi.

⁽¹¹⁴⁾ In quest'ultimo caso, peraltro, il finanziatore potrebbe perdere il diritto di invocare la *acceleration clause* laddove il finanziato adempia spontaneamente prima di tale momento.

In virtù di ciò, e sul presupposto dell'evidenziata scarsa adeguatezza, *in subiecta materia*, dei comuni rimedi invocabili per il caso di inadempimento dell'obbligazione, dottrina e giurisprudenza non hanno tardato ad interrogarsi sulla possibilità, per il creditore leso, di agire non già avverso il proprio debitore bensì nei confronti del terzo che abbia sollecitato quest'ultimo a rendersi inadempiente dell'obbligazione assunta.

Sebbene la casistica, tanto nella forma della scienza giuridica quanto in quella della legiferazione e della pratica applicativa, non offra in punto un significativo campo di osservazione, è sicuro, nondimeno, che la questione non rimanga confinata in una dimensione di pura suggestione teorica.

È infatti sufficiente notare che, laddove l'obbligato risulti incapace di far fronte alle pretese creditizie, l'azione nei confronti del terzo costituisce non di rado l'ultimo baluardo, per il creditore, di poter trovare sollievo del danno subito dall'inadempimento del proprio debitore ⁽¹¹⁵⁾.

In tale prospettiva, nel tentativo di scorgere un appiglio giuridico a sostegno della legittimità di tale soluzione, si è vagliata in primo luogo la possibilità di ottenere il ripristino della situazione preesistente attraverso il rilascio di un'*injunction* nei confronti del terzo secondo le indicazioni di Knight Bruce LJ in *De Mattos v. Gibson* ⁽¹¹⁶⁾.

Secondo tale orientamento, ogniqualevolta si acquista la proprietà di uno specifico bene, a titolo oneroso o gratuito, nella consapevolezza che il cedente è vincolato, da un precedente contratto, ad utilizzare e disporre della cosa venduta in un certo modo, l'acquirente si reputa soggetto ai medesimi limiti di utilizzazione che gravano, in virtù del citato contratto, in capo al venditore.

Calando tale principio al contesto delle *negative pledge*, il rilascio di un'*injunction* consentirebbe dunque, rimanendo a ragionare in astratto, di precludere al terzo di esercitare i diritti annessi al privilegio ottenuto, sì da essere trattato, quantomeno nei rapporti con il creditore assistito dalla *negative pledge*, alla stregua di un creditore non privilegiato, sì da ripristinare, in buona sostanza, la situazione preesistente all'inadempimento ⁽¹¹⁷⁾.

A discapito dell'indubbia utilità pratica dell'espedito, tale soluzione sembra costituire, allo stato, nulla più di una mera suggestione, come sembra dimostrare anche la scarsa inclinazione, delle corti inglesi e statunitensi, a mutuarne l'impiego nel contesto in parola ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr., H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security and title-based financing*, 3rd ed., 2018, pag. 379; P. DEVONSHIRE, *Freezing Orders, Disappearing Assets and The Problem of Enjoining Non-Parties*, in *Law Quart. Rev.*, 2002, pag. 124 ss. che, rispetto alla problematica dell'esperimento dell'azione nei confronti di un soggetto estraneo rispetto alle parti contendenti, pone, preliminarmente, una questione di carattere semantico, osservando che, per rispettare la differenza di significato, sarebbe più corretto parlare di "*non party*" e non già di "*third party*".

⁽¹¹⁶⁾ G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, *Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral*, cit., pag. 379; C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective*, cit., pag. 263 ss.

⁽¹¹⁷⁾ In tal senso, R. CRANSTON, E. AVGOUEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of banking law*, cit., pag. 438.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*.

Decisivo, per escludere la possibilità di richiedere una simile *injunction*, il fatto che, affinché tali limitazioni possano essere opposte al terzo, occorre pur sempre dimostrare che questi, nel negoziare con il debitore, fosse edotto dell'esistenza dell'intesa restrittiva. Tuttavia, la *negative pledge*, conformemente alla sua natura di mera obbligazione negativa, è scevra, salvo le eccezioni già menzionate ⁽¹¹⁹⁾, da formalità pubblicitarie o di registrazione, sicché può rivelarsi una *probatio diabolica* dimostrare la consapevolezza, da parte del terzo, dell'esistenza del vincolo ⁽¹²⁰⁾.

A rendere difficoltosa l'applicazione del principio espresso in *De Mattos v. Gibson* al contesto delle *negative pledge* si aggiunga, infine, un ultimo e più assorbente rilievo. Anche per avventura ammettendo che il terzo sia edotto dell'esistenza della *negative pledge*, le limitazioni di cui s'è detto trovano cittadinanza soltanto allorché quest'ultimo tenti di negoziare il diritto acquisito in modo divergente dalle indicazioni della preesistente intesa restrittiva. Ebbene, nel caso della *negative pledge*, l'inadempimento riguarda non già tale momento, bensì quello in cui la garanzia viene materialmente costituita in favore del terzo, sicché tale evento potrebbe risultare del tutto estraneo dall'ambito di operatività del principio ⁽¹²¹⁾.

In considerazione delle evidenziate criticità, in luogo del ricorso all'*injunction*, si è quindi vagliata la possibilità di reputare il terzo responsabile, a titolo di risarcimento del danno, per aver interferito dolosamente nella relazione contrattuale tra debitore e primo creditore, sollecitando il primo a rendersi inadempiente della *negative pledge*.

L'azione risarcitoria rivolta al terzo, di derivazione medievale, un tempo era riservata alle controversie tra padrone e servo riguardanti i servizi personali resi da quest'ultimo in favore del primo, allorché il terzo avesse sottratto lo schiavo, mediante l'uso della forza ovvero indotto ad abbandonarlo volontariamente ⁽¹²²⁾, al proprio padrone.

Nelle stagioni più recenti, tuttavia, il rimedio è stato progressivamente esteso ad un più ampio spettro di ipotesi, e, più precisamente, ogniquale volta il terzo, consapevole

⁽¹¹⁹⁾ Il riferimento è sempre al *Companies Act* 2013 che, come più volte osservato, impone, in sede di registrazione della *floating charge*, di fare menzione dell'esistenza di eventuali *negative pledge*. Ad ogni buon conto, nonostante tale adempimento pubblicitario renda più agevole rendere edotti i terzi dell'esistenza della *negative pledge*, sussistano ancora perplessità sul valore di tale *constructive notice*. Cfr., R. CRANSTON, E. AVGOUEAS, K.V. ZWIETEN, C. HARE, T.V. SANTE, *Principles of Banking Law*, cit., pag. 433.

⁽¹²⁰⁾ E. FERRAN, L. CHAN HO, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd ed., cit., pag. 289. Non sembra invece decisiva, per escludere l'applicazione del principio in parola, la circostanza che il creditore precedente debba essere titolare di un privilegio che assicuri diritti sulla proprietà del debitore, ovvero che tale *regula iuris* sarebbe riservato ad un limitato spettro di proprietà, e, segnatamente, a navi e pochi altri beni. Tali argomentazioni, che pure affiorano qua e là in giurisprudenza, sono dotate di scarso valore argomentativo poiché, in *De Mattos v. Gibson*, non è dato rinvenire indicazioni a sostegno di tali notevoli limitazioni nella latitudine del principio *ivi* posto. Cfr. R. CRANSTON, E. AVGOUEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of banking law*, cit., pag. 438. Nemmeno soddisfacente, al fine di escluderne l'applicabilità al contesto in parola, è il rilievo di chi evidenzia che il rimedio in parola potrebbe applicarsi soltanto ove, nell'originaria intesa negoziale, fossero precipuamente identificati gli *assets* dei quali è disposto il limite all'utilizzabilità, posto che, questi potrebbero identificarsi, *per relationem*, negli *assets* sui quali è stata costituita la garanzia.

⁽¹²¹⁾ E. FERRAN, L. CHAN HO, *Principles of corporate finance law*, cit., pag. 290.

⁽¹²²⁾ Cfr., J. STONE, *Negative pledges and the Tort of Interference with Contractual Relations*, cit., pag. 310.

dell'esistenza di un contratto, solleciti l'obbligato a rendersi inadempiente dell'accordo, cagionando così un danno al creditore di quest'ultimo.

A tal riguardo, in mancanza di diverse indicazioni del dato positivo, può senz'altro ritenersi compreso, nell'alveo delle situazioni di ingerenza dannosa tutelabili, anche l'ipotesi in cui il terzo solleciti il debitore a costituire in suo favore una garanzia in spregio al divieto della *negative pledge* ⁽¹²³⁾.

Procedendo con un esempio significativo, si pensi al caso in cui il terzo rifiuti di continuare a fornire determinati quantitativi di merce a chi sia già vincolato da una *negative pledge*, salvo l'ipotesi in cui quest'ultimo si determini a costituire, in spregio del vincolo negativo assunto, una *floating charge* su tutti i beni che verranno consegnati in futuro.

Orbene, nel caso prospettato, affinché l'azione risarcitoria possa dirsi efficacemente esperita, occorre intanto dimostrare che il terzo fosse a conoscenza dell'esistenza della *negative pledge*; di poi che, pur consapevole di tale limitazione, ne abbia dolosamente ignorato l'esistenza inducendo la controparte a rendersi inadempiente del contratto ⁽¹²⁴⁾; infine, occorre accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del terzo e l'inadempimento del debitore, sì da dimostrare che la violazione dei termini della *negative pledge* è conseguenza diretta e immediata dell'indebita ingerenza del terzo ⁽¹²⁵⁾. Anche l'azione risarcitoria nei confronti del terzo, pur costituendo una soluzione astrattamente percorribile, non sembra tuttavia godere di particolare credito nel contesto pratico.

In primo luogo, affinché possa imputarsi al terzo di aver volontariamente indotto l'inadempimento della *negative pledge*, imprescindibile è che quest'ultimo fosse a conoscenza dell'esistenza di tale vincolo di indisponibilità ⁽¹²⁶⁾. Circostanza, quest'ultima

⁽¹²³⁾ Sul punto si è sviluppato un vivace dibattito. Per più ampi ragguagli sulla questione si veda cfr. J. STONE, *Negative Pledges and the Tort of Interference with Contractual Relations*, cit., pag. 310 ss.; TC. HAN, *The Negative Pledge as a Security Device*, cit., pag. 415 ss.; L. WO, *Negative Pledges and their Effects on a Third Party*, in *Jour. of intern. Banking Law*, 14, 1999, pag. 360 s.

⁽¹²⁴⁾ E. FERRAN, L. CHAN HO, *Principles of corporate finance law*, cit., pag. 290; P.R. WOOD, *Comparative Law of Security Interest and Title Finance*, in *Law and Practice of International Finance*, cit., pag. 137. Per la giurisprudenza si veda, in particolare, *Swiss Bank Corp. v Lloyds Bank Ltd* (1979) Ch 548. Al riguardo è opportuno precisare che sollecitare l'obbligato a rendersi inadempiente dell'obbligazione contrattuale assunta è fenomeno da tenere ben distinto dalla condotta di chi infligga volontariamente alla vittima un danno ingiusto, sebbene, nella prassi, non sia infrequente la sovrapposizione di tali condotte. Sul punto, *OBG Ltd and Ors v Allan and Ors* (2007) UKHL 21 (2008) 1 AC 1. La responsabilità del terzo rispetto all'inadempimento di un obbligo assunto da un soggetto nei confronti di un altro non è estranea nemmeno all'esperienza domestica. A tal proposito, si pensi alla consistente casistica giurisprudenziale relativa alla responsabilità del terzo rispetto alla violazione, da parte di uno dei coniugi, dell'obbligo di fedeltà, ove sono state assunte posizioni assai variegiate.

⁽¹²⁵⁾ Difatti non è da escludere che, anche laddove il terzo sia consapevole dell'esistenza della *negative pledge*, la contravvenzione dell'obbligazione negativa non sia dipesa dalla condotta del terzo quanto, piuttosto, dalla sola volontà dell'obbligato. Cfr., J. STONE, *Negative pledges and the Tort of Interference with Contractual Relations*, cit., pag. 315

⁽¹²⁶⁾ L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, cit., pag. 203. Per maggiori delucidazioni sul concetto di conoscenza rispetto all'esistenza della *negative pledge*, N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 81 ss. nonché S. PATERSON, R. ZAKRZEWSKI, (a cura di), *Mcknight, Paterson and Zakrzewski on the law of international finance*, cit., pag. 155.

che, come si è già avuto modo di osservare, è tutt'altro che scontata, posto che la *negative pledge*, essendo sottratta dal catalogo legale dei *security interest*, non è assistita, salvo quanto già detto, da formalità pubblicitarie e di registrazione tali da renderne conoscibile l'esistenza per i terzi.

A ciò si aggiunga che l'inadempimento della *negative pledge* è per solito imputabile ad una chiara volontà dello stesso obbligato, costretto, dalle circostanze del caso, a recuperare ulteriori fondi sul mercato, sicché appare confinata in una casistica assai ristretta l'ipotesi in cui il debitore si renda inadempiente dell'accordo in virtù della condotta fraudolenta di un terzo ⁽¹²⁷⁾.

Il significato concreto di questi rilievi si traduce nell'intendimento che anche la pretesa risarcitoria rivolta al terzo costituisce, allo stato, una mera suggestione, essendo raro che vengano soddisfatti gli stringenti requisiti per poter efficacemente esperire l'azione ⁽¹²⁸⁾.

10. *Dalle negative pledge alle affirmative-negative pledge: equal and ratable security clause e matching security clause.*

Dal quadro così delineato emerge nitidamente come la *negative pledge*, pur diffusamente impiegata quale strumento atipico di garanzia dell'obbligazione, arrischia di rivelarsi, in un consistente numero di casi, un mero *flatus vocis*, informandosi d'un effetto di mera deterrenza piuttosto che di effettiva tutela delle ragioni creditizie.

Tale assunto troverebbe indiretta conferma, oltre che nella mancanza di specifici rimedi connessi alla violazione del dovere d'inerzia, anche nell'incerta efficacia, di cui ha dato ampiamente conto il formante dottrinale, degli espedienti tradizionalmente invocabili nel caso di mancata realizzazione dell'impegno debitorio a contenuto negativo.

Ad ogni buon conto è certo che proprio tale contesto, solcato da profonde incertezze e, al contempo, sostanzialmente privo di condizionamenti del dato positivo, si è rivelato il terreno ideale per il ripensamento e il perfezionamento dell'istituto, come si evince nitidamente dall'uso, proprio delle più recenti stagioni, di corredare negozi e contratti con speciali varianti della *negative pledge*, definite, con accostamento ossimorico, *affirmative-negative pledge* ⁽¹²⁹⁾.

Le *affirmative-negative pledge*, delle quali specialmente il *case law* statunitense offre un importante campo di osservazione, non costituiscono un mero ritocco terminologico delle

⁽¹²⁷⁾ Nel qual caso il terzo, pur laddove fosse stato edotto dell'esistenza della *negative pledge*, andrebbe per certo esente da responsabilità. Cfr., N. LIDDANE, *Negative pledge clause and the interplay between legal and non legal sanctions*, cit., pag. 84.

⁽¹²⁸⁾ Nel medesimo senso, L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, cit., pag. 203. Ad ogni buon conto, ammette l'azione risarcitoria avverso il terzo *DBS Bank v. Tam Chee Chong* (2011), SGCA, 47 (55).

⁽¹²⁹⁾ Per un panorama generale sulle *affirmative-negative pledge* si vedano almeno, tra i molti che si sono occupati della questione, J.B. STONE, *The "Affirmative" Negative Pledge*, cit., pag. 364 ss.; N. LIDDANE, *Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions*, cit., pag. 71 ss. e, in particolare, pag. 88 ss. Per più compiuti riferimenti alle problematiche poste dalle *affirmative-negative pledge* nel contesto dei finanziamenti sovranazionali, e specialmente della *World Bank*, cfr., per tutti, J.K. MAXTON, *Negative Pledges and Equitable Principles*, cit., pag. 458 ss.

negative pledge di prima elaborazione bensì una prospettiva concettuale del tutto innovativa, finalizzata a coniugare due distinte esigenze: da un lato limitare la capacità di indebitamento del debitore e, dall'altro lato, superare le note criticità derivanti dalla mancanza di rimedi specifici connessi all'eventualità che il debitore non dia corretta esecuzione all'impegno omissivo assunto.

Gli epigoni della *negative pledge* infatti, a fianco di una finalità primaria costituita dalla limitazione della capacità di indebitamento, associano un'altra finalità, non secondaria per contrapposizione alla prima, ossia di assistere il creditore, per il caso di contravvenzione del dovere d'inerzia assunto dall'obbligato, attraverso un peculiare rimedio di autotutela.

L'essenza di tali pattuizioni si scorge infatti nella previsione, accanto al dovere d'inerzia proprio delle *negative pledge* di conio tradizionale, dell'impegno, accessorio a quello negativo, a costituire in favore del primo creditore una garanzia di pari grado e valore rispetto a quella rilasciata, in favore del terzo, in spregio dell'obbligazione omissiva⁽¹³⁰⁾. Se poi si spinge più a fondo il confronto si può constatare che l'articolato schema giuridico dianzi descritto si è arricchito, nelle più recenti stagioni, di molteplici sfumature, posto che, sotto l'etichetta unitaria di *affirmative-negative pledge*, è possibile distinguere almeno tre varianti della clausola che, modulando diversamente il contenuto dell'obbligo positivo, consentono di ampliare sensibilmente il portato delle *negative pledge* di matrice tradizionale.

Una prima variante è costituita dalla *equal and ratable security clause*, mediante la quale l'obbligato si impegna, in caso di mancata esecuzione dell'obbligazione negativa, a costituire senza indugio in favore del primo creditore una garanzia di pari specie, priorità e sul medesimo *asset* impiegato per costituire il gravame in favore del terzo⁽¹³¹⁾.

In altri e più compendiosi termini, al creditore viene riconosciuto il diritto, ove l'obbligato compia un atto positivo contrario al dovere d'inerzia, di pretendere da quest'ultimo il perfezionamento di un ulteriore negozio finalizzato alla costituzione, in suo favore, di una garanzia equivalente a quella rilasciata in favore del terzo.

Dalla *equal and ratable security clause* va tenuta distinta la *matching security clause* posto che, pur modellandosi sul paradigma della prima, il collaterale sul quale costituire la garanzia in favore del primo creditore non viene identificato *per relationem*, lasciando ai paciscenti la possibilità di individuare liberamente l'*asset* sul quale far sorgere il gravame⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, cit., pag. 51.

⁽¹³¹⁾ Cfr. C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective*, cit., pag. 287.

⁽¹³²⁾ *Ibidem*. Aspetto, quello dianzi menzionato, che oltre a consentire una più agevole distinzione tra *matching security* e *equal and ratable security clause*, costituisce al tempo stesso la principale paratia nel riconoscere, in sede equitativa, la possibilità per il creditore di ottenere la garanzia per il caso di inadempimento di tale obbligo, posto che l'accordo che si intende eseguire manca di individuare preventivamente tale bene. Ad ogni buon conto, al di là di quanto rilevato, alla luce della sostanziale similarità tra *equal and ratable security clause* e *matching security clause*, le considerazioni svolte per le prime possono intendersi valide anche per le seconde.

Più accentuato, invece, è il solco che separa le pattuizioni da ultimo citate dalle *automatic security clause*, in forza delle quali, in caso di mancata osservanza dell'obbligazione negativa imposta all'obbligato, il primo creditore si considera automaticamente assistito da una garanzia di pari specie e priorità rispetto a quella costituita in favore del terzo.

In altri termini, mentre le *equal and ratable security clause* e le *matching security clause* impongono al debitore il perfezionamento di un'ulteriore obbligazione a fronte della mancata esecuzione del dovere d'inerzia assunto, nelle *automatic security clause* tale operazione si rende superflua poiché il gravame in favore del primo creditore sorge in via automatica al verificarsi dell'inadempimento.

Anche dalla tripartizione ora descritta, che vale solo a dare per grandi linee l'idea di come può configurarsi una *affirmative-negative pledge*, risulta d'immediata percezione che, all'infuori dell'aspetto segnalato, tali pattuizioni si modellano sui tratti di una *negative pledge strictu senso*.

In virtù di ciò ci si limiterà qui a vagliarne soltanto gli aspetti peculiari, muovendo in prima battuta dalle *equal and ratable security clause* e rinviando, per più ampie considerazioni sulla disciplina generale della *negative pledge*, a quanto già detto diffusamente *supra*.

Tra le questioni che si agitano nel dibattito è senz'altro l'inquadramento dogmatico della *equal and ratable security clause* a costituire uno degli aspetti più controversi, complice anche il silenzio serbato dal dettato legislativo in punto di disciplina ⁽¹³³⁾.

È infatti questione d'interpretazione se la pattuizione in esame vada intesa alla stregua di una mera declinazione delle *negative pledge* di prima elaborazione o se, piuttosto, costituisca il manifesto di un'obbligazione di stampo positivo, cui è associato un dovere d'inerzia che, tuttavia, rimarrebbe neutro rispetto all'inquadramento giuridico dell'intesa. La questione, manchevole di riflessioni ben sedimentate da parte degli interpreti, è stata sovente posta all'attenzione della giurisprudenza che, muovendosi in un terreno già dissodato da profonde contraddizioni ed incertezze, ha espresso opinioni assai distanti, quando non addirittura inconciliabili.

Nel disegnare sinteticamente questo intreccio occorre anzitutto tenere presente che anche la citata operazione ermeneutica, rispetto alla quale è arduo pervenire a sintesi immediate, non si confina in una dimensione prettamente astratta, atteso che dal prevalere dell'una o dell'altra ricostruzione discendono conseguenze affatto inassimilabili sul piano pratico. Basti infatti qui rilevare che nell'un caso, ovverosia perorando l'opinione che descrive la *equal and ratable security* come una *species* della *negative pledge*, va senz'altro esclusa la natura di *security interest* della pattuizione, posto che la garanzia in favore del primo creditore non potrebbe discendere direttamente da tale intesa, abbisognando, piuttosto, di un ulteriore accordo negoziale, connesso ma autonomo rispetto al primo.

⁽¹³³⁾ Non diversamente da quanto rilevato a suo tempo rispetto alle *negative pledge* di prima elaborazione, anche per le *affirmative-negative pledge* è vano cercare, nella letteratura di *common law*, un'impostazione del problema in termini di disciplina legale, posto che la regolamentazione del fenomeno giuridico è affidata essenzialmente all'impulso della dottrina e della giurisprudenza.

Secondo invece l'opposto orientamento la *equal and ratable security clause* riconosce di per sé, in favore del creditore, un diritto su di uno specifico *asset* del debitore, venendo così a cadere la principale paratia alla riconducibilità del fenomeno nell'alveo dei *security interest*.

In quest'ultimo senso sembra esprimersi *Connecticut Co. v. New York, N.H. & H.R.R.* ⁽¹³⁴⁾, secondo cui il *proprium* della *equal and ratable security clause* andrebbe difatti individuato non già nella condotta omissiva tipica delle *negative pledge* quanto, piuttosto, nell'impegno a costituire la garanzia in favore del primo creditore.

Da tale coniugazione ne discende che, a discapito della struttura giuridica formalmente posta in essere, la condotta omissiva imposta all'obbligato assumerebbe la natura di prestazione accessoria, mentre quella principale, a contenuto positivo, sarebbe rappresentata dall'intento di assistere il primo creditore con una causa di prelazione a garanzia del corretto adempimento dell'obbligazione sottostante.

In virtù di ciò il primo creditore, sia pur soltanto formalmente, sarebbe titolare della causa di prelazione anche prima dell'inadempimento del contegno omissivo, sicché il terzo, anche ove ottenesse una garanzia in spregio del dovere d'inerzia imposto dalla *equal and ratable security clause*, rimarrebbe pur sempre postergato, nel soddisfacimento, rispetto al primo creditore ⁽¹³⁵⁾.

Secondo invece altra ricostruzione, pur condividendo l'impostazione assunta dal precedente orientamento, la garanzia in favore del primo creditore potrebbe venire alla luce soltanto al tempo in cui l'obbligato si determini a violare il dovere d'inerzia assunto e giammai, come invece sembra emergere da *Connecticut Co. v. New York, N.H. & H.R.R.*, prima di questo momento ⁽¹³⁶⁾.

Tale impostazione, che gode di larghi consensi specialmente nel *case law* anglosassone ⁽¹³⁷⁾, pone l'accento sul fatto che la costituzione della garanzia in favore del primo creditore ha pur sempre, come presupposto logico, l'inadempimento della *equal and ratable security clause*, ovvero sia il rilascio di una garanzia in favore del terzo. Da ciò ne discende che, quantomeno formalmente, la garanzia in favore del primo creditore verrebbe costituita in un momento successivo a quella riconosciuta, *medio tempore*, in favore del terzo.

Ammesso tuttavia che, orientandosi secondo tale opzione, il primo creditore verrebbe inevitabilmente postergato, nel soddisfacimento delle proprie ragioni, rispetto al terzo sopravvenuto, per evitare che lo scopo primario di cui s'informa la *equal and ratable*

⁽¹³⁴⁾ *Connecticut Co. v. New York, N.H. & H. R.R.* 94 Conn. 13, 107 A 646 (1919).

⁽¹³⁵⁾ C. MITCHELL, *The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective*, cit., pag. 287.

⁽¹³⁶⁾ *Kaplan v. Chase National Bank* 156 Misc. 471, 281 N.Y.S. 825 (Sup. Ct. 1934); *Chase National Bank v. Sweezy*, 281 NY, Supp. 287, (S.C. 1931); *In Re Associated Gas & Electric Co.* 61 F. Supp. 11 (S.D.N.Y. 1944).

⁽¹³⁷⁾ Cfr., *ex multis*, *Thames Guaranty Ltd. v. Campbell*, 1985, Q.B. 210, 234 (C.A. 1984); *In Re Gregory Love & Co.* 1916, Ch. 203, 211-12 (1915); *Holroyd v. Marshall*, 11 Eng. Rep. 999, 1009-10, (H.L. 1862); *Shaw v. Foster*, 5. H.L. Eng. & Ir. App. 321, 334-35, 341-42 (1872). Per la dottrina, in tal senso W.J. GOUGH, *Company Charge*, 1978, at. 72; R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, 1982, at. 9; D. ASIEDU-AKROFI, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, cit., pag. 443.

security clause venga totalmente vanificato si è affermato che la garanzia in favore del primo creditore, pur formalmente costituita successivamente, dovrebbe intendersi sorta in *scintilla temporis* antecedente a quest'ultima in favore del terzo, sì da conservare la posizione di preferenza del primo creditore ¹³⁸.

In senso del tutto antitetico rispetto ai menzionati orientamenti si esprime invece *Kelly v. Central Hanover Bank & Trust Co.* (¹³⁹), secondo cui una *equal and ratable clause* non comporta il sorgere di una garanzia né al tempo in cui viene perfezionato l'accordo negoziale, né, tantomeno, a fronte dell'inesatta esecuzione del dovere d'inerzia imposto al debitore, atteso che la fisionomia dell'operazione negoziale rimane pur sempre quella dell'obbligazione negativa (¹⁴⁰).

Senza voler qui prendere una posizione netta sul punto, anche sul fondamento della complessità dei profili qui in esame, sembra che, tra le altre, quest'ultima coordinata ermeneutica risulti maggiormente calzante.

In primo luogo, tale coordinata ermeneutica sembra meglio attagliarsi alla morfologica del fenomeno giuridico in analisi. Invero, è piuttosto evidente che, nell'intenzione delle parti, la costituzione della garanzia del credito assume, nel contesto delle *affirmative-negative pledge*, una connotazione strumentale, in vista dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione, senza entrare nel profilo causale dell'obbligazione.

Inoltre, ricostruendo in questi termini il fenomeno si scongiura il sacrificio degli interessi del terzo di buona fede che, *medio tempore*, abbia ottenuto una garanzia costituita in spregio del dovere d'inerzia imposto.

Si è infatti più volte avuto occasione di evidenziare che l'efficacia della *negative pledge*, e delle sue relative declinazioni, è pur sempre relativa, dunque limitata ai rapporti tra le parti negoziali. Sicché, verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione negativa, intendere il terzo creditore postergato rispetto a quello assistito dalla *equal and ratable security clause* varrebbe a ritenere tale pattuizione dotata d'una efficacia che non gli è propria, in aperto contrasto, oltre che con le indicazioni della prevalente dottrina, anche con i dettami di cui all'art. 9 U.C.C.

In virtù di quanto osservato la differenza tra *negative pledge* di calco tradizionale e *equal and ratable security clause*, che pure non può essere disconosciuta, deve essere sicuramente ridimensionata.

Lungi infatti dal presentare elementi di consonanza con l'obbligazione positiva, elemento distintivo della *equal and ratable security clause* è soltanto la previsione di un rimedio per il caso di inadempimento del debitore.

(¹³⁸) Soluzione, questa, che se può in astratto ammettersi rispetto a garanzie che non abbisognano di alcuna registrazione, come il *pledge*, per converso non è percorribile laddove la garanzia abbisogni della registrazione per essere efficacemente opposta nei confronti dei terzi. Difatti, è d'immediata percezione che la prima garanzia ad essere registrata e quella che prende il grado anteriore e, dunque, pone il creditore beneficiario in una posizione di preferenza rispetto a quelli che, pur assistiti da una garanzia della medesima specie, abbiano proceduto alla registrazione successivamente.

(¹³⁹) *Kelly v. Central Hannover Bank & Trust Co.* 11 F. Supp. 496 (S.D.N.Y. 1935)

(¹⁴⁰) In questi termini si esprime anche R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, cit., pag. 51.

In altri e più compendiosi termini, posto che la previsione di uno specifico rimedio per il caso di inadempimento è di regola influente sul profilo causale della pattuizione, da un accordo modellato nei termini di una *equal and ratable security clause* potrebbe evincersi la sola volontà di imporre all'obbligato il rispetto di un dovere d'inerzia e non già, come pure si è tentato di sostenere, di assistere le ragioni creditizie attraverso la costituzione di una causa di prelazione ⁽¹⁴¹⁾.

Logico corollario di tale impostazione è che la *equal and ratable security clause* costituisce nulla più di un simulacro di un *security interest*, assicurando unicamente il diritto a pretendere, per il caso di inesatta esecuzione del dovere d'inerzia proprio della *negative pledge*, il perfezionamento di un ulteriore programma negoziale che, concretizzando l'intento perseguito dalle parti, consenta di costituire, in favore del primo creditore, una garanzia equivalente a quella a costituita a beneficio del terzo in violazione dei termini della *negative pledge*.

In tal senso la possibilità, per il creditore assistito da una *equal and ratable security clause*, di preservare la propria posizione di priorità a fronte dell'inadempimento del debitore si rivela, non diversamente da quanto osservato rispetto alla *negative pledge* di prima elaborazione, una pia illusione.

Tralasciando infatti il ricorso ad improbabili *fictiones*, è d'immediata percezione che, inadempita la *equal and ratable security clause* e quindi costituita la garanzia in favore del terzo, la causa di prelazione riconosciuta in favore del primo creditore finisce per assumere grado peggiore rispetto alla prima ⁽¹⁴²⁾.

Ad ogni buon conto, nonostante i limiti evidenziati, ciò non autorizza a preconizzare un'inesorabile e definitiva inutilità della *equal and ratable security clause* sul piano pratico, posto che l'acquisizione di una causa di prelazione, ancorché di grado peggiore rispetto a quella riconosciuta in favore di altri creditori, può rivelarsi un prezioso ausilio nell'ottica del soddisfacimento delle ragioni creditizie ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Realizzando una fattispecie non tanto dissimile da quella, a suo tempo prospettata, per il caso di apposizione, ad una *negative pledge* di prima elaborazione, di una clausola penale.

⁽¹⁴²⁾ Ciò appare evidente ponendo mente al diritto domestico e, più precisamente, alla costituzione della garanzia ipotecaria. Invero, se è ben possibile iscrivere due ipoteche con il medesimo grado, ciò presuppone pur sempre che tali iscrizioni avvengano contestualmente. Diversamente, nel caso della *equal and ratable security clause*, il creditore viene frequentemente reso edotto dell'inadempimento soltanto in sede esecutiva, sicché appare del tutto improbabile che quest'ultimo possa iscrivere contestualmente tale garanzia e ottenere, così, il beneficio di una garanzia equivalente. Inoltre, il concetto di garanzia equivalente sotto il profilo della posizione di preferenza presenta un'ulteriore criticità nel caso in cui la violazione dei termini della *negative pledge* conduca al perfezionamento di un contratto dal quale sorge un *lien*. Posto infatti che tale forma di garanzia non ha fonte pattizia bensì a legale, non v'è modo per l'obbligato di costituire una garanzia della medesima specie in favore del creditore, salvo si intenda quest'ultimo obbligato a perfezionare un altro negozio avente la medesima portata di quello perfezionato con il terzo. Soluzione che, tuttavia, sembra trascendere il contenuto dell'obbligazione imposta con la *equal and ratable security clause*.

⁽¹⁴³⁾ Sul punto vale la pena precisare che il rilascio della garanzia a fronte dell'inadempimento del debitore non costituisce adempimento tardivo dell'obbligazione negativa, quanto, piuttosto, l'esecuzione della prestazione a contenuto positivo espressamente assunta dall'obbligato, il cui adempimento diventa opponibile soltanto al verificarsi dell'inadempimento della prima. Ciò in quanto l'adempimento tardivo, come si è già avuto modo di osservare, appare strutturalmente incompatibile con la natura del contegno omissivo, posto che, compiuto l'atto positivo contrario al dovere di inerzia, sarebbe da considerarsi non più

È infatti d'immediata percezione che il creditore coadiuvato da una causa di prelazione si pone in una posizione preferenziale sia rispetto a terzi creditori chirografari preesistenti, sia rispetto a quelli che, anche privilegiati, si aggiungano successivamente.

La condizione di *creditore secured* dà inoltre sovente diritto di esperire azioni esecutive su specifici beni del debitore nonché, nel caso la garanzia acquisita sia della medesima natura e sul medesimo *asset* di quella costituita in favore del terzo, di perfezionare con il terzo un contratto di scambio, nella forma della permuta o della posposizione, del grado della garanzia, eventualmente, in virtù di un previo accordo in tal senso, addebitandone i costi in capo al debitore, sì da riottenere, senza ulteriori esborsi, la posizione di privilegio perduta.

Infine, per convalidare ulteriormente le ragioni che giustificano il ricorso ad una *equal and ratable security clause* si consideri quest'ultimo rilievo. Per mezzo di una *negative pledge* tradizionale la scelta di procedere come chirografario viene fatta già al momento del perfezionamento dell'intesa, precludendo così al creditore, in caso di sopravvenuto mutamento delle circostanze, di invocare il diritto al rilascio di una garanzia del credito in suo favore a fronte dell'inadempimento della pattuizione. Per converso, nelle *equal and ratable security clause*, è consentito scegliere se procedere quale creditore *unsecured* o meno *a posteriori*, ovverosia al momento dell'inadempimento del debitore, sì da poter valutare le circostanze del caso alla luce delle eventuali mutate esigenze o della diversa composizione del patrimonio debitorio ⁽¹⁴⁴⁾.

In conclusione, disponiamo di elementi di conoscenza sufficienti per affermare che la fisionomia della *negative pledge*, pur sotto nuove etichette, non muta. L'aggettivo *affirmative*, associato al sostantivo *negative*, varrebbe infatti non già a descrivere un'operazione negoziale del tutto autonoma ed estranea al *genus* della *negative pledge*, quanto, piuttosto, una *species* delle stesse, il cui elemento distintivo, individuato per contrasto con la struttura classica, si raffina nella sola previsione di uno specifico rimedio per il caso in cui l'obbligato compia un atto positivo contrario al dovere d'inerzia assunto. In virtù di ciò, anche per temperare l'ossimoro rilevato, per descrivere tale peculiari varianti della *negative pledge* si può fare impiego, in luogo dell'espressione *affirmative-negative pledge clause*, di altra terminologia, neutra e non allusiva ad una potenziale dicotomia sulla natura giuridica della pattuizione, com'è quella di *sanctioning negative pledge clause*.

11. *L'inadempimento dell'obbligo di costituire la garanzia in favore del primo creditore.*

realizzabile l'interesse creditorio, posto che il debitore non potrebbe ripristinare la situazione esistente prima dell'inadempimento.

⁽¹⁴⁴⁾ A ciò va aggiunto che, al creditore sarebbe consentito trasferire la posizione di garanzia detenuta, posto che il diritto negoziato sarebbe, di fatto, un diritto di opzione, e non già una garanzia sotto condizione, scongiurando, quantomeno in prospettiva domestica, le problematiche relative alla circolazione della garanzia separatamente dal credito, come noto ostacolato dal principio di accessorialità del credito rispetto alla garanzia. Per contro, non vi sarebbero alcune preclusioni, anche in prospettiva domestica, a far circolare separatamente dal credito il diritto di opzione ad ottenere la costituzione di una garanzia in proprio favore. Ovviamente il cessionario dovrebbe essere creditore del medesimo debitore, altrimenti non avrebbe logica cedere il diritto alla costituzione di una garanzia senza alcun rapporto obbligatorio da garantire.

Se può senz'altro ammettersi che le *affirmative-negative pledge* preservino una loro autonomia per quanto attiene ai profili rimediali per il caso di inadempimento dell'obbligazione, è nondimeno acquisito che le stesse declinano pur sempre, al pari delle *negative pledge* di tradizionale concezione, un rapporto obbligatorio a contenuto negativo.

In considerazione dell'accolto inquadramento, e fermo restando che già prima d'ora si sono passate in rassegna conseguenze e rimedi connessi all'inadempimento della *negative pledge*, si tratta ora di porre in luce gli aspetti connessi all'inesecuzione dell'obbligo di costituire la garanzia in favore del creditore assistito dalla *equal and ratable security clause*.

Prima di entrare in *medias res* è bene subito precisare che le incertezze sull'inquadramento dommatico del fenomeno si riverberano, giocoforza, anche sui profili rimediali connessi.

Intendendo infatti la *equal and ratable security clause* alla stregua di un'obbligazione positiva, nel caso l'obbligato non intenda determinarsi spontaneamente alla costituzione della garanzia in favore del primo creditore, quest'ultimo potrebbe adire l'autorità giudiziaria per ottenere, in via equitativa, un ordine di esecuzione dell'obbligazione in forma specifica ⁽¹⁴⁵⁾.

Secondo invece l'opposta corrente interpretativa, che trova l'avallo soprattutto nella dottrina di matrice anglosassone, l'*equity* potrebbe imporre l'esecuzione della prestazione soltanto nel caso fosse accertato che il creditore abbia versato, in sede di perfezionamento dell'accordo, un corrispettivo per la costituzione della garanzia che si intende ottenere. Condizione questa che per certo non ricorre nel caso della *equal and ratable security clause*, posto che tale intesa esprime pur sempre un'obbligazione a contenuto negativo, ove la somma finanziata al debitore viene erogata unicamente in ragione della promessa di quest'ultimo di restituirla ⁽¹⁴⁶⁾.

Sebbene allo stato non vi sia un'opinione prevalente sull'altra, sembra preferibile orientarsi secondo le coordinate ermeneutiche fatte proprie da quest'ultima opzione, non foss'altro che, diversamente opinando, verrebbe implicitamente riconosciuta, nella *equal and ratable security clause*, una volontà attuale di costituire una posizione di garanzia in favore del creditore, finendo così per negare la natura di obbligazione negativa ⁽¹⁴⁷⁾.

In questo senso sembrano militare, altresì, considerazioni di ordine pratico. Nevvero, reputando la *equal and ratable security clause* quale obbligazione positiva, al creditore, in caso di mancata osservanza del dovere d'inerzia a quest'ultimo sarebbe consentito soltanto richiedere la costituzione della garanzia in suo favore ovvero il risarcimento del

⁽¹⁴⁵⁾ *Kaplan v. Chase National Bank* 156 Misc. 471, 281 N.Y.S. 825 (Sup. Ct. 1934); *In Re Associated Gas & Electric Co.*, 61 F. Supp. 11 (S.D. N.Y.), 1944. Ciò sul presupposto che, al momento del perfezionamento dell'accordo, il creditore accorderebbe in favore del debitore una somma di denaro superiore a quella che avrebbe prestato in mancanza della possibilità di essere assistito, per l'avvenire, con una garanzia del credito, giustificando in tal senso la maggior somma erogata

⁽¹⁴⁶⁾ R. GOODE, *Legal problem of credit and security*, cit., pag. 50 s.

⁽¹⁴⁷⁾ T.C. MITCHELL, *The negative pledge and the classification of financing devices*, cit., pag. 289.

danno. *A contrario*, intendendo la *equal and ratable security clause* come una *negative pledge* a tutti gli effetti, quest'ultimo, già prima del verificarsi dell'inadempimento, potrebbe agire per il rilascio di una *prohibitory injunction*, allo scopo di impedire all'obbligato di violare i termini dell'accordo ⁽¹⁴⁸⁾. Di poi, nel caso non sussistano le condizioni per potersi avvalere del citato rimedio cautelare, il creditore potrebbe agire per ottenere il risarcimento del danno e, nel caso l'obbligato si mostri riluttante nell'addivenire al perfezionamento della garanzia in suo favore, agire per l'esecuzione in forma specifica di tale obbligo.

12. Criticità delle *equal and ratable security clause* e sviluppo delle *Automatic security clause*.

Già dalle sintetiche considerazioni sin qui svolte è agevole rilevare che le *affirmative-negative pledge*, pur ponendo parziale rimedio alle criticità delle *negative pledge* di prima elaborazione, pur tuttavia falliscono nell'assicurare al creditore, nel caso di mancata osservanza del dovere d'inerzia, una reale tutela dal rischio di postergazione nel soddisfacimento delle proprie ragioni.

Come si è già avuto occasione di evidenziare infatti, dall'impegno del debitore a costituire una garanzia di pari grado e valore rispetto a quella rilasciata in favore del terzo, discende pur sempre una garanzia di grado peggiore rispetto alla prima, non foss'altro che quest'ultima è il presupposto logico e giuridico della seconda ⁽¹⁴⁹⁾.

Preso coscienza che l'alchimia giuridica non può, quantomeno attraverso tali espedienti, impedire la perdita della posizione di preferenza del creditore per il caso di inadempimento del debitore, la prassi si è presto adoperata allo scopo di individuare una soluzione alternativa.

È infatti proprio su di un terreno dissodato dalle incertezze sull'effettiva utilità pratica delle *equal and ratable security clause* che si è assistito al perfezionamento, e alla rapida diffusione, delle *automatic security clause*, peculiare variante delle *affirmative-negative pledge* di più recente conio che si propone, quantomeno nell'idea di fondo, di preservare la posizione di privilegio del primo creditore anche in caso di inadempimento del dovere d'inerzia imposto al debitore.

In estrema sintesi infatti, l'*automatic security clause*, pur condividendo struttura e funzione delle altre *affirmative-negative pledge*, se ne distingue poiché, al verificarsi dell'inadempimento del debitore, consente di reputare il primo creditore automaticamente assistito da una garanzia di pari specie e sul medesimo *asset* di quella costituita, in favore del terzo, in spregio del dovere d'inerzia assunto ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Rimedio, quello della *prohibitory injunction*, che non sarebbe ammesso nel caso si ritenesse che la *equal and ratable security clause* integri un'obbligazione positiva, posto che il rimedio in parola è riservato unicamente alle obbligazioni a contenuto omissivo.

⁽¹⁴⁹⁾ Come acutamente rilevato da J. STONE, *The "Affirmative" Negative Pledge*, cit., pag. 369. Ciò appare ancora più evidente con riguardo alle *equal and ratable security clause*, ove il bene sul quale tale garanzia deve costituirsi è il medesimo impiegato come collaterale in favore del terzo.

⁽¹⁵⁰⁾ P.R. WOOD, *Comparative law of security interest and title finance*, cit., pag. 138.

L'automatica costituzione della garanzia, che pure costituisce l'effetto principale della clausola, non è tuttavia sufficiente per dare completa contezza delle peculiarità che valgono a distinguere la *automatic security clause* dalle altre *affirmative-negative pledge* passate in rassegna.

Nevvero, all'effetto diretto rappresentato dal sorgere della causa di prelazione senza la necessità di un ulteriore accordo tra debitore inadempiente e creditore se ne associa, altresì, uno indiretto, costituito dall'implicita rinunzia, da parte di quest'ultimo, al diritto di procedere nei confronti del debitore in qualità di creditore chirografario.

È infatti d'immediata percezione che l'automatismo nella costituzione della garanzia rende incompatibile, con il dovere di buona fede che ispira il diritto dei contratti, la volontà di quest'ultimo di impedire il sorgere della garanzia in suo favore nei termini e alle condizioni pattuite ⁽¹⁵¹⁾.

Per converso le *equal and ratable security clause* attribuiscono al creditore il solo diritto di pretendere dal debitore il perfezionamento di un ulteriore accordo finalizzato a costituire, in suo favore, una garanzia di equivalente a quella costituita in favore del terzo, conservando tuttavia intatta la facoltà di rifiutare il proprio consenso e procedere, nei confronti del debitore inadempiente, in qualità di creditore *unsecured*.

Aspetto, quest'ultimo, che pur marginalmente evidenziato nella letteratura dedicata al tema, assume nondimeno centrale rilievo, importando riflessi di non lieve momento nel contesto pratico.

Invero, se è irrefragabile che una causa di prelazione, specie *in rem*, assicuri più efficacemente le ragioni creditizie, d'altro canto essa limita fortemente la libertà del titolare del gravame, imponendo l'osservanza di articolate procedure che si rivelano, non di rado, pro-debitore.

Al fine di una più agevole comprensione della problematica in esame sia consentita una esemplificazione: si dato il caso che il contratto di finanziamento, assistito dall'*automatic security clause*, venga perfezionato secondo la normativa di uno Stato in cui sia prevista la *one-action rule* ⁽¹⁵²⁾ e che il debitore, in spregio del dovere d'inerzia assunto, costituisca un *mortgage* in favore di un terzo. In tale scenario, posto che l'*automatic*

⁽¹⁵¹⁾ Nel medesimo senso, allorquando il creditore, reso edotto della violazione dei termini della *automatic security clause*, non proceda tempestivamente all'adempimento delle formalità pubblicitarie previste dalla legge per lo specifico gravame ottenuto, anche tale condotta potrebbe reputarsi contraria al dovere di buona fede e legittimare un'azione di risarcimento del danno da parte del debitore. Ciò in quanto per il debitore inadempiente non è indifferente che il creditore proceda come creditore privilegiato o chirografario. Nel primo caso infatti, specie nel caso in cui venga costituito un *mortgage*, il creditore è tenuto all'osservanza di articolate normative che, limitandone la libertà, sono per solito reputate pro-debitore. Per le medesime ragioni sembra un comportamento contrario alla buona fede anche la rinunzia alla garanzia costituita, posto che, pur con una forma diversa, costituisce pur sempre una condotta tesa ad evitare il sorgere della garanzia. Peraltro, nel caso di specie, la condotta del creditore finalizzata ad evitare l'ottenimento della garanzia non definirsi alla stregua di un rifiuto, bensì di rinunzia vera e propria. Invero, la volontà del creditore non è orientata ad impedire l'acquisto di un diritto, bensì, in virtù dell'automatismo proprio dell'*automatic security clause*, a dismettere un diritto già acquisito alla propria sfera giuridica.

⁽¹⁵²⁾ Per un esempio di *one-action rule* è d'uopo il riferimento al *California Code of Civil Procedures, Section 726 (a)*. Sulla *one-action rule* nella manualistica si veda, per tutti, G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, 6th ed., pag. 710 s.

security clause comporta il sorgere di *mortgage* di pari valore e sul medesimo *asset* in favore del primo creditore, quest'ultimo, ove intenda agire in via esecutiva nei confronti del debitore inadempiente, sarà tenuto all'osservanza delle limitazioni imposte dalla *one-action rule* ovvero, in estrema sintesi, di non esperire multiple azioni esecutive relative al medesimo debito nonché, soprattutto, di agire preliminarmente sulla proprietà impiegata a garanzia dell'obbligazione e, soltanto dopo averne esaurito il valore, di avvalersi di altri rimedi ⁽¹⁵³⁾.

In tale ottica il debitore potrebbe avvalersi dello schermo della *one-action rule* per vanificare gli effetti di un'azione di risarcimento del danno proposta dal creditore prima di aver esaurito, attraverso apposita procedura esecutiva, il valore del collaterale posto a garanzia della sua obbligazione ⁽¹⁵⁴⁾.

Né valga, per eludere i precetti della *one-action rule*, ipotizzare che il creditore possa richiedere il rilascio di una garanzia di diversa specie, posto che l'automatismo caratterizzante l'*automatic security clause* preclude la possibilità di poter scegliere *a posteriori* la causa di prelazione, essendo determinata sulla base della garanzia costituita in favore del terzo in spregio del dovere d'inerzia assunto, salvo diverso accordo delle parti.

13. Questioni controverse sull'efficacia della Automatic security clause.

Il rilievo secondo cui il creditore assistito da una *automatic security clause* verrebbe *ipso facto* assistito da una causa di prelazione al verificarsi dell'inadempimento, senza dunque che si renda necessario pervenire alla conclusione di un ulteriore negozio, è condizione

⁽¹⁵³⁾ Circostanza, quest'ultima, che può risultare pregiudizievole soprattutto per quei creditori che, come sovente accade, per il soddisfacimento delle proprie pretese fanno affidamento sul netto patrimoniale del debitore piuttosto che sul valore del bene offerto in garanzia. Lo rileva G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, cit., pag. 712, ove si evidenzia che, così ragionando, ben si coglie per quale ragione il ceto creditizio avverta come ingiusta tale disciplina, che si reputa, non a torto, ispirata dal *favor debitoris*. In virtù delle severe restrizioni dovute alla *one-action rule*, è discusso se sia possibile ricorrere a strumenti alternativi per soddisfare le ragioni del creditore. Tra queste una delle più diffuse è la *short sale*, ovvero, alla vendita, da parte del finanziato, con il consenso del creditore, della proprietà costituita in garanzia per una somma inferiore a quella dovuta al creditore. In tal modo, il creditore, sebbene non venga ripagato totalmente del debito, evita tuttavia i costi connessi al possesso del bene oggetto di *mortgage*, nonché i costi e le tempistiche della procedura di esecuzione forzata sul bene, sicché il minor valore ottenuto dalla vendita si compensa con i minori costi sostenuti per soddisfare il proprio credito. Per una più dettagliata ricostruzione dei profili delle *short sale* e della *one-action rule*, cfr., S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, cit., pag. 742.

⁽¹⁵⁴⁾ L'obiettivo di evitare l'assoggettamento alle limitazioni e prescrizioni imposte dalla *no-action rule* e, più in generale, dalle *antideficiency legislation*, secondo parte della dottrina, sarebbe la principale ragione che giustifica la sempre maggiore tendenza verso il ricorso a congegni negoziali che, pur informati d'una causa del tutto differente, vengono impiegati dalle parti in funzione di garanzia. Così, J.R. HETLAND, *Secured Real Estate transactions*, California, 1974, pag. 66 che allude ai contratti di *sale and lease back*, agli *absolute deed* nonché ai contratti di vendita con opzione di riacquisto. Sul problema dell'*antideficiency law* e, in particolare, sulla possibilità che il rifinanziamento di un *purchase money mortgage* possa rientrare nelle operazioni protette dalla *antideficiency law*, cfr. S.G. NELSON, D.A. WHITMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, cit., pag. 733.

sufficiente, secondo l'opinione di chi ne caldeggia l'impiego, per conservare la posizione di preferenza ed evitarne la postergazione a discapito del terzo sopravvenuto.

Sennonché, ad un più attento esame del fenomeno, non sembra che tali conclusioni, cui è pervenuta la dottrina in modo autorevole e reciso, siano ineccepibili, posto che l'effetto di protezione assicurato dall'*automatic security clause* arrischia, alla prova dei fatti, di rivelarsi una pia illusione ⁽¹⁵⁵⁾.

In primo luogo, come si è già accennato, affinché sorga la garanzia in favore del creditore presupposto logico è pur sempre che un'altra garanzia sia stata costituita, dall'obbligato in favore del terzo, in spregio del dovere d'inerzia assunto.

Quand'è così, posto che l'una è il presupposto dell'altra, appare arduo ritenere che la seconda, pur costituendosi in via automatica al verificarsi dell'inadempimento, possa assumere grado anteriore o anche solo eguale della prima, salvo ricorrere, come già si è evidenziato rispetto ad altre *affirmative-negative pledge*, ad una *fictio*, mediante un processo argomentativo del tutto sprovvisto sia di salde basi dogmatiche, sia di validi appoggi ricostruttivi ⁽¹⁵⁶⁾.

In secondo luogo, a rendere illusoria la protezione della *automatic security clause* depone altresì la rilevanza assunta dal regime pubblicitario associato alla garanzia scaturente dall'intesa.

Non diversamente dagli scenari domestici, anche nel sistema di *common law* i *property right* devono essere resi pubblici entro uno stretto termine di legge per poter essere efficacemente opposti ai terzi ⁽¹⁵⁷⁾.

A titolo esemplificativo, si pensi al *Companies Act* 1985, sec. 395, che impone la registrazione di particolari tipi di *charge* entro 21 giorni dalla data in cui sono stati

⁽¹⁵⁵⁾ R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, cit., pag. 52.

⁽¹⁵⁶⁾ Come osservato da J. STONE, *The "Affirmative" Negative Pledge*, cit., pag. 369. *Fictio* che si nutre dal processo logico già impiegato in sede di *floating charge*. Ad ogni buon conto, se una tale operazione ermeneutica può trovare fondamento rispetto a garanzie, come il *pledge*, che non abbisognano di alcuna registrazione, per converso sembra difficilmente percorribile allorché il gravame, come accade per il *charge* o alcuni tipi di *mortgage*, abbisogni della registrazione per essere opponibili nei confronti dei terzi, posto che, una volta adempiute le formalità pubblicitarie, questa prende il grado antecedente rispetto a quella registrata per seconda. La problematica è ben evidente ponendo mente anche al sistema di *civil law*, nel quale la principale garanzia del credito, ossia l'ipoteca, è soggetta ad un rigido sistema di pubblicità. Invero, una volta iscritta l'ipoteca nei registri immobiliari, questa prende un grado ipotecario, che vale a regolare l'ordine in cui i creditori ipotecari potranno essere soddisfatti in caso di inadempimento del debitore. A riconferma del fatto che la *automatic security clause* si rivela di dubbia utilità nei sistemi giuridici in cui la registrazione della garanzia condiziona non soltanto l'efficacia, bensì la validità del gravame, valga il riferimento al sistema ordinamentale cinese. In tale scenario, affinché possa sorgere un valido *security interest*, la legge richiede difatti, il più delle volte, la registrazione della garanzia entro stringenti limiti di tempo dall'esecuzione del contratto. In virtù di ciò, tornando a ciò che rileva in questa sede, ove il finanziato rimanga silente rispetto all'avvenuta violazione dei termini della pattuizione, il rimedio dell'*automatic security clause* si rivelerebbe privo di consistenza. Infatti, decorso il termine di legge per la registrazione, alcuna garanzia potrebbe ritenersi sorta in favore del finanziatore. Sul problema della registrazione delle garanzie in Cina si veda, per tutti, T.R. BENSON, *Taking security in China: Approaching U.S. Practices?*, in *Yale Journal of International Law*, 1996, pag. 198 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ J. BENJAMIN, *Interest in securities. A proprietary law analysis of the international security market*, cit., pag. 106.

costituiti, pena l'inopponibilità del gravame contro il liquidatore, gli amministratori o qualsiasi creditore della società ⁽¹⁵⁸⁾.

Orbene, se l'osservanza delle citate formalità pubblicitarie normalmente non pone particolari problematiche, altro è a dirsi, nel caso dell'*automatic security clause*, allorquando la garanzia da registrare si intende costituita automaticamente a fronte dell'inadempimento del debitore.

Ciò in quanto, giova ripetere, nel contesto delle *negative pledge* è tutt'altro che agevole, per il creditore, essere edotto dell'inadempimento dell'obbligazione e, nel caso di specie, dell'insorgere della causa di prelazione in proprio favore.

In tale luce, laddove il dato positivo imponga stringenti termini per la registrazione della garanzia, in mancanza di un'espressa comunicazione, da parte del debitore, dell'avvenuta violazione dei termini della *negative pledge*, il creditore, pur formalmente titolare di una causa di prelazione, potrebbe lasciare inconsapevolmente decorrere i termini per la registrazione, vanificando in tal modo l'effetto di protezione proprio dell'*automatic security clause* ⁽¹⁵⁹⁾.

Infine, può ancora rilevarsi che l'automatismo proprio dell'*automatic security clause* non sembra poter operare nel caso, tutt'altro che infrequente, in cui il debitore, in spregio all'impegno assunto, perfezioni con un terzo un contratto che costituisca il mero presupposto per il sorgere di un *lien*. Assunto infatti che il *lien* è una garanzia che trova fonte esclusivamente nella legge, affinché il primo creditore possa giovare di tale causa di prelazione sembra infatti imprescindibile il perfezionamento di un ulteriore programma negoziale che costituisca il presupposto per il sorgere della garanzia, il che, tuttavia, vanifica totalmente la peculiarità della *automatic security clause* rispetto alle altre *affirmative-negative pledge* ⁽¹⁶⁰⁾.

In conclusione, a fronte di quanto osservato può affermarsi con serena coscienza che l'elemento distintivo dell'*automatic security clause*, si rivela, alla prova dei fatti, nulla più di una bella suggestione, attesa l'inidonea ad assicurare al creditore, in caso di inadempimento del dovere di inerzia da parte dell'obbligato, della posizione di preferenza nel soddisfacimento delle proprie ragioni ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁹⁾ In tale scenario, al creditore residuerebbe la possibilità di agire per il risarcimento del danno cagionato dalla condotta di mala fede del debitore, sebbene tale azione, pur ristorando economicamente il danno subito, non consente di ripristinare la situazione preesistente all'inadempimento, rimanendo postergato rispetto al terzo. In tale prospettiva non sembra decisivo nemmeno l'obbligo, eventualmente assunto dal debitore, di comunicare al creditore, entro un termine breve o comunque inferiore a quello previsto per la registrazione della garanzia, l'inadempimento della *negative pledge* sì da consentire al creditore di espletare le formalità pubblicitarie. Difatti, anche tale obbligo si risolverebbe in una mera obbligazione che, ove inadempita, esporrebbe il debitore soltanto ad un obbligo risarcitorio. Rileva le potenziali problematiche relative al perfezionamento della garanzia anche P.R. WOOD, *Comparative law of security interest and title finance*, cit., pag. 138.

⁽¹⁶⁰⁾ Non sembra invece decisivo, al fine di escludere l'operatività della clausola, obiettare che l'*asset* sul quale dovrebbe costituirsi la garanzia non sarebbe identificato con sufficiente precisione, posto che questo è individuato *per relationem*, coincidendo per solito con quello impiegato dal debitore per costituire la garanzia in favore del terzo. Lo rileva esattamente R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, cit., pag. 52.

⁽¹⁶¹⁾ R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, cit., pag. 53.

Ad ogni buon conto, non diversamente da quanto rilevato per le *equal and ratable security clause*, sebbene la clausola non consenta di conservare la posizione di preferenza originariamente detenuta, il ricorso all'*automatic security clause* non è privo di utilità sul piano pratico, costituendo un valido strumento per rafforzare la garanzia patrimoniale del creditore.

CAPITOLO III

LA *NEGATIVE PLEDGE* NEL CONTESTO NORMATIVO DOMESTICO: PROFILI DI COMPATIBILITÀ E ZONE D'OMBRA

SOMMARIO: 1. Circolazione dei modelli giuridici e opportunità di recepire il modello negoziale della *negative pledge*; - 2. *Negative pledge* e art. 1379 cod. civ.; meritevolezza dell'interesse e convenienti limiti di tempo dell'intesa restrittiva; - 3. Portata oggettiva dell'intesa restrittiva; - 4. Prolegomeni sull'inadempimento dell'obbligazione negativa; - 5. Inadempimento della *negative pledge* ed effettività dei mezzi di tutela a disposizione del creditore: il rimedio risarcitorio; - 6. Altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: tutela inibitoria e la chimera dell'azione revocatoria; - 7. *Sanctioning negative pledge* e disciplina domestica.

1. Circolazione dei modelli giuridici e opportunità di recepire il modello negoziale della *negative pledge*.

L'analisi svolta consente di immortalare, oltre che i tratti peculiari della clausola di *negative pledge*, un'immagine ben delineata delle potenzialità applicative dell'obbligazione negativa impiegata in funzione di garanzia dell'obbligazione ⁽¹⁾.

Poiché tuttavia si è finora considerata la questione unicamente dal versante del *common law*, contesto giuridico nel quale trae origine la clausola, si tratta ora di proporre, circoscrivendo così i termini del metodo comparativo, qualche spunto di riflessione sulla compatibilità del fenomeno giuridico in esame con gli scenari giuridici domestici.

Come si è fatto cenno nell'avvio dell'indagine, lo studio proposto si connota da una duplice impostazione metodologica: da un lato, si è svolta una ricerca che è fondamentalmente tipologica, illustrando struttura, funzione ed effetti del fenomeno della *negative pledge*; dall'altro, si proiettano le conoscenze così acquisite nel contesto domestico, sì da verificare la concreta possibilità di utilizzare lo schema negoziale in parola nella nostra prassi delle contrattazioni.

In questa ottica va subito precisato che, diversamente da quanto rilevato per gli ordinamenti di lingua inglese, retti dal sistema di *common law*, in quelli di *civil law* l'interesse verso la *negative pledge*, tanto nelle riflessioni del formante dottrinale quanto nella prassi delle contrattazioni, è del tutto marginale ed episodico ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Nel riferire al fenomeno della *negative pledge* sembra più corretto discorrere di obbligazione negativa in funzione di garanzia in luogo dell'espressione, solo in apparenza equivalente, garanzia negativa, terminologia, quest'ultima, in auge soprattutto nella didattica del privatista domestico. Ciò in quanto tale ultima espressione, ove l'aggettivo negativo qualifica la garanzia, appare inadeguato a descrivere la *negative pledge*, che non è una garanzia a contenuto negativo bensì un'obbligazione negativa impiegata, dai paciscenti, in funzione di garanzia. Ciò peraltro è logico anche solo considerando il fatto che descrivere un'obbligazione in termini negativi appare un accostamento ossimorico, posto che una garanzia dell'obbligazione è, per definizione, un fatto giuridico positivo.

⁽²⁾ Alla marginalità nel contesto pratico continentale corrisponde anche un certo disinteresse dei privati, al punto che, su questi fronti, il percorso del pensiero giuridico può dirsi appena iniziato. Per la dottrina francofona, le principali riflessioni sul punto si rinvencono in M. CHAPUT, *Les Sûretés négative*, Annales de la faculté de droit et des sciences politique de Clermont-Ferrand, 1974, mentre per i nostri, dedicano compiute riflessioni al fenomeno, G. PIEPOLI, *Le "garanzie negative"*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2001,

Ad ogni buon conto, a discapito della sostanziale estraneità del fenomeno dal perimetro geografico europeo, l'operazione ermeneutica proposta non si risolve in un nudo esercizio di accademia.

In primis, è da tenere in considerazione che, nel contesto degli scambi commerciali internazionali, è ormai prassi consolidata avvalersi di tali clausole per rafforzare l'adempimento dell'obbligazione, al punto che, da più parti, non si esita a definire la *negative pledge* quale pattuizione *standard* nelle operazioni di finanziamento.

Sotto tale profilo, poiché nelle più moderne stagioni si è assistito ad una crescita esponenziale del processo di globalizzazione economica e giuridica, è facile intuire le ragioni che rendono opportuno, anche per l'interprete domestico, svolgere approfondite riflessioni in punto.

Da un'altra prospettiva, a smentire ulteriormente il convincimento di una scarsa rilevanza del fenomeno nello scenario domestico, basti volgere la mente alla ben nota crisi in cui versa il nostro sistema delle garanzie del credito di impronta tradizionale. Le profonde trasformazioni del sistema di approvvigionamento del capitale di credito, i sempre più repentini mutamenti economico-giuridici e l'aumentato coefficiente di rischi connesso alla concessione del credito hanno infatti mostrato severe fenditure nella cornice entro la quale si collocano, tali strumenti, i quali, ormai orfani della protezione di un sistema che non può più guardare esclusivamente a sé, da tempo si rivelano scarsamente adeguati a rispondere alle esigenze della prassi ⁽³⁾.

E allora, nell'avvio di un'auspicata transizione da un sistema ormai non più capace di mostrare quell'energia che gli fu propria sino ai primi decenni post-bellici, la *negative pledge* potrebbe diventare, suo malgrado, vettore di una nuova stagione del diritto delle garanzie. Giovandosi infatti, diversamente dagli schemi giuridici che contraddistinguono il comune repertorio consuetudinario di mezzi tipici di garanzia dell'obbligazione, già precostituiti e fortemente limitativi l'espansione dell'autonomia privata, di un'ontologica indifferenza rispetto alle rigidità e formalismi proprie di quest'ultimi, la *negative pledge* si presta infatti ad essere liberamente modellata dalle parti, piegata, come vuole la tendenza delle più moderne stagioni, alle esigenze del caso concreto ⁽⁴⁾.

pag. 405 ss.; A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pag. 1089 ss.; E.M. CICONI, *Clausola di negative pledge*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, pag. 1255 ss. mentre si limitano a fare un cenno della questione R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, pag. 170 s.; E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 2000, pag. 61 ss.;

⁽³⁾ La crisi del sistema delle garanzie reali del credito è rilevato da più parti in dottrina. Specificamente, sull'argomento, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, pag. 16, che, nell'affrontare la questione, pone l'accento sull'eccessivo formalismo, reputato non adeguato alle caratteristiche di un'economia, quella propria delle più recenti stagioni, connotata da un'accentuata internazionalizzazione.

⁽⁴⁾ Inoltre, si tenga pure conto che la *negative pledge*, descrivendo null'altro se non una funzione cui può declinarsi l'obbligazione negativa, non abbisogna, anche ove se ne ipotizzi il recepimento nella prassi domestica, di alcuno specifico intervento ad opera del decisore legislativo, posto che il fenomeno obbligatorio, è sin ovvio rilevare, trova già compiuta disciplina nell'addentellato del codice civile domestico. In tale luce, si tratta quindi di verificare la sola compatibilità tra l'effetto che è proprio dello strumento in parola con il corpo di norme domestico, senza dunque arricchire quel flusso di leggi speciali

2. Negative pledge e art. 1379 cod. civ.: meritevolezza dell'interesse e convenienti limiti di tempo dell'intesa restrittiva.

La forma giuridica della *negative pledge*, come più volte accennato, designa uno schema negoziale di rafforzamento dell'adempimento dell'obbligazione sostanzialmente aperto, sottratto dall'osservanza di stringenti formalità dommatiche e, muovendosi entro il cerchio tracciato dal *common law*, privo di condizionamenti del dato positivo.

Minor presenza legislativa che ha senza dubbio secondato la massiva diffusione dello strumento, assicurando un sensibile spazio di manovra per l'autonomia privata che, riducendo il discorso all'essenziale, trova unica vera limitazione nell'osservanza dei limiti giurisdizionali di ordine pubblico.

L'ampio margine di libertà, proprio degli ordinamenti di *common law*, rispetto all'impiego della *negative pledge* nella prassi delle contrattazioni, se da un lato ha favorito la massiccia diffusione della clausola, per altro verso instilla il dubbio, specie per l'osservatore europeo continentale, se tale clausola possa utilmente impiegarsi anche in un contesto, quello di *civil law*, ove l'imponente ordine normativo, con le sue forme e tecniche, spoglia di respiro creativo la libertà negoziale dei contraenti, condizionandone, e al tempo stesso orientandone, la concreta espressione.

Per dare risposta al quesito – passaggio esegetico fondamentale per poter trarre, dalla proposta indagine comparata, una qualche utilità – non può dunque esimersi, a questo punto dell'indagine, dall'affrontare un dialogo con il corpo di norme del codice civile, sì da verificare la compatibilità dello schema negoziale sul quale si modella la *negative pledge* con i principi fondanti l'ordinamento domestico.

Poiché tuttavia un'indagine che aspirasse ad esaurire la molteplicità d'interessi e situazioni giuridiche inerenti alla clausola in esame richiederebbe svolgimenti che allontanerebbero dagli scopi del presente, si concentrerà qui l'attenzione sulle sole disposizioni che, nel panorama normativo interno, si reputano in grado di sollevare, in punto, questioni interpretative di maggiore spessore.

In particolare, la *quaestio iuris* fondamentale sembra doversi scorgere nel giudizio di compatibilità della *negative pledge* con le limitazioni imposte dall'art. 1379 cod. civ., recante, com'è noto, la disciplina generale delle intese restrittive del potere di disporre⁽⁵⁾.

che, specie nelle più recenti stagioni, hanno riconosciuto cittadinanza, non sempre con ineccepibile tecnica legislativa, a modelli negoziali alieni. Per un'analisi, anche critica, del complesso rapporto tra codice civile e leggi speciali d'uopo il rinvio alle acute riflessioni svolte da N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, pag. 15 s.

(⁵) Sul *pactum de non alienando*, nella ricca letteratura, si vedano almeno G. DE LUCA, *Pactum de non alienando*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1954, pag. 460 ss.; C.A. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pag. 401 ss.; V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, pag. 892 ss.; F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, *passim*; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, pag. 289 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da*

La norma, nella quale confluiscono, indiscriminate, questioni di natura schiettamente privatistica quanto aspetti di interesse generale ⁽⁶⁾, rappresenta una novità rispetto al codice previgente che, per parte sua, non prendeva in considerazione i patti limitativi del potere di disposizione, non meritevoli di tutela per l'ordinamento e, dunque, nulli ⁽⁷⁾.

La scelta compiuta dal legislatore con l'art. 1379 cod. civ. mostra invece, quantomeno in apparenza, un atteggiamento di netto distacco da quello dianzi descritto.

Passando all'analisi della norma, come rilievo d'ordine generale è bene subito chiarire che la formula dell'art. 1379 cod. civ. si presta a ricomprendere la generalità delle intese finalizzate a limitare le facoltà proprietarie. Senza che occorra qui addentrarsi in estenuanti *actiones finium regundorum*, la tendenza dei formanti interpretativi – che qui semplicemente si registra – è netta nell'ammettere che la portata applicativa dell'art. 1379 cod. civ., sebbene formalmente evocativo delle sole alienazioni, non vada limitata a tali intese, bensì a tutte le operazioni negoziali che, pur non puntualmente riconducibili al paradigma del divieto di alienazione, oggettivano una limitazione incisiva del diritto di proprietà di una delle parti contraenti ⁽⁸⁾.

Detto approccio si esprime chiaramente considerando che, per *communis opinio*, si ritengono soggetti al rispetto delle formalità imposte dall'art. 1379 cod. civ. – pur non raffinando un divieto di alienazione *stricto sensu* – i patti che impongono l'alienazione a certe modalità e condizioni, i patti di vendita a prezzo imposto ⁽⁹⁾, nonché il patto di

nominare, Art. 1372-1405, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1993, pag. 133 ss.; P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notar.*, 2000, pag. 413 ss.; E. MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, pag. 117 ss.; F. D'ARCANGELO, *Il divieto contrattuale di alienare*, in *Obbl. Contr.*, 2007, pag. 246 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Artt. 1374-1381*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, II, Milano, 2013, pag. 447 ss.; A. VERCELLONE, *Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c.: pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare*, in *Notar.*, 2020, pag. 155 ss.;

⁽⁶⁾ Se da un lato la norma assume, nel nostro sistema, il preciso significato di circoscrivere la possibilità di compromettere l'intangibilità della sfera di autonomia del debitore, per altro verso risponde alla necessità di assicurare, in chiave di economia generale, la libera circolazione dei beni. La libera circolazione dei beni, secondo l'opinione che gode di maggior credito in dottrina, esprime un interesse generale che, tuttavia, non assurge a principio di ordine pubblico. In questo senso, V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, cit., pag. 892; C.A. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, cit., pag. 403; G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, pag. 464 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Artt. 1374-1381*, cit., pag. 448. *Contra*, invece, F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disporre*, cit., pag. 29, che, nella libera circolazione dei beni scorge un principio di ordine pubblico economico.

⁽⁷⁾ Cfr., F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1878, pag. 342; F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. IX, 1, Torino, 1895, pag. 817. Per la giurisprudenza, Cass. Roma, 2 marzo 1876, in *Foro it.*, 1876, I, pag. 590. Per più ampie considerazioni sui divieti di alienazioni sotto l'imperio del codice previgente si rinvia a F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 25 ss.

⁽⁸⁾ In questi termini, collocandosi nel solco argomentativo di non lontani precedenti, Cass. 17 novembre 1999, n. 12769, in *Mass. Giur. it.*, 1999, c. 1230. Per la dottrina, tra i molti, R. SACCO, *Il contratto*, II, Milano, 1993, pag. 114; C.A. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, cit., pag. 404. In senso opposto all'opinione della prevalente dottrina sembra invece porsi F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 102 ss., il quale nega che alla norma di cui all'art. 1379 cod. civ. debba riconoscersi portata generale, posto che la norma si limiterebbe a disciplinare le sole intese restrittive del potere di disposizione della proprietà.

⁽⁹⁾ Cass. 13 dicembre 1974, n. 4266, in *Riv. dir. ind.*, 1974, II, 3, per la quale il patto di vendita a prezzo imposto non è riconducibile nell'ambito delle restrizioni convenzionali della concorrenza di cui all'art.

opzione e di prelazione volontaria, anche impropria, quest'ultima particolarmente diffusa nell'ambito societario ⁽¹⁰⁾.

Chiarito che il termine alienazione viene impiegato, nel contesto in esame, in senso atecnico, e tenuto conto che la *negative pledge*, limitando la possibilità di costituire garanzie posizioni di privilegio sugli *assets* del patrimonio debitorio, raffina pur sempre una restrizione alle facoltà proprietarie concettualmente contigua al concetto di alienazione così come inteso dall'art. 1379 cod. civ., non sembrano sussistere dubbi sulla necessità che la stessa debba soggiacere alle limitazioni imposte dalla norma.

Così, affinché possa dirsi validamente contrattata per il diritto interno, la *negative pledge* deve limitare la sua efficacia ai rapporti interni tra i paciscenti, avere una durata fissata entro convenienti limiti di tempo e rispondere ad un apprezzabile interesse di una delle parti contraenti, pena la nullità per contrarietà a norma imperativa, qual è, per l'appunto, l'art. 1379 cod. civ. ⁽¹¹⁾.

A fronte di tali considerazioni preliminari, e procedendo nel passare in rassegna le singole prescrizioni contenute nella cornice dell'art. 1379 cod. civ., non impone schiarimenti concettuali il requisito dell'efficacia *inter partes* della pattuizione. Si è già più volte rimarcato come la *negative pledge*, esprimendo una nuda obbligazione a contenuto negativo, risulta ontologicamente vincolante nei soli rapporti interni tra le parti.

Poiché infatti è estranea e al decalogo legale dei *security interest* e, salvo le eccezioni già viste, a un regime di registrazione *ad hoc*, non è ammessa incertezza tanto sul fatto che la *negative pledge* risulti inopponibile ai terzi, quanto sulla perfetta compatibilità dello con la limitazione imposta dall'art. 1379 cod. civ.

Quand'è così, in caso di mancata ottemperanza del dovere d'inerzia, il creditore leso non potrà agire nei confronti del terzo allo scopo di porre nel nulla la garanzia ottenuta *medio*

2596 cod. civ., ma è soggetta alla disciplina di cui all'art. 1379 cod. civ., che trova applicazione non soltanto in presenza di divieti assoluti di alienazione, ma anche nel caso in cui le facoltà proprietarie siano limitate in modo da incidere formalmente sulla libera disponibilità del bene.

⁽¹⁰⁾ Su quest'ultimo aspetto, tra le molte, Trib. Monza, 7 maggio 1997, in *Soc.*, 1997, pag. 1304.

⁽¹¹⁾ Comminatoria, quella della nullità, che nel caso di specie assume una portata ancora maggiore alla luce della funzione di garanzia del credito di cui s'informa la *negative pledge*, posto che, ove vengano caducati gli effetti, il creditore perde un importante strumento finalizzato a garantire il corretto adempimento dell'obbligazione. È invece questione d'interpretazione se, in caso l'intesa negativa difetti *ab origine* del termine di durata o sia fissato un termine di durata eccessivo, in luogo della nullità *tout court* del divieto possa riconoscersi al giudice il potere di stabilirlo o di ridurlo, in virtù del principio di conservazione del contratto e sempreché risulti, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., che il contratto sarebbe stato concluso anche a tali condizioni. In senso favorevole, G. DE LUCA, *Pactum de non alienando*, cit., pag. 460; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, I, Torino, 1962, pag. 478; A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 1591; App. Napoli, 13 dicembre 1968, in DG, 1969, I, pag. 217 che, propone la conversione della clausola di inalienabilità in patto di prelazione ai sensi dell'art. 1424 cod. civ. Per altri invece sarebbe da escludere tale potere di eterointegrazione, posto che tale possibilità non è espressamente prevista dal legislatore. L'ipotesi del patto eccedente i convenienti limiti di tempo è infatti già regolata dall'art. 1379 cod. civ. che non ammette alcuna alternativa tra validità e invalidità del patto. Così, App. Genova, 4 maggio 1944, in *Foro it.*, 1947, I, pag. 51; App. Cagliari 24 maggio 1969 in *Foro pad.*, 1969, I, pag. 1153; Cass. 6 luglio 1973, in 1941, in *Riv. Dir. Ind.*, 1974, II, 3 e, per la dottrina, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 460; F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 70, il quale, sul presupposto che l'art. 1379 cod. civ. non possa ritenersi compreso nella latitudine dell'art. 1419 comma 2 cod. civ., esclude che l'intervento del giudice possa modificare, d'imperio, la regola pattizia nulla con altra, dallo stesso formulata, compatibile con il dettato codicistico.

tempore in spregio della *negative pledge* ⁽¹²⁾, potendo soltanto invocare, come si vedrà meglio nel prosieguo, il risarcimento del danno subito ⁽¹³⁾.

Oltre alle limitazioni sul piano degli effetti, il filtro attraverso cui valutare la compatibilità con il sistema positivo delle intese restrittive della libertà negoziale impone la sussistenza di un apprezzabile interesse di una delle parti negoziali o, secondo l'opinione che gode di maggior credito in dottrina, anche di un terzo ⁽¹⁴⁾.

È ben noto quanti e quali dubbi si addensino, in dottrina, sull'esatto intendimento del riferimento di legge all'interesse apprezzabile di uno dei paciscenti ⁽¹⁵⁾.

Senza darsi carico delle complesse problematiche sull'esatta interpretazione da darsi al concetto di interesse apprezzabile evocato dall'art. 1379 cod. civ., e tralasciando le soluzioni intermedie, il dibattito in punto risulta sostanzialmente polarizzato in due direttrici.

Secondo un primo orientamento, rimasto sostanzialmente isolato, per conferire validità all'intesa restrittiva occorre non soltanto che l'interesse perseguito dai contraenti sia lecito e rilevante sul piano giuridico, ma che sia anche di rilievo tale da prevalere sul principio, di portata generale, che preclude ai privati di interdirti preventivamente l'esercizio di un diritto strettamente connesso a quest'ultimo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ Ciò appare perfettamente coerente con le indicazioni fornite all'art. 9-401(b) dell'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.) che, recante la disciplina generale su tali intese, chiarisce che la garanzia costituita in favore del terzo in spregio del dovere d'inerzia assunto è da intendersi validamente costituita e pienamente efficace.

⁽¹³⁾ Nonostante il tenore letterale dell'art. 1379 cod. civ., la dottrina non ha mancato di interrogarsi sulla possibilità di rafforzare l'efficacia del *pactum de non alienando* ponendo l'inadempimento quale condizione risolutiva di efficacia della restrizione. Mentre secondo alcuni interpreti tale condizione sarebbe valida ed efficace, per altri non sarebbe lecito procedere in tal senso, posto che l'apposizione di una condizione risolutiva al divieto di alienazione informerebbe il divieto d'efficacia reale, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 1379 cod. civ. Per le medesime ragioni, se il divieto può essere oggetto di un'obbligazione, per altro verso non può assumere la natura del peso imposto su di un bene, *rectius* di una servitù di non alienare. Così, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 133. Accoglie una soluzione intermedia, invece, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, pag. 622, per il quale, nel caso anzidetto, non si tratterebbe di condizione risolutiva quanto, piuttosto, di clausola risolutiva espressa per l'inadempimento dell'obbligazione negativa. Per gli effetti, la risoluzione della compravendita compiuta in spregio del dovere d'inerzia assunto verrebbe risolta in virtù del mero inadempimento dell'obbligato, sì che, sotto questo profilo, il *pactum de non alienando* non potrebbe opporsi all'acquisto del terzo.

⁽¹⁴⁾ Cfr., F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 31, il quale evidenzia che la possibilità che l'interesse alla stipula di un divieto di alienazione fosse anche di un terzo era già ampiamente ammesso, specie in passato, nelle disposizioni testamentarie.

⁽¹⁵⁾ Allusione, quella all'interesse delle parti contraenti, comune anche ad altre norme collocate nella parte del codice dedicata all'obbligazione in generale ed al contratto in generale, come si evince anche solo volgendo lo sguardo alla lettera dell'art. 1322 cod. civ. e dell'art. 1174 cod. civ. Mentre tuttavia è naturale immaginare un'ideale linea di continuità tra l'art. 1379 cod. civ. e l'art. 1322 cpv. cod. civ., è invece da escludere che la norma ambisca a riprodurre il principio enunciato nell'art. 1174 cod. civ., posto che quest'ultima riferisce esclusivamente all'interesse del creditore, mentre la prima, senza distinzione, menziona l'interesse di una delle parti. In questi termini, G. BRANCA, *Ancora sull'interesse apprezzabile nei divieti di alienazione*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 30; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 196; F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 58 ss., per il quale le norme si differenziano tanto sul piano dei soggetti quanto su quello dell'interesse evocato.

⁽¹⁶⁾ Si avvale di tali argomentazioni V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, cit., pag. 898 s.,

Esegesi, questa, che non trova l'avallo di altra dottrina, secondo cui il disposto dell'art. 1379 cod. civ. non lascia inferire tale rigore. Nonostante infatti il disfavore del legislatore per le intese restrittive della libertà, rimarrebbe indimostrata l'esistenza, nel sistema ordinamentale domestico, di un principio di portata generale che preclude ai privati di imporsi pattiziamente tali limitazioni, vigendo, semmai, il principio opposto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1379 cod. civ. ⁽¹⁷⁾.

Per tale impostazione, che si ritiene più calzante, l'interesse della parte a favore della quale viene contrattata l'intesa restrittiva della libertà negoziale può dirsi meritevole di tutela sul piano giuridico ogni qualvolta l'interesse perseguito, anche se morale o affettivo, sia serio e legittimo ⁽¹⁸⁾.

L'interesse è serio quando il beneficiario sia in grado di dimostrare l'utilità che potrà trarre dal patto, sempre che il vantaggio conseguito si bilanci con il sacrificio imposto all'aderente ⁽¹⁹⁾; legittimo, allorché tale vantaggio risponda ai canoni generali della dignità sociale, secondo le indicazioni dell'art. 3, comma 1, Cost. ⁽²⁰⁾

Alla luce dell'interpretazione di interesse apprezzabile qui accolta, può dunque ritenersi che, nella maggior parte dei casi, la contrattazione di una *negative pledge* risponda ad un interesse apprezzabile di una delle parti negoziali.

Peraltro, a tale proposito non è inutile segnalare che, nel caso della *negative pledge*, non sembrano porsi particolari problemi di bilanciamento tra sacrificio imposto all'obbligato e vantaggio conseguito dal beneficiario del patto negativo. Diversamente dal comune repertorio consuetudinario di intese restrittive della libertà negoziale, l'ampiezza dell'interesse sotteso alla contrattazione di una *negative pledge* consente infatti, nella maggior parte dei casi, ad entrambe le parti contraenti di conseguire un'utilità dal patto negativo: quanto al finanziatore, poiché una siffatta limitazione alla capacità di indebitamento assicura la possibilità di preservare consistenza e valore della garanzia patrimoniale alla quale si affida per il corretto adempimento dell'obbligazione; quanto al finanziato, giacché vincolandosi al rispetto di tale restrizione ottiene un finanziamento senza la necessità di attribuire al creditore diritti su specifici *assets* del proprio patrimonio. Oltre agli effetti limitati nei rapporti *inter partes* e all'esistenza di un apprezzabile interesse, l'art. 1379 cod. civ. impone infine, per conferire validità all'intesa restrittiva, che la stessa abbia una durata fissata entro convenienti limiti di tempo.

L'esigenza di limitare la durata al vincolo obbligatorio nel tempo, propria di ogni obbligazione, assume, nel contesto delle obbligazioni negative, valore ancora maggiore, fungendo da elemento di bilanciamento tra il sacrificio imposto all'obbligato e il vantaggio assicurato al beneficiario.

A tal proposito va precisato innanzitutto, per dovere di completezza, che il disfavore del decisore legislativo riguardo alle intese aventi una durata eccessiva si fonda, più che

⁽¹⁷⁾ Cfr., in questo senso, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Frosinone, 2017, pag. 23, nota 66.

⁽¹⁸⁾ Così, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 461.

⁽¹⁹⁾ F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 63.

⁽²⁰⁾ Così, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 461.

nell'esigenza di protezione del debitore, nella volontà di tutelare l'iniziativa economica nella circolazione dei beni, sicché la presenza di un limite temporale si ritiene connaturata ai principi propri di un'economia di mercato ⁽²¹⁾.

Ad ogni buon conto, a discapito del malcelato disfavore per le intese restrittive che limitano eccessivamente la libera espressione delle facoltà proprietarie, il legislatore del 1942 compie una scelta coraggiosa, rifiutando di fissare, diversamente da quanto si riscontra in altre sedi, un termine massimo di validità, affidandosi ad un criterio, quello di convenienza del termine, che lascia aperto più di un interrogativo.

L'impressione che emerge è che il decisore legislativo abbia compiuto tale scelta, più o meno surrettiziamente, in funzione del ventaglio di modalità applicative teoricamente infinite della norma, la cui vacua formulazione si presta a ricomprendere, in termini generali, tutte le intese pattizie volte a limitare le facoltà proprietarie.

È da dire che l'assenza di indicazioni puntuali sulla durata massima dei vincoli alla libertà negoziale, se da un lato libera la mente del giurista da angusti limiti aritmetici e consente di ampliare sensibilmente il portato della norma in esame, dall'altro offre un'immagine complessivamente meno chiara del fenomeno, rendendo tutt'altro che agevole stabilire, in termini aprioristici, entro quali limiti il patto di non alienazione possa intendersi lecitamente perfezionato, il cui accertamento, variando da caso a caso, è rimesso al prudente arbitrio del giudice ⁽²²⁾.

Se infatti non è in discussione, in quanto ne risulterebbe svuotato di significato il precetto di cui all'art. 1379 cod. civ., la nullità del divieto di alienazione che voglia rendere perpetuamente incommerciabile un bene, rimane invece questione d'interpretazione, ed è su ciò che si vuole porre l'accento, se possa qualificarsi come giuridicamente valida quell'intesa che, pur circoscrivendo le limitazioni alla facoltà di disporre entro un determinato arco temporale, imponga all'obbligato l'osservanza di un dovere d'inerzia per un periodo di tempo significativo ⁽²³⁾.

Aspetto, quello da ultimo citato, che assume rilievo decisivo per formulare un giudizio di compatibilità formale della clausola di *negative pledge* con l'assetto normativo domestico: ciò anzitutto poiché, come già rimarcato in altra sede, il divieto di rilasciare garanzie in favore di terzi per solito vincola l'obbligato sul medio-lungo periodo, sino

⁽²¹⁾ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., pag. 178. Cfr. anche *Relazione al Re*, (n. 93), che per ovviare al pericolo che, a fronte di un divieto di alienazione *sine die*, il diritto di proprietà potesse risultare sostanzialmente svuotato, evidenzia l'opportunità di condizionare la liceità di un'intesa di tal guisa all'esistenza di un interesse apprezzabile e di un conveniente limite di tempo.

⁽²²⁾ Così, testualmente, la *Relazione al Re*, n. 93. Si esprimono nel senso che, in mancanza di indicazioni di legge, la determinazione del termine massimo per la liceità del patto di non alienazione andrebbe rimessa alla prudente valutazione del giudice, il quale sarebbe chiamato a compiere il sindacato in ordine all'effettiva rispondenza alle indicazioni della norma, e quindi della convenienza del termine, orientandosi alla luce dell'interesse in concreto perseguito dai paciscenti, V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, cit., pag. 899. Opzione, quest'ultima, ripresa di recente anche da F. D'ARCANGELO, *Il divieto contrattuale di alienare*, cit., pag. 249.

⁽²³⁾ Per sciogliere in nodo interpretativo, non è inutile precisare, non sembra possibile mutuare soluzioni maturate nel contesto giuridico d'origine della clausola. Ciò in quanto, negli scenari di *common law*, la minore presenza legislativa consente ai paciscenti di modellare in modo sostanzialmente libero il contenuto della *negative pledge*.

alla definizione del rapporto principale cui accede, coerentemente con la funzione di garanzia che informa la pattuizione. Di poi in quanto la *negative pledge*, in ossequio alla funzione che le è propria, può costituire un valido mezzo di garanzia dell'obbligazione a condizione che il creditore abbia la certezza che la stessa non venga caducata in sede contenziosa.

Alcuna dottrina, in punto, assume una posizione recisa, sbrigandosi nell'affermare, senza particolari orpelli teorici, che un divieto di alienazione con una durata eccessiva, non dissimilmente dal caso in cui manchi la previsione di un termine di durata, sarebbe da intendersi radicalmente invalido ⁽²⁴⁾.

Altri invece, con ulteriore sforzo deduttivo, sembrano scorgere il *discrimen* tra intese lecite e illecite orientandosi secondo la natura del bene oggetto del patto astensivo: così, nel caso il divieto di alienazione abbia natura mobiliare, la maggiore dinamicità nella circolazione dei beni mobili suggerirebbe l'invalidità di un divieto di alienazione che, a prescindere dall'interesse delle parti, sia convenuto per una durata di medio-lungo periodo; per converso, nel caso il patto negativo concerna un immobile, sarebbe senz'altro lecita una restrizione di più ampia durata ⁽²⁵⁾.

A sostegno di tale impostazione sono sovente invocati i divieti di alienazione immobiliare di fonte legale, qui e là sparsi nella disciplina complementare, che non di rado impongono limitazioni alla facoltà di disporre temporalmente molto estese, in contrapposizione a quelli mobiliari che, in assenza di indicazioni di legge, vengono dalla giurisprudenza limitati entro stringenti limiti di tempo ⁽²⁶⁾.

È da dire che entrambe le posizioni sin qui rassegnate, pur assistite da supporti argomentativi ideologicamente fondati, non sembrano pienamente condivisibili.

Quanto alla corrente interpretativa da ultimo enunciata, in quanto irrigidisce, oltre le intenzioni del legislatore, l'identità concettuale e funzionale del divieto di alienazione. Invero, come si può agevolmente rilevare anche da una fugace lettura del dato testuale, il limite temporale non viene in alcun modo riferito alla natura dell'oggetto dell'intesa restrittiva bensì all'interesse perseguito dai paciscenti, sicché modulare la durata del *pactum* impiegando tale criterio costituisce opzione esegetica che trascende il significato letterale della norma.

⁽²⁴⁾ Così, tra i molti, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1980, pag. 317; P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, Milano, 1994, II, pag. 996. Più recentemente, si colloca in tale solco interpretativo anche M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, pag. 509.

⁽²⁵⁾ In questi termini, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 458. In senso analogo sembra orientarsi anche F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 133, il quale, alla luce della disciplina legale di talune convenzioni urbanistiche contenute nella legislazione complementare al codice civile, ritiene valido il patto di non alienazione immobiliare di durata ventennale, mentre, con riguardo ai divieti mobiliari, reputa lecito soltanto un limite di disposizione assai circoscritto nel tempo, come quello relativo alla rivendita di autovetture, il cui termine massimo risulta fissato, secondo costante giurisprudenza, in sei mesi.

⁽²⁶⁾ L'esempio che generalmente si invoca a sostegno di tale impostazione è quello della clausola, apposta dalla FIAT nei contratti di vendita delle sue automobili, che impone ai compratori di non rivendere le vetture prima che siano trascorsi sei mesi dalla consegna. Su tale profilo, C. App. Venezia, 12 novembre 1952, in *Foro pad.*, 1953, c. 29 ss.

Una tale svalutazione dell'elemento soggettivo, che impone di ritenere ammissibile un divieto di alienazione mobiliare solo se convenuto entro stringenti limiti temporali, si risolve in un'ingiustificata limitazione dell'autonomia negoziale dei privati. In assenza di indicazioni contrarie del dato positivo, non vi sono infatti valide ragioni per escludere che, a fronte di un apprezzabile interesse dei paciscenti, anche un divieto di alienazione mobiliare possa vincolare l'aderente per un significativo lasso temporale.

Altresì di scarso valore argomentativo appare l'illazione che, a sostegno del distinguo tra divieti di alienazione mobiliari e immobiliari, invoca la maggiore dinamicità degli scambi commerciali relativi al patrimonio mobiliare, che impone la pattuizione di intese restrittive con durata assai limitata.

La fragilità dell'argomento ben si coglie considerando che l'invocata dinamicità negli scambi dei beni mobili, se può ravvisarsi rispetto a beni fungibili, la cui negoziazione rientra per solito nell'ordinario corso dell'attività di impresa, per converso fatica a scorgersi allorché si prendano in considerazione beni mobili infungibili, specie se dotati di considerevole pregio storico o culturale ⁽²⁷⁾.

Per altre ragioni non appaga neppure l'opinione di chi, in modo reciso, prospetta l'invalidità *tout court* di quelle intese finalizzate a limitare la libertà negoziale per una durata eccessivamente lunga.

Tale opzione, infatti, tende a porre il profilo temporale su di un piano separato e distinto dall'interesse perseguito dalle parti. Tuttavia, la convenienza nei limiti di tempo entro cui viene contrattata la limitazione del potere di disporre è criterio eminentemente relativo, dovendosi valutarlo, come indirettamente suggerito anche dall'art. 1379 cod. civ., alla luce dell'interesse concretamente perseguito dalle parti, costituendo elementi complementari ai fini della validità dell'intesa ⁽²⁸⁾.

In altri e più compendiosi termini, avendo il legislatore rinunciato a fissare di proprio imperio il termine massimo di durata dei divieti di alienazione, è naturale immaginare che il limite di tempo imposto dall'art. 1379 cod. civ. vada inteso in senso funzionale alla situazione giuridica sottesa ⁽²⁹⁾ e, più precisamente, all'utilità che le parti intendono perseguire in virtù dell'intesa restrittiva ⁽³⁰⁾.

Così opinando, ed escludendo la possibilità di mutuare, avvalendosi dell'*analogia legis*, i parametri stabiliti dal legislatore per alcune fattispecie tipiche di intese restrittive ⁽³¹⁾,

⁽²⁷⁾ Basti pensare alle autovetture dal riconosciuto valore storico, a preziose opere d'arte ovvero a monili di particolare pregio.

⁽²⁸⁾ In questi termini sembra esprimersi anche F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 66, il quale, acutamente, fa notare che la convenienza dei limiti di tempo postula l'analisi del quadro contrattuale nel quale viene dedotto il limite al potere di disposizione.

⁽²⁹⁾ Mutuando, così, la soluzione prospettata da alcuni autori per determinare la durata del patto di prelazione. Si vedano, in tal senso, gli argomenti di F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pag. 697 ss.; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, pag. 83.

⁽³⁰⁾ In questi termini anche F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 66, che nota come i criteri posti dall'art. 1379 cod. civ. sono elastici, da interpretarsi in chiave comparativa.

⁽³¹⁾ Basti pensare all'art. 965, comma 2, cod. civ., all'art. 2557, comma 2 cod. civ., all'art. 2125 cod. civ. e 2596 cod. civ. Esclude la possibilità di mutuare tali i termini di durata previsti da altre fattispecie, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pag. 448.

d'uopo concludere che il termine di durata può dirsi conveniente se, in base agli scopi perseguiti dalle parti, risulta che i limiti al potere di disposizione sono convenuti per un periodo di tempo strettamente necessario a far sì che si soddisfi l'interesse perseguito ⁽³²⁾. Per uscire dalle secche delle tautologie, è necessario dunque rinunciare alla pretesa di una risposta generale. E allora, può dirsi che il riferimento al conveniente limite di tempo di cui all'art. 1379 cod. civ. consente di escludere *a priori* soltanto la liceità di un divieto di alienazione che imponga all'aderente un limite alla facoltà di disporre *sine die* nonché di quel divieto che, pur convenuto entro un termine di durata definito, risulti convenuto in termini eccessivi rispetto a quanto necessario per dare piena attuazione dell'apprezzabile interesse del beneficiario ⁽³³⁾.

Per converso, ogni qualvolta la limitazione delle facoltà proprietarie vincoli l'obbligato per il tempo strettamente necessario a dare piena attuazione all'interesse perseguito, l'intesa restrittiva deve intendersi compatibile con il dettato di cui all'art. 1379 cod. civ. e, dunque, meritevole di tutela sul piano giuridico, anche con una durata considerevole.

Su tal fondamento, e tornando ora più specificamente al tema di partenza, tenuto conto che la *negative pledge* viene per solito pattuita in funzione di garanzia dell'obbligazione, ogniquale volta la stessa imponga all'aderente di astenersi dal costituire posizioni di garanzia in favore di terzi per un periodo di tempo che, pur considerevole, non ecceda il termine di scadenza dell'obbligazione da garantire, può dirsi lecitamente contrattata e, dunque, compatibile con il disposto di cui all'art. 1379 cod. civ. Per converso, allorquando all'obbligato venga imposta una limitazione della capacità di indebitamento per un periodo di tempo eccedente rispetto a quanto necessario per dare piena attuazione all'interesse del creditore, la *negative pledge* si pone in aperto contrasto con una norma imperativa, sicché, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1379 e 1418 cod. civ., non potrebbe sottrarsi dalla sanzione della nullità ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ E. MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, cit., pag. 120.

⁽³³⁾ Avuto riguardo al divieto di alienazione *sine die*, vale la pena precisare che non sarebbe da intendersi nullo soltanto quell'accordo che imponga all'obbligato di non disporre del bene senza un termine, non è in dubbio che sia informato di nullità anche quel *pactum de non petendo* che, pur imponendo un limite alla possibilità di disporre del bene circoscritta entro un limite di tempo in senso assoluto ragionevole, tuttavia, a causa della rapida obsolescenza del bene sul quale insiste il vincolo, renda di fatto impossibile per il proprietario sfruttarne la capacità reddituale. Basti pensare all'ipotesi in cui il vincolo di inalienabilità, teso a limitare la possibilità di commerciale generi alimentari, sia convenuto per una durata superiore alla scadenza degli stessi, sì che, una volta venuto meno il limite imposto dal *pactum*, al proprietario non residuerebbe alcuna possibilità di rimettere in commercio tali beni.

⁽³⁴⁾ La soluzione qui accolta non cambia nemmeno nel caso, invero piuttosto frequente, in cui le parti negoziali non prevedano un termine espresso di durata della *negative pledge*. Tale mancanza di un termine espresso non vale infatti a rendere *ipso facto* il vincolo contrattato *sine die*, posto che tale termine può sempre determinarsi, per relationem, alla luce della scadenza dell'obbligazione da garantire. In altri termini, in virtù del principio di accessorialità della garanzia al credito e interpretando il termine di durata alla luce dell'interesse perseguito dalle parti, è naturale ritenere che la *negative pledge* esaurisca la sua funzione, rimuovendo il vincolo alle facoltà proprietarie dell'aderente, allorquando non vi sia più un'obbligazione da garantire e, dunque, non sussista più l'interesse apprezzabile del beneficiario. Quand'è così, adempiuta l'obbligazione, l'interesse creditorio non è più sussistente, ora perché soddisfatto ora perché irrimediabilmente vanificato, sicché non v'è ragione di intendere l'obbligato ancora vincolato al precetto negativo, mancandone in presupposto fattuale, oltretutto l'obbligazione principale da garantire. Non è invece da ritenere che, verificatosi l'inadempimento della *negative pledge*, questa esaurisca la sua funzione,

3. Portata oggettiva dell'intesa restrittiva.

La formula dell'art. 1379 cod. civ. formalizza che l'iniziativa negoziale a contenuto negativo, per scontare un giudizio di validità sul piano giuridico, oltre che finalizzata al soddisfacimento di un interesse apprezzabile deve essere pattuita entro convenienti limiti di tempo.

Il dato testuale, tuttavia, non offre all'interprete utili indicazioni sul contenuto della limitazione, rimanendo questione d'interpretazione a quali conseguenze giuridiche vada incontro un'intesa che, invece di imporre un dovere d'inerzia rispetto ad un singolo bene, riguardi, alternativamente, una specifica categoria di beni o l'intero complesso di *assets* componenti il patrimonio debitorio *et similia* ⁽³⁵⁾.

La soluzione dell'interrogativo, sul quale la dottrina ha dedicato riflessioni del tutto marginali e sporadiche, si rivela centrale ai fini della formulazione di un giudizio di compatibilità dello schema legale della *negative pledge* con il sistema normativo domestico.

Ciò in quanto, volgendosi alla tecnica di formulazione della clausola, balza subito all'occhio come, per prassi consolidata, il vincolo negativo imposto al contraente limita le facoltà proprietarie non già rispetto ad un singolo *asset*, bensì ad un'intera categoria di *assets* ovvero alla totalità degli *assets* componenti il patrimonio debitorio ⁽³⁶⁾.

A fronte del silenzio serbato dal dato positivo – che rende infruttuosa la ricerca di un appiglio formale per sciogliere in modo univoco l'interrogativo – nella dottrina si è fatto largo il convincimento che un divieto di alienazione contrattato nei termini dianzi evocati sia da intendere radicalmente nullo. A sostegno di tale impostazione viene osservato, seppur *obiter dicta*, che, a voler diversamente opinare, si aprirebbe alla possibilità di perfezionare intese in grado, anche solo in potenza, di portare alla completa paralisi della libertà economica di una delle parti negoziali ⁽³⁷⁾.

posto che in primo luogo l'obbligazione sottostante non è ancora adempiuta e, in ogni caso, il creditore può avere interesse a che l'obbligato ripristini lo stato inerziale.

⁽³⁵⁾ Per semplificare i termini del discorso, si pensi a quel divieto di alienazione strutturato in modo tale da imporre all'aderente di astenersi dal cedere non già uno specifico bene immobile, bensì tutti i beni immobili costituenti il proprio patrimonio. Considera una fattispecie simile, ma non esattamente sovrapponibile a quella prospettata, F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., pag. 148, il quale, ipotizzando un divieto di alienazione contrattato per una biblioteca nel suo complesso ma non espressamente posto sui singoli libri che la compongono, osserva che la limitazione in parola non si estende a quest'ultimi, salvo che, dalla loro vendita, non ne consegua la perdita della biblioteca. Secondo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 450, nel caso di divieti di alienazione di tale fattura, l'obbligazione potrebbe dirsi inadempita soltanto laddove la vendita del singolo bene costituisca un atto preordinato alla violazione della limitazione pattizia.

⁽³⁶⁾ Nella varietà di modelli impiegati dalla prassi per formulare la clausola, si consideri questo esempio di *negative pledge*, riportato da P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Londra, 1986, pag. 82: “*The Borrower will not and will procure that none of its subsidiaries will, create or permit to subsist any encumbrance on the whole or any part of the respective present or future assets of the borrower or any such subsidiary, except for ...*”.

⁽³⁷⁾ Così, per la dottrina d'Oltralpe, M.H. DE VALLOIS DE LAENDER, *Le sûretés négatives*, Parigi, 1998, pag. 188, secondo cui non sarebbe mai ammissibile imporre un vincolo al potere di disposizione di carattere

Questa linea interpretativa, *prima facie* dotata di fondamento, nei termini estremi in cui è formulata non sembra meritare accoglimento.

A sostegno di ciò si adduce, in primo luogo, una certa distonia di tale esegesi rispetto al dato letterale, posto che, come già evidenziato, l'art. 1379 cod. civ. non esclude *per tabulas* la possibilità di contrattare una restrizione delle facoltà proprietarie di portata generale, limitandosi a richiedere la sussistenza di un apprezzabile interesse del beneficiario nonché di una durata conveniente del vincolo.

Per gli effetti, il silenzio serbato dal legislatore in punto non autorizza l'interprete a configurare eccezioni non previste, salvo invocare la contrarietà di un'intesa di tal guisa a principi di ordine pubblico che, tuttavia, non sembrano ricorrere nel caso di specie.

In seconda battuta può altresì rilevarsi, per convalidare ulteriormente tali conclusioni, le incongruenze che in pratica potrebbero verificarsi se si accogliesse la tesi opposta.

Invero, ritenendo invalide quelle intese che impongono all'obbligato un divieto di disposizione esteso ad un'intera categoria di beni o all'intero complesso di *assets* componenti il patrimonio debitorio si finisce per negare cittadinanza ad una molteplicità di intese restrittive della cui validità, invece, non si è mai dubitato.

Per convincersi di ciò è sufficiente riflettere sul fatto che, nella varietà di situazioni ipotizzabili, il vincolo di inalienabilità ben potrebbe gravare su un singolo bene, mobile o immobile, che, al tempo stesso, costituisca l'unico *asset* rilevante del patrimonio debitorio. Ebbene, nonostante un divieto di tal guisa possa senz'altro comportare la totale paralisi della libertà economica dell'aderente al patto negativo, nessuno pone in dubbio la sua meritevolezza sul piano giuridico, a condizione, beninteso, che tale limitazione sia convenuta entro convenienti limiti di tempo e in funzione di un interesse apprezzabile del beneficiario.

Quand'è così non si scorgono valide ragioni per non riconoscere ai privati, senza che ne risulti tradita la *ratio* sottesa all'art. 1379 cod. civ., un ampio margine di manovra nel determinare l'oggetto del patto limitativo delle facoltà proprietarie, anche laddove il divieto riguardi, a titolo di esempio, la totalità dei beni immobili dell'obbligato ⁽³⁸⁾.

Sulla scorta di queste puntualizzazioni, e tornando a quello che rileva in questa sede, non sembrano dunque sussistere valide ragioni per escludere la liceità di una *negative pledge* che, invece di imporre il divieto di costituzione di garanzie del credito su di un solo *asset*,

assoluto, che riguardi l'intero complesso di beni del debitore, posto che tali clausole si risolverebbero in un diritto potestativo del creditore sull'attività economica del debitore, prevaricando qualsiasi apprezzabile interesse di quest'ultimo. Con medesimo spirito critico anche G. PIEPOLI, *Le "garanzie negative"*, cit., pag. 428, per il quale un vincolo al potere di disposizione di portata generale, cui corrisponda il diritto di veto per il creditore, non sarebbe da intendersi valido poiché condurrebbe alla paralisi della libertà economica del debitore, mentre sarebbe ammissibile un vincolo negativo che abbracci solo parte del patrimonio debitorio.

⁽³⁸⁾ Ciò, beninteso, a condizione che la restrizione delle facoltà proprietarie sia convenuta entro un limite di tempo ragionevole, risponda ad un interesse apprezzabile del beneficiario e sempreché, alla luce delle circostanze del caso concreto, non risulti impossibile, per l'obbligato, provvedere al soddisfacimento delle esigenze primarie di vita.

riguardi, indiscriminatamente, tutti o un'intera categoria di *assets* componenti il patrimonio debitorio ⁽³⁹⁾.

4. Prolegomeni sull'inadempimento dell'obbligazione negativa.

A fronte del panorama complessivamente tratteggiato, e qui colto nei suoi tratti salienti, non sembrano dunque frapporsi ostacoli giuridico-formali nell'affermare la piena compatibilità della *negative pledge* con i limiti stabiliti dall'art. 1379 cod. civ.

Se dunque, quantomeno sul versante dei profili statici, non si prefigurano manifeste restrizioni alla possibilità, per la prassi domestica, di avvalersi di una *negative pledge* al fine di rafforzare l'adempimento dell'obbligazione, si tratta ora, mutando decisamente l'angolo prospettivo, di accertare se e in quali termini, in caso di mancata osservanza del dovere d'inerzia così imposto, il creditore possa trovare adeguato conforto del pregiudizio subito.

Aspetto, quest'ultimo, di primaria rilevanza qualora, passando da una dimensione prettamente teorica al frastagliato terreno della prassi contrattuale, si prospetti in concreto l'impiego della clausola in funzione di rafforzamento dell'adempimento dell'obbligazione.

Invero, poiché la *negative pledge* non raffina una garanzia *in rem* – sicché, oltre a non essere opponibile nei confronti dei terzi, non assicura alcun diritto o specifica azione esecutiva sui beni del debitore – l'utilità pratica della stessa risulta sensibilmente condizionata, com'è agevole rilevare, dall'adeguatezza dei rimedi a disposizione del creditore per il caso in cui il debitore contravvenga il dovere d'inerzia assunto ⁽⁴⁰⁾.

Per avviare un discorso su tali interrogativi, e svolgere più approfondite considerazioni sulle molteplici questioni che si sollevano in punto, si rivela indispensabile tracciare, sia pur *summa capita*, il quadro delle coordinate teoriche sull'inadempimento dell'obbligazione negativa in generale, per quel tanto almeno che questo approfondimento possa giovare all'analisi del complesso.

In limine va considerato che l'obbligazione negativa, oltre che per l'oggetto della prestazione e per modalità di adempimento ⁽⁴¹⁾, si distingue dalle quelle di stampo positivo anche, e soprattutto, sotto l'aspetto dell'inadempimento.

⁽³⁹⁾ In tale scenario, e più in generale ogniqualevolta si intenda pattuire un divieto di alienazione *omnibus*, si rivela opportuno, a fini tuzioristici, identificare in modo analitico tutti i beni sui quali si intende costituito il vincolo di indisponibilità, sì da non far insorgere dubbi in capo all'obbligato sull'esatta portata del dovere di inerzia assunto, specie nel caso di fuoriuscita e annessione, successivamente al perfezionamento dell'intesa restrittiva, di beni dal compendio patrimoniale.

⁽⁴⁰⁾ Aspetto, quest'ultimo, che come s'è già visto costituisce per gli interpreti di lingua inglese la principale paratia nel riconoscere la reale attitudine della *negative pledge* a fungere da efficace strumento di garanzia dell'obbligazione per il creditore. Si è infatti già avuto modo di dire che i due rimedi essenzialmente invocabili - l'azione di risarcimento del danno e l'*injunction* - non vanno esenti da riserve, lasciando frequentemente il creditore privo di una reale tutela per il caso in cui l'obbligato compia un atto positivo contrario al dovere d'inerzia imposto.

⁽⁴¹⁾ La peculiare modalità di adempimento dell'obbligazione negativa, che impone all'obbligato di mantenere una condotta inerziale, rende ad esempio inconciliabile la necessaria presenza di un destinatario del pagamento, sicché può escludersi l'applicabilità, per tali peculiari obbligazioni, del disposto di cui

Il solco tra le due *species* di obbligazioni si coglie agevolmente mettendo a fuoco la disciplina di legge, nel qual tema, nonostante la ricca problematica reclamerebbe una ben più incisiva e meglio coordinata regolamentazione che quella predisposta dal sistema vigente, il codice si sbriga in sole due disposizioni: l'art. 1222 cod. civ. e l'art. 2933 cod. civ. ⁽⁴²⁾.

Prendendo le mosse da quest'ultima norma, e tralasciando in questa sede il versante concernente i profili strettamente processualistici del fenomeno esecutivo, ella pone, come regola generale per il caso di inadempimento di obbligazioni di *non facere*, il diritto del creditore deluso di ottenere il ripristino dello *status quo ante* mediante la distruzione, a spese dell'obligato, di ciò che è stato fatto in spregio del patto negativo. Nel caso tuttavia la rimozione dell'opera arrechi pregiudizio all'economia nazionale, il cpv. della norma prevede, in via suppletiva, prevede il rimedio risarcitorio ⁽⁴³⁾.

Mentre l'art. 2933 cod. civ., come si coglie anche solo da queste concise notazioni, non dispone che per i profili di più stretta natura rimediale, è alla stringata formulazione dell'art. 1222 cod. civ. che viene affidata la disciplina generale sull'inadempimento dell'obbligazione negativa.

Echeggiando la lettera della norma si apprende infatti che le obbligazioni di non fare sono sottratte dall'applicazione della disciplina della mora, poiché ogni fatto compiuto in

all'art. 1188, comma 1, cod. civ. Pone l'accento su tale aspetto, in dottrina, C. CHessa, *L'adempimento*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di P. Cendon, Milano, 1996, pag. 52.

⁽⁴²⁾ In dottrina, per un'esauritiva analisi della disposizione in esame, tra i molti, G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pag. 196 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1954, pag. 274 e, più recentemente, S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 2910-2933, Libro sesto, tutela dei diritti, Bologna, 2020, passim. Mentre l'art. 2933 cod. civ. si occupa manifestamente dell'esecuzione forzata degli obblighi di non fare fungibili, vi sono altre norme il cui ambito di applicabilità, sia pur indirettamente, è riferito anche agli obblighi a contenuto negativo. Così, basti l'allusione all'art. 614-bis cod. proc. civ., introdotto dall'art. 49, comma 1, legge 2009, n. 69, reca una disciplina *ad hoc* per l'attuazione degli obblighi di fare e di non fare infungibili nonché, secondo la prospettazione della più recente giurisprudenza, fungibili, sempreché si tratti di prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro. Si tratta, in estrema sintesi, di una misura di coazione indiretta, sul tipo delle *astreintes* del diritto d'Oltralpe, invocabile allorché l'obligato rifiuti di adempiere spontaneamente un determinato obbligo di fare o di non fare infungibile, come tale non attuabile ricorrendo al procedimento di esecuzione forzata. La misura di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ., nel generalizzare la possibilità di imporre mezzi di coercizione indiretta nei provvedimenti giudiziali condannatori all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di una somma di denaro, agevola in primo luogo la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente; di poi, assolve una funzione più schiettamente deflattiva, assicurando un serio ristoro a fronte del perdurare dell'inadempimento e limitando il contenzioso alla sola eventualità in cui si produca un danno non integralmente soddisfatto dalla statuizione dell'autorità giudiziaria. Sull'art. 614-bis c.p.c., nella copiosa letteratura stratificatasi, si veda la precisa ricostruzione di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Giur. merito*, 2010, pag. 398 ss.; G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis cod. proc. civ.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, pag. 505 ss.; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, pag. 67 ss.

⁽⁴³⁾ Secondo consolidata giurisprudenza il riferimento all'economia nazionale di cui al comma 2 dell'art. 2933 cod. civ. viene integrato allorché il provvedimento di rimozione forzata riguardi una fonte di produzione e di distribuzione della ricchezza, mentre non trova riscontro nella emergenza della crisi degli alloggi. In questo senso, *ex multis*, Cass. 16 maggio 1961, n. 1154, in *Giust. Civ.*, 1961, I, pag. 1412; Cass. 23 novembre 1963, n. 3009, in *Foro it.*, 1964, I, pag. 830.

violazione del dovere d'inerzia costituisce, di per sé, inadempimento dell'obbligazione negativa ⁽⁴⁴⁾.

La norma ricalca, non nella lettera ma nella sostanza, quanto già espresso, sotto l'imperio del codice abrogato, dall'art. 1221, a mente del quale, in caso di mancata osservanza del divieto di non fare, insorgeva *ipso facto* per il contravventore l'obbligo di risarcire il danno ⁽⁴⁵⁾.

La formulazione agile dell'art. 1222 cod. civ., che ha pretesa di condensare, in poche parole, le regole generali sull'inadempimento dell'obbligazione negativa, ha comportato l'insorgere, tra i privatisti, di questioni interpretative di non lieve momento.

Limitandoci qui alle notazioni essenziali, un primo equivoco che affligge lo studio della norma lo si coglie svolgendo considerazioni di mera analisi lessicale dell'art. 1222 cod. civ.: mentre infatti la rubrica riferisce alle obbligazioni negative *tout court*, ben diversa è la scelta semantica compiuta nel corpo della norma, ove il riferimento è alle sole obbligazioni di non fare.

La rilevata promiscuità terminologica fa subito sorgere l'interrogativo se la *regula iuris* affidata al precetto in esame debba riferirsi alla sola *species* delle obbligazioni di *non facere* – con esclusione quindi di quelle di *non dare* e di *pati* – o se, piuttosto, l'inapplicabilità della disciplina sulla mora vada estesa, come sembra suggerire la rubrica di legge, alle obbligazioni negative in generale.

A nostro avviso, ci si trova innanzi ad una semplice questione di nomi, priva di reale rilevanza sul piano giuridico.

Il riferimento testuale alle sole obbligazioni di non fare costituisce, infatti, nulla più di una formula sineddacata di quella, di più ampia portata, impiegata nella rubrica della norma che, coerentemente, allude senza eccezioni all'intera categoria concettuale delle obbligazioni negative.

A conforto di quanto osservato può osservarsi che la *regula iuris* posta dall'art. 1222 cod. civ., ad onta della dizione impiegata, si fonda sul presupposto logico che la contravvenzione del dovere d'inerzia importa in ogni caso inadempimento dell'obbligazione, tanto per quelle che impongono un *non facere* quanto per quelle che declinano un *non dare* o un *pati*.

Anche infatti spingendo più a fondo il confronto, quello che distingue le varie *species* di prestazioni omissive è soltanto la diversa qualificazione della prestazione inerziale,

⁽⁴⁴⁾ Per un quadro esaustivo sulle numerose questioni interpretative sollevate dalla formula dell'art. 1222 cod. civ. d'uopo il riferimento a C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Art. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, pag. 241 ss. Dall'inapplicabilità della disciplina della mora consegue, altresì, che nel caso l'inadempimento dell'obbligazione negativa sia dedotto quale *trigger event* di una clausola risolutiva espressa, l'obbligato resosi inadempiente non possa eliminarne la rilevanza purgandola prima della dichiarazione del creditore di voler la risoluzione, posto che, in tali obbligazioni, la mora non è configurabile. Cfr., Cass. 5 luglio 1980, n. 4290, in *Giust. civ.*, 1980, voce Obbligazioni e contratti, n. 330.

⁽⁴⁵⁾ Risarcimento che, in questa sede, andrebbe a sostituire la prestazione rimasta definitivamente inadempita, assumendo carattere compensativo del pregiudizio subito, diversamente di quanto ha luogo nelle obbligazioni positive, ove la prestazione risarcitoria assume carattere moratorio. Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit., pag. 113.

rimanendo comune a tutte il fatto che l'atto positivo compiuto in spregio del dovere d'inerzia importa pur sempre inadempimento dell'obbligazione.

Ad una soluzione parzialmente differente può invece pervenirsi considerando la formula normativa affidata all'art. 2933 cod. civ., che, con maggiore perizia lessicale, riferisce tanto nella rubrica quanto nel testo di legge ai soli obblighi di non fare. Ciò appare conferente considerato che la latitudine della norma in esame non sembra potersi spingere oltre gli angusti confini delle obbligazioni di *non facere* e, più precisamente, di quegli obblighi che, ove inadempiti, oggettivano una modificazione del mondo esterno suscettibile di rimozione forzata ⁽⁴⁶⁾.

Quest'ultima norma infatti, diversamente dalla prima, nel prevedere la possibilità per l'avente diritto di chiedere, a spese dell'obbligato, la distruzione o demolizione della cosa realizzata in spregio del dovere d'inerzia assunto, suggerisce chiaramente la necessità che, dall'inadempimento, scaturisca un *quid novi* suscettibile di materiale rimozione. Circostanza che, se può rilevarsi agevolmente negli obblighi di *non facere* in senso stretto, più difficilmente può riscontrarsi ove la prestazione negativa consista in un *non dare* o un *pati* che, imponendo comunemente l'astensione da un'attività puramente giuridica, legittimano il soggetto leso ad invocare soltanto una tutela preventiva o meramente sanzionatoria, ma non certo il ripristino forzato dello *status quo ante* ⁽⁴⁷⁾.

Oltre alla rilevata antinomia lessicale preme altresì volgere l'attenzione sulle gravi incertezze, che hanno agitato il dibattito tra i privatisti, sul significato concreto da attribuire alla regola affidata all'art. 1222 cod. civ. Più precisamente, è questione d'interpretazione se, orientandosi secondo i canoni interpretativi forniti dalla norma, debba escludersi o meno la possibilità di configurare un ritardo nell'adempimento dell'obbligazione negativa ⁽⁴⁸⁾.

Due, in particolare, sono le tesi proposte.

La *communis opinio*, in perfetta aderenza con il tenore letterale dell'art. 1222 cod. civ., rimarca senza esitazioni un'incompatibilità strutturale tra obbligazione negativa e ritardo

⁽⁴⁶⁾ Nel senso che si rende necessario un *quid novi* per poter invocare il disposto di cui all'art. 2933 cod. civ., cfr. Cass. 9 dicembre 1981, n. 6500, in *Foro it.*, 1981, voce esecuzione obblighi di fare, n. 6.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., pag. 976.

È infatti difficile immaginare l'utilità del precetto in parola a fronte della contravvenzione dell'obbligo di non trasferire a terzi un determinato immobile al di sotto delle condizioni economiche minime stabilite, ovvero allorquando l'obbligato si impegna a tollerare, entro un certo limite, le immissioni rumorose del vicino. In questi casi infatti, la condotta inadempiente dell'obbligato non comporta la realizzazione di un *opus manufactum* suscettibile di essere rimosso.

⁽⁴⁸⁾ Se, da un punto di vista lessicale, ritardo e mora sono concetti assimilabili, sotto il profilo giuridico la mora è una specificazione del concetto di ritardo, assumendo il significato di ritardo illecito. Così, E. VALSECCHI, *Sulla illiceità nel ritardo dell'inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, pag. 247. Altri tuttavia, spingendo più a fondo il confronto, addivengono a distinguere la mora dal ritardo colpevole, avendo la prima un qualcosa di più specifico e intenso rispetto al mero ritardo, consistente in una sorta di inesatto adempimento. Distinzione, quest'ultima, che si rinviene in A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. cass. civ.*, 1948, II, pag. 754 e poi ripresa da M. TRIMARCHI, *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, pag. 445.

nell'adempimento ⁽⁴⁹⁾. Se infatti il ritardo si distingue dall'inadempimento in ragione della possibilità di un adempimento futuro, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una prestazione negativa nemmeno l'alchimia giuridica può spingersi a ritenere che il fatto contrario al diritto diventi non fatto.

Altri interpreti hanno tuttavia sottoposto a parziale revisione tale esegesi, ponendo l'accento sul fatto che la situazione di inadempimento di un'obbligazione negativa non necessariamente presenta il carattere della definitività, potendosi ammettere, a date condizioni, l'adempimento dell'obbligazione anche successivamente alla contravvenzione della stessa ⁽⁵⁰⁾.

Per tale opzione, se è dato acquisito che l'inadempimento dell'obbligazione negativa mostra comunemente quel carattere di definitività che vale ad escludere la possibilità di concepirne un adempimento ritardato ⁽⁵¹⁾, per altro verso non può escludersi che, rispetto a talune prestazioni, la restaurazione dell'atteggiamento inerziale costituisca un contegno idoneo a soddisfare l'interesse creditizio. A tale proposito valga l'esempio di chi si renda inadempiente dell'impegno di non esercitare un'attività commerciale in concorrenza con quella di un determinato soggetto: ebbene, in tale scenario non è da escludere che il creditore, oltre al risarcimento del pregiudizio subito, possa sollecitare la cessazione dell'ingerenza dannosa e la restaurazione della condotta inerziale al fine di vedere soddisfatto il proprio interesse ⁽⁵²⁾.

Com'è facile comprendere, gli argomenti addotti dall'una e dall'altra corrente di pensiero poggiano, egualmente, su validi appoggi ricostruttivi. Tuttavia, orientandosi alla luce

⁽⁴⁹⁾ In questo senso si esprimeva già, sotto l'imperio del codice abrogato, A. MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padova, 1930, pag. 21, il quale è risoluto nell'affermare che, nelle obbligazioni di non fare, "se non si fa, si ha adempimento, se si fa ha violazione del contratto, inadempimento"; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, Napoli, 1934, pag. 3 ss., che, a conferma dell'incompatibilità tra ritardo nell'adempimento e obbligazione negativa, riferisce l'esempio del *pactum de non licitando*. Se infatti al termine stabilito per la vendita agli incanti l'obbligato si presenta come offerente, tale condotta lo rende inadempiente dell'obbligazione assunta e una futura astensione non sarà in grado di ripristinare la situazione preesistente sì da considerarlo egualmente adempiente. Più recentemente, nei medesimi termini F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2015, pag. 370 s.

⁽⁵⁰⁾ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pag. 241. Per la dottrina d'oltralpe, ammette la possibilità di un adempimento tardivo dell'obbligazione negativa, e quindi l'applicabilità della disciplina della mora F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles-Parigi, 1869, pag. 240, il quale, muovendo dalla lettera dell'art. 1175 code nap., ne deduce che la mora risulta dalla natura stessa dell'obbligazione, sicché una clausola di messa in mora sarebbe del tutto inutile poiché il debitore, ponendo in essere un atto positivo contrario al dovere d'inerzia, si mette in mora da sé. Più recentemente, in termini non dissimili anche H. E L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, Parigi, 1960, pag. 397, n. 2274.

⁽⁵¹⁾ Un esempio vivido è quello di colui che, assunto l'impegno di mantenere integro un bene, lo distrugge.

⁽⁵²⁾ Così KISS, *Grünhuts Zeitschrift*, XXXII, 1905, (in *Arch fur Burg*), R31, pag. 181 e, per i nostri, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pag. 241 ss., il quale osserva altresì che, anche ritenendo meritevole di accoglimento quest'ultima opzione, ciò non configura in capo al creditore l'obbligo di costituzione in mora del debitore inadempiente. Per una replica a questo tipo di obiezioni si vedano le considerazioni svolte da V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, pag. 563, secondo il quale l'accoglimento di una simile impostazione argomentativa conduce ad un'artificiosa scissione del contenuto dell'obbligazione negativa in singole prestazioni autonome, l'una, quella negativa, inadempita e la seconda passibile di essere ancora adempiuta.

delle indicazioni fornite dal dato normativo, si ritiene più persuasiva la tesi che rileva un'incompatibilità strutturale tra adempimento tardivo e obbligazione negativa.

Chi ammette tale possibilità tende infatti a sovrapporre due piani, quello dell'inadempimento dell'obbligazione e quello dell'interesse del creditore, che, tuttavia, vanno tenuti ben distinti tra loro.

Per meglio dire, se non è in discussione che il creditore, anche ove inadempita l'obbligazione, possa ciononostante conservare l'interesse a che venga ristabilito lo stato di inerzia – così come è pacifico che non sussistano ostacoli, per l'obbligato, a determinarsi in tal senso sul piano fattuale – ciò non vale a significare, in termini di stretto diritto, che tale contegno integri una forma di adempimento tardivo dell'obbligazione inadempita.

Ove infatti l'obbligato, ormai resosi inadempiente, decida egualmente di ripristinare l'atteggiamento inerziale cui era originariamente vincolato, ciò non costituisce adempimento, nemmeno parziale ⁽⁵³⁾, dell'obbligazione contravvenuta, quanto piuttosto, se non si cade in grave abbaglio, spontanea esecuzione di un dovere morale ai sensi dell'art. 2034 cod. civ.

Questa conclusione, del resto, si rivela coerente con la lettera dell'art. 1222 cod. civ.

Invero, l'inapplicabilità della disciplina della mora per il caso di mancata esecuzione delle obbligazioni negative, se da un lato vale ad escludere che possa aversi, in futuro, l'adempimento dell'obbligazione, dall'altro suggerisce che la stessa, ove contravvenuta, si estingue per impossibilità della prestazione.

Se infatti il debitore non può più adempiere, non si scorgono ragioni valide per le quali l'obbligazione debba rimanere in essere.

In virtù di quanto menzionato, anche ove il creditore abbia interesse a che l'obbligato si impegni ad osservare *pro futuro* il divieto ormai contravvenuto, va radicalmente esclusa tanto la possibilità di chiederne giudizialmente l'adempimento, quanto di diffidare l'obbligato, ex art. 1454 cod. civ., al ripristino del contegno inerziale.

Per gli effetti, il creditore che intenda ripristinare lo *status quo ante* dovrà perfezionare, previo consenso dell'obbligato, un nuovo programma negoziale avente medesimo contenuto di quello ormai irrimediabilmente compromesso. Nell'ipotesi invece in cui, senza che si richieda ciò, il debitore si determini spontaneamente in tal senso, tale condotta non costituisce adempimento tardivo dell'obbligazione originaria bensì adempimento di un'obbligazione naturale.

Messi a nudo i fraintendimenti della dottrina tradizionale sulla configurabilità di un adempimento ritardato dell'obbligazione negativa, rimane da chiarire se le prescrizioni contenute nell'art. 1222 cod. civ. costituiscano un regime alternativo o se, piuttosto, la norma debba coordinarsi con le disposizioni dettate dal codice sull'inadempimento in generale. In particolare, in dottrina è vivacemente disputato se l'obbligazione negativa sia incompatibile con l'idea di inadempimento incolpevole o se invece, al pari di quelle

⁽⁵³⁾ Come sembra suggerire, seppur con le dovute cautele, A. AMBANELLI, *Sull'inadempimento delle obbligazioni negative*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, pag. 794.

positive, anche per queste vige il principio della presunzione di colpa superabile con la prova che la contravvenzione non è dipesa da una causa imputabile all'obligato, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. ⁽⁵⁴⁾).

La questione si è agitata eminentemente sotto l'imperio del codice previgente, posto che la formulazione dell'art. 1221 cod. civ. induceva nella tentazione di ritenere integrata una sorta di responsabilità oggettiva per il caso di mancata osservanza del dovere d'inerzia ⁽⁵⁵⁾).

Nelle più moderne stagioni sembra invece prevalere, tra i privatisti, la convinzione che *regula iuris* dettata dall'art. 1222 cod. civ. sia necessariamente da coordinarsi con i principi generali sulla responsabilità debitoria ⁽⁵⁶⁾).

Non è infatti da escludere che anche in tali obbligazioni, seppur con minore frequenza, possa verificarsi un caso di impossibilità della prestazione: si pensi a chi, vincolato a non alienare un determinato bene, si trovi costretto a ciò in virtù di un'espressa disposizione di legge sopravvenuta rispetto all'accordo. Orbene, è d'immediata percezione che, in siffatto scenario, ritenere egualmente responsabile l'obligato per la contravvenzione del dovere d'inerzia assunto appare privo di logica alcuna.

⁽⁵⁴⁾ La questione si pone, nei medesimi termini, anche rispetto alla clausola penale. È infatti vivacemente discusso se, per il beneficiario, sia possibile pretendere l'adempimento della penale anche laddove l'obbligazione sottostante sia inadempita per causa non imputabile all'obligato. Secondo una parte della dottrina, avallata anche da una non recente pronuncia giurisprudenziale, la questione andrebbe risolta nel primo senso, poiché se non sussiste una responsabilità per danni nel caso di inadempimento non imputabile, al tempo stesso non potrà ritenersi sussistente un obbligo alla penale nella stessa eventualità. Così, Cass. 28 novembre 1931, in *Rep. Foro it.*, pag. 235, a mente della quale non incorre nella penalità il contraente resosi inadempiente per errore scusabile e, per la dottrina, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit. pag. 121. Secondo invece l'opposta corrente interpretativa, in cui ben evidente è il debito rispetto alle fonti romane, la penale sarebbe dovuta anche nel caso di inadempimento per caso fortuito o forza maggiore, posto che tale pattuizione prescinderebbe dalla colpa dell'inadempiente. In questi termini, cfr. Cass. 21 maggio 1928, in *Rep. giur. it.*, 1928, pag. 137.

⁽⁵⁵⁾ Ove era sancito che il debitore era tenuto a risarcire i danni per il sol fatto che non fosse osservata l'obbligazione negativa, facendo intendere, quantomeno muovendo secondo un'interpretazione letterale della norma, che l'inadempimento dell'obbligazione negativa facesse sorgere una sorta di responsabilità di carattere oggettivo. Così, acutamente, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pag. 245.

⁽⁵⁶⁾ In questi termini si esprime L. COVIELLO JR., *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, in *Giur. it.*, 1952, I, c. 685 ss., il quale, pur riconoscendo la minore frequenza di ipotesi di impossibilità delle prestazioni negative rispetto a quelle positive, ammette tuttavia che anche chi risulti obbligato a un *non facere* possa andare esente da responsabilità per danni allorché l'inadempimento dipenda da un fatto a lui non imputabile. Accoglie anche G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, 9, t. 1°, Torino, 1999, pag. 476, per la quale alle obbligazioni di non fare risultano inapplicabili soltanto le disposizioni sulla mora e non già la disciplina sull'inadempimento dell'obbligazione in generale. In senso difforme, Cass. 10 maggio 1951, n. 1094, in *Giur. it.*, 1952, I, c. 685 s., che, pur escludendo categoricamente la configurabilità, rispetto all'obbligazione negativa, di un'impossibilità della prestazione che possa liberare il debitore ove dovuta a causa a lui non imputabile ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., cade in un grave difetto di motivazione, impostando il processo argomentativo sulla lettera dell'art. 1222 cod. civ. dalla quale, tuttavia, non è possibile evincere in alcun modo tale deroga rispetto alla disciplina generale sull'inadempimento. Riserve critiche all'opinione della dottrina prevalente sono affacciate anche in F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 209, per il quale, rispetto alle obbligazioni negative, non si può porre il problema dell'impossibilità di adempiere, dal momento che ogni fatto compiuto in spregio dell'obbligazione di non fare è da intendersi quale fatto volontario del debitore o dei suoi ausiliari, del quale è sempre responsabile.

In considerazione di ciò, leggendo dunque l'art. 1222 cod. civ. con l'ausilio dell'art. 1218 cod. civ., ne consegue che il contravventore può andare esente dall'obbligo di risarcire il danno laddove la mancata osservanza del dovere d'inerzia sia dipesa da una causa ad esso non imputabile ⁽⁵⁷⁾.

5. Inadempimento della negative pledge ed effettività dei mezzi di tutela a disposizione del creditore: il rimedio risarcitorio.

Come si è avuto modo di osservare, la prestazione dedotta *in obligatione* si raffina, nel caso della *negative pledge*, nell'astenersi dal costituire, in favore di terzi, posizioni di garanzia aventi ad oggetto i beni del patrimonio debitorio, salvo il primo creditore prestì il suo consenso in tal senso.

Poiché tuttavia a codesto mezzo di rafforzamento della garanzia patrimoniale, diversamente da quel che accade avvalendosi di una garanzia *in rem*, non risulta connesso alcun rimedio specifico per il caso di inadempimento, il creditore deluso potrà attingere alle sole forme di tutela previste, in generale, per il caso di mancata esecuzione del rapporto giuridico.

Esaurita, nel capitolo che precede, la trattazione di quest'aspetto nell'ambito degli ordinamenti anglofoni, e guardando dunque, in questa sede, al diritto interno, *in limine* può senz'altro escludersi che, in caso di inadempimento, possa invocarsi la tutela prevista dall'art. 2933 cod. civ.

Ciò per l'evidente ragione che la *negative pledge*, quale tipica obbligazione di *non dare*, impone all'aderente di astenersi da una pura attività giuridica.

Ebbene, se non è in dubbio che, in caso di inadempimento, dall'impulso del debitore consegua una modificazione della situazione giuridica preesistente, poiché tuttavia, nel caso della *negative pledge*, tale contegno si traduce in un atto giuridico e non in un atto

⁽⁵⁷⁾ In questi termini, Cass. 9 aprile 1991, n. 3724, in *Resp. civ. prev.*, 1992, pag. 790 con nota di A. AMBANELLI, *Sull'inadempimento delle obbligazioni negative*. Inoltre, quando la prestazione omissiva s'inquadra nell'alveo di un contratto a prestazioni corrispettive, rimane possibile anche il giudizio circa la gravità dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. Così, P. RESCIGNO, *voce Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., pag. 193. È invece controverso se, tra i criteri atti a distinguere le obbligazioni negative da quelle positive, possa invocarsi anche un diverso riparto dell'onere probatorio. Nevvero, è approdo consolidato, specie nel frangere della giurisprudenza, che il creditore intenzionato ad agire per l'adempimento, risoluzione contrattuale o risarcimento del danno, se per regola generale è tenuto soltanto ad allegare la circostanza dell'inadempimento, mentre è in capo al debitore convenuto la dimostrazione dell'avvenuto adempimento, nel caso di obbligazioni negative tale regola subisce una netta inversione, essendo sempre a carico del creditore la prova dell'avvenuta contravvenzione. In questo senso, Cass. SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, pag. 769 ss., che invoca, a giustificazione di tale deroga al riparto dell'onere probatorio, ragioni di equità; Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ.*, 2009, I, pag. 2532 che ha esteso il principio enunciato alle cause di responsabilità medica. Si colloca nel medesimo solco interpretativo, più recentemente, anche Trib. Roma 10 ottobre 2012, in *Pluris.it*; Trib. Salerno, 3 marzo 2014, *ivi*; Trib. Catania, 12 aprile 2017, *ivi*. Tuttavia, a questa soluzione giurisprudenziale è arrisa scarsa fortuna nella dottrina che, anche recentemente, non manca di manifestare più di una perplessità sul fatto che le ragioni di equità possano giustificare, da sole, una deroga così incisiva al riparto dell'onere probatorio. Così, M. RUSSO, *Onere della prova e fatto negativo*, in *Giur. it.*, 2018, pag. 2516 ss., il quale invoca un ripensamento, e financo un superamento, di tale tranciante presa di posizione della giurisprudenza.

materiale dal quale ne consegua un *quid novi* suscettibile di rimozione forzata, è da escludere *de plano* la possibilità di invocare la messa in pristino forzata di cui all'art. 2933 cod. civ. ⁽⁵⁸⁾.

Quand'è così, verificatosi il fatto dell'inadempimento, al creditore leso residua unicamente la possibilità di invocare una tutela di tipo risarcitorio che, nel contesto delle obbligazioni negative, non può che essere per equivalente ⁽⁵⁹⁾ assolvendo una funzione compensativa del pregiudizio arrecato, sostituendo la prestazione rimasta definitivamente inadempita ⁽⁶⁰⁾.

Nonostante il risarcimento del danno sia concepito, dall'ordinamento domestico, quale rimedio principale per il ristoro del pregiudizio derivante dall'inesecuzione della prestazione pattuita, non può fare a meno di notarsi come, nel contesto delle obbligazioni negative e, specialmente, in presenza di una *negative pledge*, sono numerosi gli aspetti che, anticipando in parte ciò che avrà in seguito più ampio spazio, rendono tale espediente di limitato ausilio per il creditore deluso.

Orientandosi secondo i principi generali che informano il sistema ordinamentale domestico, colui che lamenti di aver subito un danno è tenuto a provare l'esistenza dell'obbligazione, il fatto dell'inadempimento, il danno subito e il nesso di causalità tra condotta e danno subito ⁽⁶¹⁾.

Ebbene, salvo il profilo dell'esistenza dell'obbligazione che non pone particolari problemi, rispetto agli altri presupposti dell'azione risarcitoria sorgono invece questioni interpretative di non lieve momento ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ La norma infatti, come si è già avuto occasione di notare, appresta tutela soltanto allorché, in spregio dell'obbligazione negativa assunta, siano compiute opere materiali suscettibili di rimozione e non già, come nel caso dell'obbligazione in esame, meri atti giuridici.

⁽⁵⁹⁾ E invece da escludere la possibilità, prevista dall'art. 2058 cod. civ., di ottenere l'esecuzione in forma specifica, posto che la reintegrazione in forma specifica presuppone la caducazione degli effetti di un programma negoziale validamente posto in essere con un terzo, che, tuttavia, non è nella disponibilità di colui che ha contravvenuto l'obbligazione, non potendo sciogliere il contratto causa dell'inadempimento dell'intesa restrittiva. Così, riferendosi al divieto di alienazione, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 453.

⁽⁶⁰⁾ Diversamente invece da quanto accade nelle obbligazioni positive, ove assume carattere moratorio. Così, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit., pag. 113.

⁽⁶¹⁾ Il creditore procedente non è invece tenuto a dimostrare che l'inadempimento sia dipeso da una causa imputabile al debitore, posto che l'art. 1218 cod. civ. pone espressamente in capo al debitore l'onere di provare l'assenza di colpa nell'inadempimento. Aspetto, quest'ultimo, che secondo la vulgata maggiormente diffusa sotto l'imperio del codice abrogato, consentirebbe di tracciare una linea di netta demarcazione tra obbligazione negativa e *neminem laedere*, posto che se chi richiede il risarcimento del danno per violazione dell'obbligazione negativa non è tenuto a dimostrare la colpa del debitore, tale onere incombe invece su chi agisce per ottenere il risarcimento del danno in conseguenza di un fatto illecito. Così, tra i molti che assumono tale impostazione, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit., pag. 77.

⁽⁶²⁾ Non pone invece particolari questioni interpretative l'aspetto della legittimazione, attiva e passiva, all'azione risarcitoria. Invero, legittimato attivo è il creditore assistito dalla *negative pledge*, mentre dal lato passivo, trattandosi per solito di obbligazione negativa con un solo debitore, è sempre l'aderente all'obbligazione negativa. Diverso sarebbe invece nel casodi obbligazione plurisoggettiva, ove si rivela decisivo individuare con precisione l'autore materiale della contravvenzione. Nel caso di obbligazione negativa indivisibile con più obbligati, posto che tenuto a rifondere i danni è tenuto soltanto colui che ha contravvenuto, ci si domanda se sia la parte attorea a dover individuare l'autore materiale dell'atto positivo contrario al dovere d'inerzia o se, piuttosto, siano i coobbligati a dover dimostrare che la contravvenzione è imputabile ad un singolo coobbligato. Su tale questione, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II,

In primo luogo, avuto riguardo alla prova dell'avvenuta modificazione della situazione giuridica preesistente, non è improbabile che la contravvenzione della *negative pledge* rimanga celata al creditore.

Scenario, quello prospettato, che si verifica con una certa frequenza allorché all'obbligato sia imposto, come nel caso in esame, di astenersi da una pura attività giuridica, posto che la costituzione di cause di prelazione, non importando una modificazione della realtà fattuale esterna, rende tutt'altro che agevole, per il beneficiario dell'intesa negativa, essere edotto dell'inadempimento dell'obbligazione ⁽⁶³⁾.

Per chiarire meglio la situazione valga il seguente esempio: si ponga mente all'ipotesi in cui l'obbligato si determini a costituire, senza il consenso del creditore, un diritto di pegno allo scopo di garantire un finanziamento contratto con un terzo. Ebbene, poiché la menzionata causa di prelazione, al di fuori dello spossessamento in favore del creditore pignoratizio, non è assistita da un appropriato regime di pubblicità teso a rendere noto ai terzi l'esistenza del gravame, per il creditore è tutt'altro che agevole essere edotto dell'avvenuta violazione dei termini della *negative pledge* ⁽⁶⁴⁾.

Le conclusioni non cambiano anche laddove l'obbligato si limiti a perfezionare un programma negoziale che costituisca il presupposto per l'insorgere di un privilegio ai sensi degli artt. 2745 ss. cod. civ. Poiché infatti il privilegio, salvo rare eccezioni, è privo

cit., pag. 90 ss., il quale è reciso nell'affermare che tale onere probatorio grava sui coobbligati, i quali, convenuti in giudizio, per sfuggire alla condanna al risarcimento del danno, sono tenuti a dimostrare chi ha tenuto la condotta contraria al dovere d'inerzia assunto, sì da poter imputare soltanto a quest'ultimo la responsabilità per i danni. Per maggiori ragguagli sulle problematiche di legittimazione attiva all'azione risarcitoria nel caso di obbligazioni negative, e specialmente sulla possibilità che possa agire in via risarcitoria un soggetto diverso dallo stipulante, si veda L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit., pag. 25 ss.

⁽⁶³⁾ E ciò non cambia nemmeno laddove il gravame, per la sua validità, necessiti di adeguata pubblicità, posto che non è configurabile, in capo al creditore, un obbligo di consultare, a cadenza regolare, i registri pubblici per verificare la presenza di gravami sui beni del debitore. L'unica differenza in questo caso è che la costituzione di una garanzia del credito, come per esempio l'ipoteca, che abbisogna dell'osservanza di specifiche formalità pubblicitarie ai fini della sua validità, consente al creditore di poter essere edotto dell'esistenza del gravame, mentre altre garanzie, specie di natura personale, difettando di un regime di pubblicità, possono rimanere celate. Diversamente dal caso in cui l'obbligato si sia assunto l'impegno a non edificare o sopraelevare, allorché la mancata osservanza dell'impegno omissivo costituisce una condotta manifesta. Al tempo stesso, può giungersi alle medesime conclusioni anche rispetto a contratti stipulati per atto pubblico, sebbene rimanga questione d'interpretazione quando debba ritenersi che non si potesse non sapere dell'esistenza del contratto.

⁽⁶⁴⁾ Ciò in particolar modo ove l'operazione negoziale assistita dalla *negative pledge* sia connotata da profili di internazionalità, posto che l'impossibilità materiale del creditore di sorvegliare l'obbligato rende assai più agevole, per quest'ultimo, operare occultamente. A soluzioni parzialmente diverse può pervenirsi ipotizzando la costituzione di un pegno c.d. non possessorio, ai sensi del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modifiche, dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, posto che, il comma 4 dell'art. 1 della legge da ultimo menzionata, condiziona l'efficacia del gravame nei confronti dei terzi alla previa iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle Entrate, secondo le modalità indicate dal comma 6 della norma da ultimo citata. La previsione di una forma di pubblicità dichiarativa rende difatti più agevole, avere contezza, per il creditore assistito da una *negative pledge*, dell'avvenuta violazione dei termini dell'obbligazione negativa.

di qualsiasi forma di pubblicità ⁽⁶⁵⁾, anche in questo caso si rivela difficoltoso, per il beneficiario della *negative pledge*, avere contezza dell'esistenza del gravame.

Difficoltà, quelle nell'accertare l'avvenuta contravvenzione dell'obbligazione, che si accentuano nella misura in cui la *negative pledge* venga strutturata in maniera da precludere all'obbligato, oltre all'impiego delle garanzie rientranti nel decalogo legale, altresì il ricorso a mezzi di garanzia del credito atipici così come di quei modelli negoziali che, pur dotati d'una causa tipica, si prestino ad essere impiegati dai paciscenti in funzione di garanzia ⁽⁶⁶⁾.

Né potrebbe farsi affidamento, al fine di superare tale *impasse*, sulla correttezza e buona fede del debitore, giacché colui che si rende inadempiente dell'obbligazione assunta ha tutto l'interesse a che l'irrealizzazione del programma obbligatorio rimanga celata al suo avente causa ⁽⁶⁷⁾.

Sulla scorta di quanto evidenziato potrebbe obiettarsi che, nel caso l'inadempimento della *negative pledge* dipenda dalla costituzione di una garanzia, come quella ipotecaria, permeata da un rigido criterio di pubblicità, l'azione risarcitoria andrebbe esente dalle rilevate criticità, essendo più agevole dimostrare la mancata esecuzione della prestazione programmata.

Tuttavia, se il principio della pubblicità delle ipoteche agevola, quantomeno rimanendo a ragionare in astratto, l'accertamento dell'avvenuta violazione dei termini della *negative pledge* ⁽⁶⁸⁾, rimane da vagliare se, dalla mancata osservanza del dovere d'inerzia, si è

⁽⁶⁵⁾ Si allude qui al privilegio del venditore di macchine che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1524, comma 2 cod. civ. e 2762, comma 2, cod. civ., è subordinato alla trascrizione dei documenti dai quali risultano la vendita e il credito, da eseguirsi nell'apposito registro tenuto presso la cancelleria del tribunale nella giurisdizione del quale è collocata la macchina, nonché ai privilegi iscritti sugli autoveicoli a norma della legge speciale, considerati dall'art. 2810 cod. civ. alla stregua di vere e proprie ipoteche.

⁽⁶⁶⁾ Così, limitandoci a fare un esempio significativo, basti pensare al contratto di *sale and lease back* che, in particolar modo nelle recenti stagioni, ha assunto un ruolo di prim'ordine nella prassi domestica delle contrattazioni, com'è dimostrato dalla ricca casistica giurisprudenziale stratificatasi in punto di disciplina.

⁽⁶⁷⁾ La condotta del debitore, il quale taccia la violazione dei termini della *negative pledge*, oltre a costituire fonte di responsabilità civile poiché in aperto contrasto con il dovere di correttezza e buona fede imposto dall'art. 1175 cod. civ., sembra altresì configurare, se non si cade in grave abbaglio, il reato di truffa di cui all'art. 640 c.p. Invero, celando la contravvenzione della *negative pledge*, il debitore fa apparire come vera una situazione che non trova riscontro nei fatti, al solo scopo di procurare, a sé, un ingiusto profitto a danno del creditore. Nel caso di specie, infatti, la mancata comunicazione dell'avvenuta violazione dei termini dell'obbligazione negativa si risolve in una situazione di indubbio vantaggio per il debitore, il quale, attraverso la falsa rappresentazione della realtà, si sottrae dalle azioni esecutive del creditore. A tale vantaggio corrisponde, per il creditore assistito dalla *negative pledge*, un evidente nocumento, trovandosi impossibilitato ad invocare nell'invocare, con tempestività, il rimedio risarcitorio, esponendosi al pericolo che la garanzia patrimoniale sul quale ripone il proprio affidamento venga irrimediabilmente compromessa.

⁽⁶⁸⁾ Il principio della pubblicità della garanzia ipotecaria rappresenta infatti un'importante vittoria contro le ipoteche occulte che, come opportunamente osservato in dottrina, arrecavano notevole pregiudizio alla circolazione dei beni nonché alla diffusione del credito. Così, G. GORLA, *Sub Art. 2808*, in G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche, Art. 2784-2899*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro sesto – Tutela dei diritti, Bologna-Roma, 1962, pag. 170. A tale notazione va tuttavia aggiunto, calandoci nel contesto che qui interessa, che se da un lato l'esistenza di un apposito sistema di registrazione ipotecaria consente al creditore di essere edotto dell'esistenza del gravame, dall'altro rimane da verificare quale sia il grado di diligenza richiesto al creditore nell'accertamento dell'avvenuta violazione dei termini di un'obbligazione che imponga l'astensione da specifiche condotte negoziali. In altri termini è questione d'interpretazione se la mancata conoscenza dell'esistenza del gravame assistito da un adeguato regime

prodotto, sulla sfera patrimoniale di chi lamenta il danno, un effetto economico negativo, in un rapporto di causalità necessaria tra danno risarcibile e inadempimento dell'obbligazione⁽⁶⁹⁾.

Nelle obbligazioni negative, infatti, la sofferenza economica si manifesta frequentemente nella forma del lucro cessante, la cui prova, in confronto all'ipotesi di danno emergente, è assai più difficoltosa tanto la prova dell'esistenza di un danno quanto la determinazione del *quantum debeatur*⁽⁷⁰⁾.

Nel primo senso, poiché se è fuori dubbio che la condotta contraria al dovere d'inerzia non consente l'attuazione del rapporto obbligatorio, non è altrettanto sicuro che la contravvenzione dell'obbligazione arrechi, in concreto, un danno economico nella sfera giuridica della controparte⁽⁷¹⁾.

In altri e più compendiosi termini, anche laddove il creditore sia reso edotto, direttamente o indirettamente, dell'inadempimento della *negative pledge*, da tale circostanza non discende, *ipso facto*, un effetto economico negativo, diretto ed immediato, nella sfera personale del creditore.

Ciò si spiega agevolmente anche solo considerando che l'interesse presidiato dalla *negative pledge*, come già più volte rimarcato, è quello di assicurare al creditore la conservazione della posizione di preferenza in funzione del soddisfacimento dell'obbligazione principale garantita nonché la consistenza e valore della garanzia patrimoniale sulla quale fa affidamento. Quand'è così, è difficile immaginare che la costituzione di una posizione di privilegio in favore di un terzo possa arrecare al creditore, salvo il ricorrere di casi eccezionali, una perdita che si configuri quale conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento.

Nel contesto della *negative pledge* occorre infatti distinguere il mero fatto dell'inadempimento, ovverosia la costituzione della posizione di garanzia in favore del terzo senza il consenso del creditore, dall'eventuale insolvenza dell'obbligazione principale garantita, che la *negative pledge* ha lo scopo di prevenire.

pubblicitario debba imputarsi *tout court* alla scarsa diligenza del creditore o se, piuttosto, la peculiarità della prestazione negativa in esame richieda al creditore, che voglia avere conoscenza dell'eventuale inadempimento, uno sforzo che trascende la normale diligenza richiesta nel rapporto contrattuale.

⁽⁶⁹⁾ Danno che, secondo l'insegnamento della dottrina più risalente, consiste nella differenza tra lo stato attuale del patrimonio del creditore e quello in cui si troverebbe allorché non si fosse verificato l'inadempimento. In questi termini, tra i molti, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, II, Roma, 1914, pag. 577; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I, Napoli, 1950, pag. 666.

⁽⁷⁰⁾ Seppur di rara verifica, non è sconosciuta, alla prassi, l'ipotesi in cui anche l'inadempimento dell'obbligazione negativa possa importare un danno emergente. Il rilievo è di L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit., pag. 113, il quale riporta l'esempio del patto di non togliere piante verdi assunto in un contratto di vendita del taglio di boschi, nonché nell'ipotesi in cui lo stipulante l'obbligazione negativa fosse già vincolato verso terzi a che non si verificasse quel determinato atto contrario al dovere d'inerzia assunto.

⁽⁷¹⁾ Il rilievo secondo cui il fatto dell'inadempimento possa anche non cagionare un danno attuale e immediato nella sfera del creditore si evince chiaramente anche dalla lettera dell'art. 1223 cod. civ. che, nell'ammettere la risarcibilità del danno soltanto se è conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del debitore, lascia immaginare che, dalla mancata esecuzione dell'obbligazione, possano anche scaturire danni che non siano conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento.

Ebbene, se è fuori discussione che la costituzione di una garanzia del credito in spregio del divieto renda, ai sensi dell'art. 1222 cod. civ., l'obbligato *ipso facto* inadempiente dell'obbligazione contratta, è sicuro, nondimeno, che gli effetti sfavorevoli conseguenti l'inadempimento si manifestano nella sfera giuridica del creditore allorquando il debitore, decorso il termine per l'adempimento dell'obbligazione principale garantita dalla *negative pledge*, si mostri incapace di far fronte alla pretesa creditizia ⁽⁷²⁾.

Soltanto in tale momento, infatti, il primo creditore può lamentare il pregiudizio derivante dalla perdita della posizione di preferenza e, dunque, la compromissione dell'interesse presidiato dalla *negative pledge* ⁽⁷³⁾.

Per converso, ove il debitore, pur resosi inadempiente dell'obbligazione negativa, riesca egualmente a far fronte alle pretese creditizie, adempiendo nei termini pattuiti l'obbligazione principale garantita dalla *negative pledge*, il creditore verrà tenuto indenne dagli effetti potenzialmente sfavorevoli derivanti della contravvenzione del dovere d'inerzia assunto ⁽⁷⁴⁾.

Nello scenario prospettato, con tutta evidenza, alcuna pretesa risarcitoria potrà essere invocata dal creditore, posto che la mancata attuazione del rapporto obbligatorio omissivo rimane, di per sé, neutra rispetto al soddisfacimento delle ragioni creditizie.

Unitamente alle rilevate difficoltà nella prova dell'esistenza di un evento lesivo, è un ulteriore e distinto problema, comune alle obbligazioni negative, anche la determinazione del *quantum debeatur*, posto che, come si è già rimarcato, sovente il pregiudizio derivante dalla mancata osservanza del dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge* non si manifesta, nell'immediato, nella sfera giuridica del creditore.

Quand'è così, tenuto conto che un danno futuro non si presta per natura ad una precisa determinazione, la liquidazione degli stessi non può prescindere da una valutazione equitativa, che tenga conto, in termini probabilistici, degli elementi che incidono positivamente e negativamente sull'interesse creditorio ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Per altro verso, nel caso in cui la prestazione negativa consista nel divieto di sopraelevare una costruzione per tutelare la vista dell'edificio adiacente, il soggetto beneficiario del patto omissivo non dovrà attendere il completamento dell'opera per subire gli effetti sfavorevoli di tale condotta, manifestandosi già in principio, con la semplice messa in opera dell'impalcatura per poter procedere all'edificazione.

⁽⁷³⁾ Il creditore assistito dalla *negative pledge* potrebbe invece solo ritenersi indirettamente danneggiato dalla circostanza che, a seguito dell'inadempimento, la causa di prelazione costituita in favore del terzo riconosce a questi la possibilità di agire anticipatamente in via esecutiva sulla garanzia patrimoniale del debitore.

⁽⁷⁴⁾ In tale prospettiva, posto che dall'inadempimento della *negative pledge* consegue pur sempre una diminuzione del valore delle garanzie prestate, sembra trovare applicazione il disposto di cui all'art. 1186 cod. civ., sicché il creditore potrebbe invocare l'immediato adempimento dell'obbligazione garantita.

⁽⁷⁵⁾ Il punto è fermo in giurisprudenza. Cfr., *ex multis*, Cass. 29 gennaio 1965, n. 155 in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1430; Cass. 18 settembre 1978, n. 4180, in *Mass. Foro it.*, 1978, n. 4180. A tale proposito, vale la pena di precisare che sebbene siano numerose le proposizioni giurisprudenziali propense ad ammettere una valutazione equitativa del danno anche laddove l'esperimento dei mezzi probatori non abbia dimostrato l'ammontare del danno, ciò non vale a significare che il giudice sia legittimato a procedere ad un giudizio equitativo anche laddove il danneggiato, pur avendo modo di provare il *quantum debeatur*, abbia fallito nel fornire tale prova, salvo il caso al giudice spetti un potere inquisitorio, come nel processo del lavoro, ai sensi e per gli effetti dell'art. 421, comma 2, c.p.c. In questi termini, *amplius*, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pag. 401.

Tralasciando le suggestive formule, prive di reale utilità se calate sul piano sostanziale, proposte da alcuna dottrina di lingua inglese, ben si comprende allora per quale motivo la prova dell'ammontare del danno subito dal mancato adempimento della *negative pledge* rimane, ad oggi, un aspetto che contribuisce, più di altri, ad addensare dense incertezze sulla possibilità di ottenere, per tal via, un effettivo ristoro del danno patito ⁽⁷⁶⁾.

Rinunziando dunque alla pretesa di una risposta generale, affinché sia dimostrato con sufficiente precisione l'ammontare della pretesa risarcitoria d'uopo considerare molteplici aspetti: in prima battuta il tipo di garanzia costituita in spregio del dovere d'inerzia assunto; di poi l'impatto di tale fattore rispetto al pieno soddisfacimento delle ragioni creditizie, alla luce della complessiva situazione patrimoniale del debitore; infine, i maggiori costi, eventualmente sostenuti dal creditore per il soddisfacimento delle proprie ragioni.

Infine, a rendere sovente illusoria la tutela apprestata dall'azione in esame può ancora rilevarsi che la pretesa risarcitoria, comportando l'insorgere, in capo all'obbligato, di un'obbligazione di tipo pecuniario, presuppone pur sempre, affinché il creditore possa trarre una qualche utilità dal rimedio in parola, che l'obbligato sia solvibile.

Aspetto, quello da ultimo citato, che condiziona sensibilmente l'efficacia dell'azione risarcitoria in subietta materia, posto che, come già osservato, la violazione dell'obbligo di inerzia imposto dalla *negative pledge* prelude, per solito, ad una crisi di liquidità, sicché è naturale immaginare che, nella maggior parte dei casi, l'obbligato risulterà incapace di soddisfare la pretesa risarcitoria.

Al tempo stesso, l'incerta situazione finanziaria del debitore che si renda inadempiente della *negative pledge* costituisce la principale paratia nell'impiego di una clausola penale allo scopo di rafforzare il vincolo obbligatorio negativo ⁽⁷⁷⁾.

Deve infatti avvertirsi che la soluzione in parola, suggerita a più riprese anche dai nostri privatisti per ovviare alle problematiche connesse alla prova del danno derivante dalla mancata osservanza di un divieto di alienazione ⁽⁷⁸⁾, se proiettata sul piano sostanziale si rivela tutt'altro che esente da riserve.

⁽⁷⁶⁾ A ciò si aggiunga che, non di rado, la responsabilità per danni viene resa inoperante dalla natura morale del pregiudizio subito, nel qual caso si renderebbe imperativo l'applicazione dell'art. 2059 cod. civ. che ammette il risarcimento di tale danno soltanto nei casi di legge. V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, cit., pag. 898.

⁽⁷⁷⁾ Sulla clausola penale, nella copiosa letteratura, si vedano almeno V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; A. MAGAZZÙ, voce "*clausola penale*", in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, pag. 186 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, pag. 901 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 1382-1384, Milano, 1999, pag. 603 ss.

⁽⁷⁸⁾ Soluzione, questa, proposta per l'inadempimento dell'obbligazione negativa in generale già da L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit. pag. 116, e più recentemente avallata senza eccezioni anche da A. FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, pag. 83 e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 455. Clausola penale che, come acutamente osservato da L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, II, cit. pag. 116, consente di evitare che l'obbligato si renda inadempiente facendo affidamento sulle difficoltà nella prova del danno o sulla sua eventuale inesistenza.

A tacer d'altro è sufficiente qui rilevare che, per poter chiedere l'esecuzione della penale, il creditore deve essere edotto dell'inadempimento dell'obbligazione principale. Circostanza, questa, che induce a riproporre gli stessi rilievi critici mossi in precedenza, posto che, nel caso della *negative pledge*, si rivela tutt'altro che scontato, per il creditore, avere tempestiva notizia dell'inadempimento.

Inoltre, anche ammettendo che il creditore sia reso edotto di tale circostanza, ciò non vale a rendere l'espedito in parola decisivo per il ristoro del danno subito, posto che la contravvenzione della *negative pledge* prelude per solito ad una situazione di grave crisi di liquidità, sicché non è difficile immaginare che, frequentemente, l'obbligato potrebbe risultare incapace di far fronte alla pretesa creditizia, rendendo così l'affidamento sullo strumento della penale, non diversamente da quanto osservato per l'azione risarcitoria, una pia illusione ⁽⁷⁹⁾.

6. Altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: tutela inibitoria e la chimera dell'azione revocatoria.

Dal quadro tracciato emerge nitidamente come la tutela risarcitoria, pur assumendo un ruolo di prim'ordine in caso di contravvenzione dell'obbligazione negativa, proiettata sul piano sostanziale è affatto scevra di inconvenienti, al punto che, tra gli interpreti, si è fatto largo il convincimento che riconoscere al creditore un equivalente pecuniario in luogo

⁽⁷⁹⁾ La relatività degli effetti della *negative pledge*, come già prima d'ora rilevato, rende inopponibile il vincolo nei confronti dei terzi, i quali non sono in alcun modo tenuti a rispettare le limitazioni imposte all'obbligato principale, nemmeno laddove abbiano contrattato in mala fede. In quest'ultimo caso, resta da verificare se sia possibile adire l'autorità giudiziaria allo scopo di far condannare il terzo, in solido con l'autore della violazione del patto, al risarcimento del danno in favore del creditore assistito dalla *negative pledge*. In tale prospettiva le regole applicabili sembrano quelle per il caso di responsabilità del terzo in caso di doppia vendita immobiliare, e che si riassumono nella responsabilità extracontrattuale del terzo da contratto. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pag. 455. Perde invece consistenza, negli scenari domestici, l'esatta predeterminazione della somma di denaro dovuta dal debitore, a titolo di penale, per il caso di mancata esecuzione dell'obbligazione assunta. Ciò in quanto, anche nel caso in cui le parti pattuiscono una penale manifestamente eccessiva, il giudice, ai sensi dell'art. 1384 cod. civ., potrà diminuirne equamente l'ammontare, salvando così l'efficacia della clausola. Diversamente invece, nelle realtà di *common law*, se la somma prevista risulti manifestamente eccessiva, non rispondente ad una genuina stima del pregiudizio che potrebbe subire il creditore in virtù dell'inadempimento del debitore, la clausola penale, qualificata come *penalty*, sconta un giudizio di illiceità in quanto ritenuta alla stregua di una pena privata finalizzata a sollecitare l'adempimento della controparte. Per altro verso, ipotizzando il caso in cui la *negative pledge* assista una preesistente garanzia ipotecaria, per limitare gli effetti negativi derivanti dall'eventuale contravvenzione dell'obbligazione negativa e, al contempo, porre il creditore almeno parzialmente al riparo per il caso il debitore si riveli incapace di assolvere la pretesa risarcitoria o la penale, può ipotizzarsi il ricorso alla pattuizione marciaria, istituto che affonda le radici nel diritto romano ma recentemente oggetto di rivalutazione da parte del legislatore domestico. L'intesa marciaria infatti, raffinandosi in una vendita sotto condizione sospensiva di inadempimento, assicura al creditore, per il caso di inadempimento, di ottenere il controllo della proprietà del bene offerto in garanzia, sì da poter procedere alla vendita dello stesso e soddisfarsi sul ricavato della vendita, previa stima dello stesso e con l'obbligo di restituire all'originario proprietario l'eccedenza di valore tra il credito vantato e la somma ricavata. Sebbene infatti il patto marciario sia testualmente previsto nella sola disciplina del T.U.B. per le operazioni di finanziamento a titolo di mutuo, nulla esclude che possa impiegarsi tale schema negoziale per rafforzare la garanzia dell'adempimento di qualsiasi altra prestazione, anche se a contenuto negativo.

dell'esatto adempimento dell'obbligazione si rivela, sovente, una soluzione inadeguata⁽⁸⁰⁾.

In questo ordine di idee, e proprio allo scopo di prevenire inconvenienti e fragilità del rimedio risarcitorio, trova spiegazione il crescente interesse verso l'individuazione di soluzioni alternative per alleviare la complessiva sofferenza economica subita dal contraente deluso per effetto della mancata esecuzione, da parte dell'obbligato, della prestazione dovuta.

In particolare, si è avvertita la necessità, specie nelle più recenti stagioni, di individuare espedienti giuridici che, in luogo di compensare gli effetti negativi dell'illecito contrattuale, consentano di prevenire la contravvenzione dell'obbligazione e, dunque, l'effetto economico negativo, sì da consentire un'attuazione piena del diritto senza trasformarne la natura⁽⁸¹⁾.

Si allude qui, com'è facile intuire, alla tutela inibitoria che, caratterizzandosi da un'accentuata atipicità nelle forme di intervento del giudice, ben si presta ad essere impiegata in un contesto, come quello delle obbligazioni negative, ove le prestazioni dedotte in oggetto dalle parti possono assumere varietà applicative potenzialmente infinite e dove, in virtù della connaturata definitività dell'inadempimento, viene più naturale pensare ad una tutela di tipo preventivo⁽⁸²⁾.

Nei suoi termini essenziali la richiesta di un provvedimento cautelare può giustificarsi, nel caso di obbligazioni di durata, per impedire l'ulteriore inadempimento, ma anche, e soprattutto, per impedire il verificarsi di un comportamento illecito⁽⁸³⁾.

Quand'è così, l'opportunità di invocare una siffatta tutela risponde dunque a due distinte problematiche: da un lato mira a prevenire o a far cessare la condotta illecita, mentre dall'altro elimina la necessità di fare affidamento sul rimedio risarcitorio, assicurando la piena tutela del diritto attraverso la sua normale esplicazione, evitando così la modificazione della situazione giuridica esistente⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁰⁾ Lo rileva esattamente G. GANDOLFI, *In tema di rapporto obbligatorio e di "inibitoria" (nel codice e in una prospettiva europea)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, pag. 159 ss.

⁽⁸¹⁾ In questi termini, C. RAPISARDA, M. TARUFFO, *Inibitoria (Azione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, pag. 1.

⁽⁸²⁾ G. GANDOLFI, *In tema di rapporto obbligatorio e di "inibitoria" (nel codice e in una prospettiva europea)*, cit., pag. 159 ss. Generalizzazione, quella del rimedio cautelare in presenza di obbligazioni negative, di cui ha preso coscienza anche la giurisprudenza che, in più di un'occasione, non ha esitato ad estendere il rimedio in parola a tutta la materia della concorrenza, applicando in via analogica l'art. 2599 cod. civ. Esprime invece perplessità sulla possibilità di considerare la tutela inibitoria un rimedio generale per prevenire il rischio di inadempimento nel caso di obbligazioni negative, R. FADDA, *La tutela preventiva del credito*, Napoli, 2012, pag. 23 ss., posto che, ove sussista soltanto il pericolo della lesione, il creditore non potrebbe chiedere la condanna alla tenuta di un comportamento omissivo conforme all'obbligo del quale si paventa la contravvenzione, risolvendosi in una condanna inutile e sovrabbondante rispetto alle esigenze del creditore.

⁽⁸³⁾ G. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, pag. 123.

⁽⁸⁴⁾ Tenuto conto che il presupposto dell'inibitoria non è tanto l'illecito quanto, piuttosto, il danno, ossia la lesione dell'interesse protetto. Nel senso che il presupposto dell'inibitoria sia il danno e non l'illecito, C. RAPISARDA, M. TARUFFO, *Inibitoria (Azione)*, cit., pag. 1 e P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pag. 1061 ss.

Mentre non appare proficuo, poiché allontanerebbe dagli scopi del presente, entrare nel merito delle numerose questioni, soprattutto di stretta rilevanza processualistica, insorte sui profili della tutela inibitoria rispetto all'obbligazione negativa⁽⁸⁵⁾, si rivela invece ben più interessante, per tornare al tema di partenza, spendere alcune parole sulla compatibilità tra tutela inibitoria e *negative pledge* ⁽⁸⁶⁾.

In altri e più compendiosi termini ci si chiede se sia possibile, in luogo della tutela risarcitoria conseguente alla contravvenzione dell'intesa, adire *ex ante* l'autorità giudiziaria allo scopo di ottenere un provvedimento cautelare finalizzato a prevenire la sofferenza economica causata dal compimento di un'attività giuridica contraria al dovere d'inerzia imposto dalla *negative pledge*.

Ebbene, poiché l'azione inibitoria è considerata, dai più, un rimedio di portata generale in presenza di obbligazioni negative, non si scorgono valide ragioni per escludere, anche in subietto contesto, la possibilità di accedere ad una tutela di tipo cautelare ⁽⁸⁷⁾.

Tutela che, nel contesto in esame, troverebbe massima espressione applicativa non già intervenendo nel momento patologico della lesione, per impedire l'ulteriore inadempimento dell'obbligato, quanto, piuttosto, in una fase antecedente, allo scopo di prevenire l'illecito e l'irreversibile compromissione dell'interesse creditorio.

L'unica vera problematica che si presenta all'interprete sembra rappresentata, come a suo tempo osservato rispetto alla *prohibitory injunction*, dall'accertamento del *periculum in mora*, ossia del timore, fondato su parametri oggettivi, di una futura lesione della situazione giuridica del creditore.

Com'è noto infatti, presupposto necessario per ottenere un provvedimento cautelare, oltre al *fumus boni iuris*, è la prospettazione che, in futuro, il debitore possa assumere un contegno in grado di arrecare pregiudizio alla propria situazione sostanziale, alla cui neutralizzazione mira proprio l'azione cautelare.

Orbene, posto che la *negative pledge* si traduce essenzialmente, per l'obbligato, in un dovere di astensione da un'attività squisitamente giuridica, per la parte attorea si rivela tutt'altro che agevole provare l'esistenza di tale *periculum*, salvo che il debitore assuma una condotta da far ragionevolmente presagire la commissione dell'illecito.

Per il caso invece, come più frequentemente accade, non sussistano i presupposti per consentire un'efficace prevenzione dell'illecito – e la tutela risarcitoria si riveli inadeguata a reintegrare adeguatamente l'interesse del creditore deluso – a quest'ultimo

⁽⁸⁵⁾ Sul qual aspetto si rinvia per tutti a S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 171 ss.

⁽⁸⁶⁾ Rimane invece sullo sfondo della presente riflessione la questione, che ha lungamente agitato la dottrina, relativa alla possibilità di richiedere un provvedimento cautelare rispetto ad un'obbligazione negativa infungibile. Tradizionalmente era radicata la convinzione che siffatte obbligazioni, in virtù del combinato disposto degli artt. 612 c.p.c. e 2933 cod. civ., fossero insuscettibili di tutela cautelare mentre nelle più moderne stagioni, con l'avvento dapprima dell'art. 669 *duodecies* c.p.c. e di poi con la legge 18 giugno 2009, n. 69 che ha introdotto l'art. 614-bis c.p.c., la dottrina prevalente ritiene oggi che anche le obbligazioni infungibili di non fare possano essere oggetto di tutela inibitoria. *Amplius*, su tali aspetti, S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, cit., pag. 177 ss.

⁽⁸⁷⁾ Trattandosi poi di obbligazione di non dare fungibile, non si pone nemmeno il problema, che ha impegnato la dottrina, sulla possibilità che il provvedimento cautelare possa chiedersi anche a fronte di obblighi a contenuto astensivo infungibili.

residua la possibilità, a rimanere a ragionare in astratto, di agire in revocatoria, sì da caducare gli effetti dell'atto di disposizione del patrimonio contrario ai termini dell'obbligazione negativa ⁽⁸⁸⁾.

Guardando ai presupposti oggettivi dell'azione revocatoria, può infatti ammettersi senza riserve che l'attività negoziale che la *negative pledge* mira a precludere – ovverosia assistere il credito di un terzo con una causa di prelazione costituita senza il previo consenso del creditore – rientra senz'altro nella sfumata cornice di atti di disposizione del patrimonio suscettibili, secondo l'art. 2901 cod. civ. di arrecare pregiudizio alle ragioni creditorie ⁽⁸⁹⁾.

A ciò si aggiunga che, chi intende valersi della revocatoria, non è nemmeno tenuto a dimostrare che, dall'atto di disposizione del patrimonio, ne è scaturito un danno concreto ed effettivo della propria sfera giuridica, essendo sufficiente, per consolidata giurisprudenza, che da tale contegno ne derivi anche soltanto un pericolo di danno per le ragioni creditizie ⁽⁹⁰⁾.

Il pericolo del danno, inoltre, non presuppone necessariamente una variazione quantitativa del patrimonio debitorio, essendo sufficiente anche una variazione qualitativa, allorquando l'alterazione del patrimonio debitorio sia tale da ritenere che l'atto di disposizione del debitore abbia determinato maggiore incertezza o difficoltà nell'esazione coattiva del credito ⁽⁹¹⁾.

Se non è dunque privo di argomenti l'interprete che intendesse dimostrare l'adeguatezza del rimedio revocatorio anche nel caso in cui la *negative pledge* rimanga inadempita, spingendo più a fondo l'indagine si evince come la possibilità di invocare tale espediente arrischia di rivelarsi, nel presente contesto, una mera suggestione teorica.

⁽⁸⁸⁾ A tal proposito vale la pena di precisare che l'azione revocatoria può essere efficacemente esperita soltanto laddove l'atto di disposizione del debitore, pregiudizievole le ragioni creditizie, sia espressione di una decisione arbitraria del debitore, mentre, per converso, ciò andrebbe escluso laddove l'atto di disposizione del patrimonio sia posto in essere dal debitore per una ragione di legale necessità. Cfr., *ex multis*, U. NATOLI, *Azione revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pag. 894 s., il quale, nel novero degli atti dovuti e, come tali, sottratti dalla revocatoria, menziona quelli di amministrazione straordinaria, poiché orientati a salvaguardare una determinata situazione in vista di particolari scopi.

⁽⁸⁹⁾ Si noti che il concetto di contestualità evocato dall'art. 2901, comma 2 cod. civ. è inteso dall'opinione prevalente non già in senso formale e cronologico, bensì logico. Per gli effetti può ritenersi compreso nella latitudine della norma, e quindi soggetta all'azione revocatoria, anche quell'atto costitutivo della garanzia che, pur non simultaneo all'atto costitutivo dell'obbligazione, sia inteso come necessariamente accessorio ai fini della valida costituzione dell'obbligazione principale. In questi termini, G. LO CASCIO, *Della tutela dei diritti. Commentario*, Bologna, 1985, pag. 407.

⁽⁹⁰⁾ Cass. 17 luglio 2007, n. 15880, in *Pluris.it*. Aspetto, quest'ultimo, cruciale specie nel caso della *negative pledge*, ove il più delle volte l'*eventus damni* non arreca alcun pregiudizio attuale alla sfera giuridica del creditore, pregiudizio che, per contro, si manifesta soltanto una volta decorso il termine per l'adempimento dell'obbligazione principale, e soltanto laddove l'obbligato non sia in grado di far fronte alla pretesa creditizia nei termini prestabiliti.

⁽⁹¹⁾ Cass. 4 luglio 2006, n. 15265, in *Mass. Giur. it.*, 2006, c. 1355. Nel caso della *negative pledge*, in caso di esercizio dell'azione revocatoria, grava sul terzo, beneficiario della garanzia costituita dal debitore in spregio del dovere d'inerzia, provare che il patrimonio residuo del debitore è di dimensioni tali da non esporre al apprezzabile rischio il soddisfacimento dei creditori chirografari. In questo senso, riferendosi alla costituzione di ipoteca, Cass. 14 ottobre 2005, n. 19963, in *Pluris.it*.

Per convincersi di ciò può essere utile intanto rammentare che l'effetto dell'azione revocatoria è pur sempre parziale, determinando la sola inefficacia dell'atto di disposizione del patrimonio nei confronti del creditore procedente. L'atto lesivo, seppur dichiarato inidoneo a produrre effetti giuridici nei confronti di quest'ultimo, rimane, tuttavia, perfettamente valido, sicché non viene arrecato alcun nocumento ai diritti acquistati *medio tempore* a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione.

A giustificare la diffidenza verso tale rimedio v'è anche il fatto che, in caso di atti a titolo oneroso, affinché la revocatoria sia validamente esperita, il comma 1, n. 2), art. 2901 cod. civ. postula, con accenti fermi, l'esistenza della *scientia damni* del terzo, ossia la generica consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore ⁽⁹²⁾.

Onere probatorio, quello descritto, di non agevole ottemperanza nel caso di contravvenzione della *negative pledge*, poiché l'ampiezza e genericità del vincolo omissivo rendono assai improbabile che il terzo, salvo le condizioni economiche pattuite fossero fuori dalla norma, possa ritenersi consapevole del fatto che l'atto negoziale perfezionato arrechi un pregiudizio al patrimonio debitorio, specie nel caso in cui il negozio perfezionato rientri nell'ordinario corso dell'attività di impresa.

Infine, non può ignorarsi che anche il termine di prescrizione breve dell'azione revocatoria, fissato dall'art. 2903 cod. civ. in cinque anni decorrenti dal compimento dell'atto revocabile, raffina, senza dubbio alcuno, un notevole limite per il creditore che intendesse invocare tale rimedio.

Ciò in quanto, come si è già avuto più volte occasione di evidenziare, l'inadempimento della *negative pledge* non di rado rimane celato sino alla scadenza naturale dell'obbligazione o al momento dell'insolvenza dell'obbligato. Se a ciò si aggiunge che, comunemente, la *negative pledge* assiste operazioni di finanziamento a medio-lungo termine e che il *dies a quo*, per il decorso della prescrizione dell'azione, decorre dalla data del compimento dell'atto revocabile, è evidente che, il più delle volte, la mancanza di tempestività nell'accertamento dell'inadempimento della *negative pledge* rende di fatto impossibile revocare l'atto dispositivo per intervenuta prescrizione del termine quinquennale ⁽⁹³⁾.

Sulla scorta delle considerazioni precedentemente formulate, si può allora riconoscere che l'azione revocatoria, seppur astrattamente un'opzione percorribile, a conti fatti arrischia di rivelarsi, per il creditore deluso, una soluzione dotata di marginale utilità sul piano pratico, essendo numerose le problematiche che ne accompagnano l'utilizzo.

7. Sanctioning negative pledge e disciplina domestica.

⁽⁹²⁾ Cass. 11 marzo 1981, n. 1388, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, pag. 542. *Scientia damni* che, ai fini della revocatoria, può essere desunta anche da presunzioni gravi, precise e concordanti.

⁽⁹³⁾ Alle medesime conclusioni si deve pervenire anche nel caso in cui, in luogo della revocatoria ordinaria, le circostanze del caso consentano l'esperimento della revocatoria ai sensi degli artt. 64 ss. r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.). A mente dell'art. 69-bis, introdotto dal d.lgs. 5/2006, le azioni revocatorie disciplinate nel codice del fallimento non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e, comunque, decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

Nel prendere congedo da questi temi, ed avviandoci così alla conclusione dell'indagine, s'impongono ancora alcune brevi notazioni sulle *affirmative-negative pledge* o, come si è suggerito di rinominare, *sanctioning negative pledge*.

Come detto nel capitolo che precede, la *negative pledge* può declinarsi in numerose varianti, nelle quali può notarsi, *a latere* del contegno omissivo, un'ulteriore obbligazione, a contenuto positivo, che impegna l'obbligato a beneficiarie il primo creditore con una garanzia di pari specie e valore rispetto a quella costituita, in favore del terzo, in spregio della *negative pledge*.

Poiché tali clausole, pur non alterando le linee essenziali dell'istituto, presentano elementi di diversità rispetto alle *negative pledge* di prima elaborazione, a ben guardare esse interagiscono con ulteriori norme dell'addentellato del codice civile.

Nei limiti di una rassegna basti infatti considerare che, nel caso di inadempimento dell'obbligato, oltre a quanto già rilevato per le *negative pledge* tradizionali, viene in considerazione l'art. 1186 cod. civ. che, com'è noto, è netto nell'invocare, tra le cause che comportano decadenza del termine di adempimento dell'obbligazione, l'ipotesi in cui il debitore rifiuti di dare spontaneamente le garanzie che aveva promesse.

Orbene, poiché le *sanctioning negative pledge* prevedono, come detto, l'obbligo di costituire in favore del creditore una causa di prelazione della medesima specie di quella eventualmente costituita in spregio del dovere d'inerzia, in caso di mancato adempimento di tale impegno al creditore sarà consentito invocare l'adempimento immediato dell'obbligazione principale, quantunque il termine di adempimento fosse previsto in favore del debitore ⁽⁹⁴⁾.

Inoltre, poiché l'impegno a costituire la garanzia in favore del creditore per il caso di inadempimento dell'obbligazione negativa raffina pur sempre, per il debitore, un obbligo di concludere un contratto, nel caso quest'ultimo rifiuti di addivenire spontaneamente al perfezionamento del programma negoziale, l'avente diritto potrebbe altresì adire l'autorità giudiziaria allo scopo di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, ovverosia la costituzione della garanzia, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 cod. civ. ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ L'effetto dell'art. 1186 cod. civ. non è dissimile da quello che, negli scenari di *common law*, potrebbe conseguirsi pattuendo una *acceleration clause* che, come già detto, consente al creditore di pretendere l'adempimento dell'intera obbligazione a fronte del dell'inadempimento di una singola pattuizione del contratto.

⁽⁹⁵⁾ Soluzione, quella suggerita, percorribile soltanto accedendo all'opinione che intende l'art. 2932 cod. civ. pienamente applicabile, oltre che ai preliminari di contratto ad effetti reali, anche a quelli ad effetti obbligatori. Per un'esauritiva ricognizione delle posizioni assunte dalla dottrina sul punto cfr., per tutti, S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., pag. 788 ss.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- D.E. ALLAN, Negative pledge Lending – Dead or Alive? How to Re-invent the Mortgage, in J.I.B.L., 8, 1990, pag. 330 ss.
- A. AMBANELLI, *Sull'inadempimento delle obbligazioni negative*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, pag. 792 ss.
- J.R.C. ARKINS, OK – so you've promised, right? The Negative Pledge Clause and the "Security" it Provides, in *Jour. Inter. Banking Law*, 2000, pag. 198 ss.
- C. ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena, 1901.
- J.L. ASSEY, "The suicide prevention contract", in *Perspectives in Psychiatric care*, 3, 1985, pag. 646 ss.
- D. ASIEDU-AKROFI, Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements, in *Law & Pol'y in Int'l. Bus.*, 1995, pag. 407 ss.
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982.
- L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945.
- L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947.
- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948.
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, I, Torino, 1962.
- G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis cod. proc. civ.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, pag. 505 ss.
- K. BARTH, Getting the World Bank Out of Development's Way: The Case for a Project Finance Exception to the World Bank Negative Pledge Clause, 2018.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Obbligazioni*, (trad. it.), Firenze, 1913.
- Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, Bari, 2011.
- H. BEALE - Chitty on Contracts with Second Supplement, II, Specific contracts, Londra, 2015.
- H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security and title-based financing*, 3rd ed., 2018.
- G. BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Comm. al diritto ital. della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, vol. V, Padova, 1992.
- J. BENJAMIN, *Interests in securities. A proprietary Law Analysis of the International Securities Markets*, Oxford, 2008.
- T.R. BENSON, Taking security in China: Approaching U.S. Practices?, in *Yale Journal of International Law*, 1996, pag. 198 ss.
- A.K. BERGMAN, Equitable Relief from the Effect of an Acceleration Clause in a Mortgage, in *St. John's L. Rev.*, I, 5, 1930, pag. 55 ss.
- F. M BERNICCHI, *La funzione della responsabilità civile*, in P. Cendon, *Responsabilità civile*, vol. I, Torino, 2020.
- E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*, Camerino, 1921, pag. pag. 151 ss.

- C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto, Delle obbligazioni, Art. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, La famiglia – Le successioni, Milano, 1985.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Il contratto, Milano, 2000.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, L'obbligazione, Milano, 1995.
- F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. V, Torino, 1892.
- F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. IX, Torino, 1895.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XI, 1, Milano, 1979.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984.
- L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. 2. I diritti reali*, in *Il sistema giuridico italiano*, Torino, 1988.
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965.
- G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993.
- C.S. BJERRE, Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection, in *Cornell Law Rev.*, 84, 1999, pag. 305 ss.
- N. BOARDMAN, J. CROSTHWAIT, Wither the negative pledge, in *Jour. Int. Bank. L.*, 3, 1986, pag. 162 ss.
- F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977.
- G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984.
- G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. Dir. civ.*, I, 1984, pag. 223 ss.
- G. BONILINI, *Il testamento, Lineamenti*, Padova, 1998.
- G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. Not.*, 2000, pag. 792 ss.
- G. BONILINI, *Le obbligazioni di fonte successoria*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, vol. I, La successione ereditaria, Milano, 2009.
- G. BONILINI, *L'oggetto del legato. Le specie del legato autonomamente disciplinate*, in *Tratt. dir. delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol II, La successione testamentaria, Milano, 2009.
- G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014.
- A. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, vol. II, Perugia, 1911.
- M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pag. 781 ss.
- G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio, Milano, 2009.
- M. BRADFIELD, N.R. JACKLIN, The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements, in *Columbia J. Transnat'l. L.*, 23, 1984, pag. 131 ss.
- G. BRANCA, *Ancora sull'interesse apprezzabile nei divieti di alienazione*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 29 ss.
- G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 2ed, Bologna, 1956.

- G. BRANCA, *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 609-623, Bologna-Roma, 1988.
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Dir. priv. Iudica – Zatti*, Milano, 1991.
- U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M.L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI E M. ZANA, *Diritto privato*, II, Torino, 2004.
- M. BROCHES, See Legal Problems and Techniques Concerning Repayment, in J. Seymour (a cura di), *Foreign Development Lending – Legal Aspects*, 1971.
- G. BRUNETTI, *Norme e regole finali*, Torino, 1913.
- L.C. BUCHHEIT, Negative Pledge Clauses: The Games People Play, in *Int'l Fin. L. Rev.*, 1990, pag. 10 ss.
- L.C. BUCHHEIT, The pari passu clause sub specie aeternitatis, in *Inter. Financ. Law Rev.*, 1991, pag. 11 ss.
- L.C. BUCHHEIT, J. PAM, The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments, in *Emory Law Journal*, 2004, pag. 871 ss.
- L.C. BUCHHEIT, S.D. MARTOS, What to do about Pari Passu, in *Jour. Inter. Bank. & Fin. Law*, Sept. 2014.
- L. BURN, Pari passu clauses: English law after NML v. Argentina, in *Capital Market Law Journal*, 9, 2014, pag. 2 ss.
- F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997.
- A. BUTERA, *Sulla efficacia reale degli oneri che impongono un determinato tipo nella costruzione degli edifici*, in *Foro it.*, 1929, I, pag. 916 ss.
- P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notar.*, 2000, pag. 413 ss.
- P. CALAMANDREI, *La condanna*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere Giuridiche*, V, Napoli, 1972.
- R. CALNAN, *Taking Security*, Bristol, 2013.
- R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, pag. 20 ss.
- C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008.
- M. CAPONE, *Profili teorico-applicativi del divieto di alienazione*, in *Vita not.*, 1986, pag. 1386 ss.
- G. CAPOZZI, *Comunione convenzionale ed acquisti a causa di morte*, in *Vita not.*, 1989, supp. n. 9, pag. 115 ss.
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015.
- F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, pag. 617 ss.
- F. CARRESI, *Contratti e atti unilaterali*, in *Studi giuridici in memoria di Vassalli*, Torino, 1960.
- F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987.
- P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, II, Milano, 1980.
- A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

- S. CONNELLY, Restricting the assignment of receivables: pitfalls for floating charges?, in Jour. of Inter. Banking law finance, 2018, , pag. 418 ss.
- P.F. COOGAN, H. KRIPTE, F. WEISS, The Outer Fringes of Article 9: Subordination Agreements, Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledges Clauses and Participation Agreements, in Harvard Law Rev., 79, 1965, pag. 229 ss.
- A. COOPER, The World Bank's negative pledge clause: implications for major energy and infrastructure project development and finance, in Jour. Inter. Bank. & Fin. Law, 2015, pag. 167 ss.
- M. CENINI, *Garanzie atipiche*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VIII aggiornamento, Torino, 2013, pag. 304 ss.
- M. CHAPUT, *Les Sûretés négative*, Annales de la faculte de droit et des sciences politique de Clermont-Ferrand, 1974.
- A. CHECCHINI, *Prestazione I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 1 ss.
- C. CHessa, *L'adempimento*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di P. Cendon, Milano, 1996.
- G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. 1, 3 ed., Torino, 1917-1918.
- G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, pag. 197 ss.
- R. CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953.
- R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968.
- E.M. CICONI, *Clausola di negative pledge*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, pag. 1256 ss.
- A. CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, pag. 167 ss.
- A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948.
- C. COCCIA, *Sul patto di prelazione e in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*, in *Giur. it.*, 1983, 1, pag. 1533 ss.
- M. COMPORTI, *Diritti reali in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, VIII, 1, Milano, 1980.
- F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003.
- L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931.
- L. COVIELLO JR., *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, in *Giur. it.*, 1952, I, c. 685 ss
- L. COVIELLO, *Servitù prediali (parte generale)*, Napoli, 1926.
- N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915.
- R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K.V. ZWIETEN, C. HARE, T.V. SANTE, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2018, pag. 433 ss.
- G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2° ed., Milano, 1980.
- C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. it a cura di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1908.

- F. D'ARCANGELO, *Il divieto contrattuale di alienare*, in *Obbl. Contr.*, 2007, pag. 246 ss.
- A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pag. 1089 ss.
- M.V. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, pag. 533 ss.
- G. DE LUCA, *Pactum de non alienando*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1954, pag. 460 ss.
- F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III, Della proprietà, Art. 957-1026, 3ed, Bologna-Roma, 1961.
- F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 810-956, Bologna-Roma, 1976.
- S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2018, pag. 997 ss.
- G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.
- R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, vol. II, Parigi, 1923.
- M.H. DE VALLOIS DE LAENDER, *Le sûretés négatives*, Parigi, 1998.
- Q. DE VINCENTIS, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali*, in *Scritti in onore di C. Fadda*, vol. IV, Napoli, 1906.
- P. DEVONSHIRE, *Freezing Orders, Disappearing Assets and The Problem of Enjoining Non-Parties*, in *Law Quart. Rev.*, 2002, pag. 124 ss.
- M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015.
- L. DI LORENZO, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, Milano, 2015.
- A. DI MAJO, *Fede di deposito e nota di pegno*, Milano, 1957.
- R. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993.
- C. DOTTARELLI, *I fondi immobiliari: quadro normativo e profili contabili*, in C. GIANNOTTI (a cura di), *La gestione del fondo immobiliare. Rischio, diversificazione e pianificazione*, Milano, 2006.
- P. DUPONT, *The negative pledge clause under Luxembourg law*, in *Int'l. Fin. L. Rev.*, 1986, pag. 18 ss.
- R. FADDA, *La tutela preventiva del credito*, Napoli, 2012.
- E. FAMA, M. MILLER, *The Theory of Finance*, Philadelphia, 1972.
- J.H. FARRAR, *Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt*, in J.H. FARRAR (a cura di), *Contemporary Issues in Company Law*, Auckland, 1987.
- E. FERRAN, L.C. HO, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd ed., Oxford, 2014.
- F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito del diritto civile italiano*, Milano, 1914.
- F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922.
- F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Napoli, 1987 (rist. anast.).
- A. FERRENTINO, C. FERRUCCI, *Il diritto di uso e di abitazione del coniuge superstite: analisi e questioni nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Vita not.*, 2002, III, CCII ss.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

- L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 456-511, Bologna-Roma, 1980.
- L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983.
- F. FIERRO CENDERELLI, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, pag. 767 ss.
- C. FIN, *La rivincita degli investitori: la Cassazione condanna la Consob al risarcimento del danno per insufficiente vigilanza*, in *La resp. civ.*, 2012, pag. 27 ss.
- M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contratto e impresa*, 2009, pag. 255 ss.
- G. FLORIDIA, *I patti di non concorrenza davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. comm.*, 1983, pag. 709 ss.
- G. FLORIDIA, *Le creazioni protette*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012.
- P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983.
- M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Artt. 1374-1381, in *Il Cod. Civ. Comm.*, II, Milano, 2013.
- C.A. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pag. 401 ss.
- G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in casa di cura privata*, in *Quad.*, 1986, pag. 176 ss.
- M.P. FURMSTON, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract, 13ed., London, 1996.
- A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Ricerche giuridiche*, II, 1.
- A. FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1989, II, pag. 83 ss.
- P. GABRIEL, *Legal Aspects of Syndicated Loan*, Londra, 1986.
- E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, pag. 901 ss.
- E. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pag. 1 ss.
- E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 2000, pag. 61 ss.
- F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, Art. 1372-1405, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1993.
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile.*, vol. I, Padova, 2010.
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, t. 2, Milano, 1995.
- F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2015.

- G. GANDOLFI, *In tema di rapporto obbligatorio e di "inibitoria" (nel codice e in una prospettiva europea)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, pag. 159 ss.
- C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951.
- C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964.
- L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 633-648, Bologna-Roma, 1992.
- F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Frosinone, 2017.
- G. GENTILE, *Genesi e struttura della società: saggio di filosofia pratica*, Milano, 1954.
- F.S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1965.
- G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultime volontà*, Milano, 1954.
- A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. D'Amelio e Finzi*, *Obbligazioni – Contratti in generale*, I, Firenze, 1948.
- F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Napoli, 2003.
- G. GILMORE, *Security Interest in Personal Property*, vol. II, 1965.
- M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, pag. 598 ss.
- M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse*, in *Ann. Univ. Catania*, VI-VII, Milano, 1951-1953.
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968.
- G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, vol. II, Torino, 1876.
- G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, vol. III, Torino, 1876.
- G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, vol. IV, Torino, 1876.
- R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010.
- C.J. GOETZ, E. SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle. Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in 77 *Colum. L. Rev.*, 1977, pag. 554 ss.
- W.J. GOODE, *Company Charges*, 2nd ed., Londra, 1996.
- R. GOODE, L. GULLIFER, *Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security*, 6th ed., Londra, 2017.
- G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954.
- G. GORLA, *Del Pegno Delle Ipoteche*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1962.
- F. GRADASSI, *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1994, pag. 1021 ss.
- A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni in genere*, II, Torino 2004, pag. 1553 ss.
- R. GRONDONA, *Il divieto di intese tra imprese concorrenti*, in M. CASSOTTANA – A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006.
- A. GUEST, Y.K. LIEW, *Guest on the Law of Assignment*, 2nd ed., Londra, 2015.

- L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 2ed., Portland, 2015.
- T.G. GUTHEIL, "Suicide and suit: Liability after self-destruction", in D. JACOBS, *Suicide and clinical practice*, Washington D.C., 1992, pag. 147 ss.
- J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1975.
- R. HALSON, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford, 2018.
- W. HAMMER, *Das Verhältnis der Unterlassungs – zur Duldungspflicht*, Diss. Göttingen, 1931.
- R. HARDWICK, The negative pledge and disposal restrictions: carve-outs and remedies for breach, in *Journ. Inter. Bank. L. Fin.*, 2017, pag. 510 ss.
- G. HARTMANN, *L'obbligazione*, G. Hartmann, *Die Obligation*, Erlangen, 1875.
- K.M. HELLWIG, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, in *Arch. für civ. Prax.*, vol. 86, 1896.
- J.R. HETLAND, Real Property and Real Property Security: The Well-Being of the Law, in *Cal. L. Rev.*, 53, 1965, pag. 151 ss.
- D.S. HILL, *Basic Mortgage Law. Cases and Materials*, Durham, 2001.
- G. HILL, Negative Pledge with provision for "automatic security" on breach: a form of floating charge?, in *Jour. of Int'l. Banking and financial law*, 2008, pag. 528 ss.
- E. HÖLDER, Ueber Ansprüche und Einreden, in *Arch. für civ. Prax.*, 93, 1902.
- P. HOOD, *Principles of Lender Liability*, Oxford, 2012.
- M. HURLOCK, New Approaches to Economic Development: The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause, in *Harvard International Law Journal*, vol. 35, n. 2, 1994, pag. 345 ss.
- N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995.
- N.R. JACKLIN, The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements, in *23 Colum. J. Transnat'l L.*, 1984, pag. 131 ss.
- R. JHERING, *Jherings Jahrbücher Für Die Dogmatik Des Bürgerlichen Rechts*, vol. XVIII, Jena, 1886.
- A.M. JOHNSON JR., *Understanding Modern Real Estate Transactions*, 4th ed., Durham, 2018.
- D.S. KARJALA, Note, Equitable Mortgages and the Homestead Exemption; *Tahoe National Bank v. Phillips*, in *Cal. L. Rev.*, 60, 1972, pag. 968 ss.
- J. KOHLER, Das Obligationsinteresse, in *Arch. Fur Burg. Recht*, XII, 1897.
- J. KOHLER, Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1889.
- G. LA BROUE VAREILLES – SOMMIÈRES, *Des Lois d'Ordre public Et de La Derogation Aux Lois*, Parigi, 1899.
- E. LA MARCA, *Le operazioni su proprie azioni*, in M. CASSOTTANA – A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006.
- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. VII, Bruxelles-Paris, 1878, 3ed,
- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XI, Bruxelles-Paris, 1878, 3 ed.

- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XVII, Bruxelles-Paris, 1878, 3 ed.
- H. LEHMANN, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, in O. FISCHER, *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches*, XV, 1906.
- N. LIDDANE, Negative Pledge Clauses and the Interplay Between Legal and Non-Legal Sanctions, in *U.C. Dublin L. Rev.*, 2013, pag. 71 ss.
- M. LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pag. 127 ss.
- G. LO CASCIO, *Della tutela dei diritti. Commentario*, Bologna, 1985.
- V. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pag. 892 ss.
- A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Giur. merito*, 2010, pag. 398 ss.
- P. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht*, Lipsia, 1896.
- A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972.
- A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 4, 2010, pag. 501 ss.
- S. MACAULAY, Non Contractual Relations in Business: a Preliminary Study, in *28 Am. Sociolog. Rev.*, 1963, pag. 55 ss.
- F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992.
- A. MAGAZZÙ, voce “*clausola penale*”, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, pag. 186 ss.
- F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, pag. 1418 ss.
- J.D. MAHRER, “The use of “no-suicide” contracts and agreements with suicidal patients”, 1993, *Dissertation Abstracts International*, 54(6-B), 3345.
- C. MAIORCA, *L'“oggetto” dei diritti*, Milano, 1939.
- G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.
- E. MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, pag. 117 ss.
- V. MANGINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012.
- A. MANZANARES SECADES, El desenvolvimiento de la vida de una financiación sindicada, circunstancias sobrevenidas y supuestos de incumplimiento: la protección de los acreedores, in A. MANZANARES SECADES (a cura di), *Estudios sobre financiaciónes sindicadas*, Navarra, 2017, pag. 429 ss.
- A. MASCHERONI, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto tra eredi o per divieto del de cuius*, in *Notar.*, 2011, pag. 182 ss.
- M. MAXEN, *Ueber Beweislast, Einreden und exceptionen*, Gottingen, 1861.
- J.K. MAXTON, Negative Pledges and Equitable Principles, in *Jour. Bus. Law*, 1993, pag. 458 ss.
- H. E L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, Parigi, 1960.
- S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 2910-2933, Libro sesto, tutela dei diritti, Bologna, 2020.
- S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 1382-1384, Milano, 1999.

G. MCCORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge, 2003.

M.W. MCDANIEL, Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?, in *The business Lawyers*, vol. 38, 3, 1983, pag. 867 ss.

E. MCKENDRICK, *Goode on Commercial Law*, 2nd ed., 1995.

A. MCKNIGHT, Restrictions on Dealing with Assets in Financing Documents: Their Role, Meaning and Effect, in *Jour. Inter. Banking law*, 2002, pag. 193 ss.

L. MENGONI, *Conflitto tra locatori possessori successivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, pag. 700 ss.

H. MERKEL, Implication of the negative pledge clause in international finance, in *Inter'l business law journal*, 1987, pag. 675 ss.

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1959.

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959.

A. MICONI TONELLI, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, pag. 1 ss.

M. MIEDICO, voce *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Digesto disc. Pen.*, XV, Torino, 1999, pag. 190 ss.

G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977.

S. MILLS, N. RUDDY, N. DAVIDSON, *Sallinger on Factoring*, Londra, 2017.

M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, pag. 36 ss.

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980.

C. MITCHELL, The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective, in *Am. Bankruptcy law Rev.*, 60, 1986, pag. 153 ss.

A. MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padova, 1930.

A. MONTEL, *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1957, pag. 793 ss.

A. MONTEL, *Ancora in tema di responsabilità per trasporto terrestre a titolo di cortesia*, in *Foro pad.*, 1948, I, c. 201 ss.

L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano, 1923.

L.V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, pag. 1 ss.

A. MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929.

R.C. NASH, J.M. NETTER, A.B. POULSEN, Determinants of contractual relations between shareholders and bondholders: investment opportunities and restrictive covenants, in *Journ. Of Corporate Finance*, 9, 2003, pag. 201 ss.

A. NATALE, *I vincoli, dettati dal testatore, alla pubblicazione della scheda*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2009, pag. 990 ss.

A. NATALE, *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, pag. 162 ss.

A. NATALE, *Sub Art. 620*, in *Codice ipertestuale delle Successioni e delle donazioni*, a cura di Bonilini e Confortini, Torino, 2007, pag. 570 ss.

- A. NATALE, *L'inapplicabilità dell'art. 1379 al divieto testamentario di alienazione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, pag. 1013 ss.
- U. NATOLI, *Azione revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pag. 894 ss.
- G.S. NELSON, D.A. WHITMAN, *Cases and Materials on Real Estate Transfer, Finance, and Development*, 6th ed., Portland, 2004.
- G.S. NELSON, D.A. WITHMAN, A.M. BURKHART, R.W. FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, 6th ed., St Paul, 2014.
- P. OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch Erstes Buch Allgemeiner Teil*, 1908.
- R. OLIVARES-CAMINAL, *To Rank Pari Passu or not to Rank Pari Passu: that is the Question*, in *Sovereign Bonds*, 2008.
- G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- M. ORLANDI, *Pactum non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000.
- G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Dir. Civ. It.*, parte 2°, vol I, Padova, 1935.
- E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione*, in *Codice Civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze, 1875, 3ed.
- E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5 ed., Vol. II, Firenze, 1914-1924.
- E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4°ed., Vol. VII, Firenze, 1903.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007.
- Palmer's Company Precedents*, 1st ed., 1887.
- S. PATERSON, R. ZAKRZEWSKI, (a cura di), *Mcknight, Paterson and Zakrzewski on the law of international finance*, Oxford, 2017.
- J. PATTI, *A Negative Pledge to Fit the Securization*, in *Int'l Fin. L. Rev.*, 2004, pag. 42 ss.
- D. PERETTI GRIVA, *Sul trasporto amichevole o di cortesia*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, pag. 111 ss.
- A.S. PERGAM, *The Borrower's Perspective on Euroloan Documentation*, in *Int'l. Fin. L. Rev.*, 14, 1983, pag. 14 ss.
- P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pag. 1061 ss.
- P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Classificazioni e statuti*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ed, Napoli, 2014.
- S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane. Prolusione nella R. Università di Bologna (14 aprile 1902) con note*, Bologna, 1093.
- G. PIEPOLI, *Le "garanzie negative"*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2001, pag. 405 ss.
- V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, II, Roma, 1914.
- G. POLIGNANI, *La condicio viduitatis e il matrimonio ecclesiastico*, in *Il Filangieri*, I, 1876,
- G. PROVERA, *Locazione. Disposizioni generali, Art. 1571-1606*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1980.

- S. PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, II, Milano, 1968.
- V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. Contr.*, 2012, pag. 737 ss.
- C. RAPISARDA, M. TARUFFO, *Inibitoria (Azione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, pag. 1 ss.
- U. REICHMAN, *The Anti-Lien: Another Security Interest in Land*, in *Univ. Of Chicago Law Rev.*, 41, 1974, pag. 685 ss.
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 150 ss.
- M. RESCIGNO, voce *Fede di deposito*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, VI, Torino, 1990.
- G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali, e il limite della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 801 ss.
- F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, 1878.
- G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pag. 448 ss.
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- R. ROMBOLI, *Sub. Art. 5*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Delle persone fisiche, Art. 1-10, Bologna-Roma, 1988.
- S.A. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J. JAFFE, *Corporate Finance* 8th ed., New York, 2006.
- D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956.
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962.
- D. RUBINO, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1968.
- A. RUSSO, *Obbligazioni divisibili, obbligazioni parziarie e obbligazioni indivisibili*, in R. Delle Donne, (a cura di), *Studi e ricerche di scienze umane e sociali*, Napoli, 2014.
- M. RUSSO, *Onere della prova e fatto negativo*, in *Giur. it.*, 2018, pag. 2516 ss.
- R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Rescigno, X, Torino, 1982.
- R. SACCO, *Il contratto*, II, Milano, 1993.
- R. SACCO, *Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, Agg. 2012, pag. 877 ss.
- A.J. SANCHEZ RODRÍGUEZ, *Project finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada*, in *Rev. esp. der. adm.*, 2014, pag. 183 ss.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pag. 697 ss.
- E. SARACINI, F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia, Artt. 1742-1753*, in *Il Cod Civ. Comm.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2014.
- S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1954.
- C. SAVOIA, *I regolamenti interni di caseggiati suddivisi tra più proprietari*, in *Foro it.*, 1926, I, pag. 109 ss.

- C. SCUTO, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, pag. 78 ss.
- C. SCUTO, *Delle servitù prediali*, Catania, 1929.
- C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I, Napoli, 1950.
- G. SEGRÈ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1933.
- S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo*, in *Contratti*, 2001, pag. 81 ss.
- M.W. SIMPSON, A. GROSSMANN, *The value of restrictive covenants in the changing bond market dynamics before and after the financial crisis*, in *Jour. corp. fin.*, 2017, pag. 314 ss.
- R. SLOVENKO, "Psychiatry in law/law in psychiatry", 2nd ed., Oxon, 2009.
- C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, pag. 425 ss.
- A. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2012.
- A. SPATUZZI, *La circolazione del diritto di abitazione*, in *Notar.*, 2019, pag. 31 ss.
- A.M. SQUILLANTE, *The pledge as a Security Device*, part VII, in *Comm. Law Journal*, 1983, pag. 331 ss.
- J. STONE, *Negative pledges and the tort of interference with contractual relations*, in *Jour. of Inter. Bank. L.*, 1991, pag. 310 ss.
- J. STONE, *Will a Court Appoint a Receiver at the Request of a Negative Pledge Lender*, in *Jour. Inter. Bank. L.*, 1991, pag. 404 ss.
- M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro secondo – delle successioni, Art. 679-712, Bologna, Roma, 1965.
- M. TALAMANCA, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976.
- G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti, (Delle ipoteche) (Artt. 2808-2899)*, in *Comm. Cod. Civ.*, t. 3°, Torino, 1970.
- C.H. TAN, *Quasi-Security Interests in Loan Agreements: An Overview*, in *Sing. Ac. Of Law Jour.*, 1993, pag. 178 ss.
- G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Tratt. Dir. Civ. it.*, diretto da F. Vassalli, III, t. 2°, fasc. 2°, Torino, 1969.
- F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, pag. 67 ss.
- A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, prima traduzione, Padova, 1939.
- R.W. THORNBURG, *The Due-on-Sale Clause: Current Legislative Actions and Probable Trends*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 645, 1981, pag. 645 ss.
- H. TJIO, *Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce*, in *Singapore Acad. of Law Jour.*, 1994, pag. 170 ss.
- A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu Messineo*, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006.

- F. TOSCHI VESPASIANI, *Il codice deontologico forense: i compensi dell'avvocato e il patto di quota lite*, in *Studium Iuris*, 2015.
- A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, pag. 39 ss.
- R. TRIFONE, *Dell'enfiteusi*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Terzo, Della proprietà, Art. 957-1026, Bologna-Roma, 1961.
- M. TRIMARCHI, *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, pag. 445 ss.
- V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954.
- C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia*, in *Scritti in onore di G. Capozzi*, 2, Milano, 1992, pag. 1227 ss.
- A. TULLIO, *Il Trasporto*, in *Tratt. dir. civ. Lipari e Rescigno*, coordinato da Zoppini, III, 3, Milano, 2009.
- J. UNGER, *System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, II, 1923.
- E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXVII, t. 2, Milano, 1986.
- E. VALSECCHI, *Sulla illiceità nel ritardo dell'inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, pag. 243 ss.
- U. VAROTIL, *Sovereign Debt Documentation: Unraveling the Pari Passu Mystery*, in *DePaul Bus. & Com. L.J.*, 2008, pag. 119 ss.
- P.M. VECCHI, *Obbligazioni negative e posizioni di divieto*, Roma, 1991.
- A. WEISS, "The No-Suicide Contract: possibilities and pitfalls", in *Am. J. Of Psychotherapy*, vol. 55, 3, 2001, pag. 414 ss.
- O.H. WENDT, *Unterlassung und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht*, in *Arch. für civ Praxis*, 92 (1902).
- G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, Dell'uso e dell'abitazione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, e continuata da B. Brugi, parte V, Napoli-Torino, 1931-1936, vol. II a cura di F. Maroi.
- A. VERCELLONE, *Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c.: pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare*, in *Notar.*, 2020, pag. 155 ss.
- G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto a P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, 9, t. 1°, Torino, 1999.
- G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 2006.
- M. VITALI, *Obbligazione indivisibile e i suoi effetti*, in *Giur. it.*, 1939, I, c. 805 ss.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 5° ed., Milano, 1929.
- J.L. WHITE, G.E. BRUNDSTAD JR., *Secured Transactions. Teaching Materials*, 4th ed., St. Paul, 2013.
- B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, (trad. e note di C. Fadda e P.E. Bensa), II, Torino, 1930.
- L. WO, *Negative Pledges and their Effects on a Third Party*, in *Jour. Inter. Bank. Law*, 14, 1999, pag. 360 ss.

- P.R. WOOD, International loans, bonds and securities regulation, in Law and practice of international finance, Londra, 1995.
- P.R. WOOD, Pari Passu Clauses – what do they mean?, in Butterworths Journal of International Banking & Financial Law, 2003, pag. 371 ss.
- P.R. WOOD, Comparative Law of Security Interest and Title Finance, in Law and Practice of International Finance, Londra, 2007.
- G. YEOWART, Encouraging Company Rescue: What Changes are Required to UK Insolvency Law, Law & Fin. Mrk. Rev., 3, 2009, pag. 517 ss.
- G. YEOWART, R. PARSON, E. MURRAY e H. PATRICK, Yeowart and Parson on The Law of Financial Collateral, Cheltenham, 2016.
- F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972.
- A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.
- S. ZUNARELLI - M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, Padova, 2013.