



unIMC

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato di Ricerca in

DIRITTO PRIVATO E PROCESSO NELLA PROSPETTIVA
COMPARATISTICA
E NELLA DIMENSIONE EUROPEA

CICLO XXXII

IL PEGNO NON POSSESSORIO

Relatore

Chiar.mo Prof. Enrico Damiani

Dottoranda

Dott.ssa Anna Francesca Guaricci

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Ubaldo Perfetti

ESAME FINALE ANNO 2020

INDICE

ABSTRACT

ABSTRACT – ENGLISH VERSION

PREMESSA

CAPITOLO I

DAL PEGNO AI PEGNI

1. Quadro introduttivo
2. Il pegno nel diritto romano: brevi cenni
3. Il contratto tipico di pegno nel codice civile del 1942
4. Il pegno irregolare
5. Le declinazioni atipiche del pegno.
 - 5.1. Il pegno rotativo
 - 5.2. Il pegno *omnibus*
 - 5.3. Il pegno di cosa futura
 - 5.4. Il pegno di bene indiviso
 - 5.5. Il pegno di azienda

CAPITOLO II

IL PEGNO NON POSSESSORIO

1. Il progressivo abbandono dello spossessamento.
2. Il nuovo pegno senza spossessamento
3. Struttura del nuovo pegno non possessorio
 - 3.1. La costituzione della garanzia e la funzione dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori
 - 3.2. Requisiti oggettivi: profili critici e spunti per un intervento correttivo.
 - 3.3 Requisiti soggettivi
 - 3.3.1. Il terzo datore di pegno
 - 3.3.2. La qualifica del creditore
4. Valore del bene oggetto del pegno e sostituzione.
5. La “debole” posizione dei terzi nel pegno non possessorio
6. Il *vulnus* alla tutela del creditore pignoratizio: comma 5, art. 1, Legge 119/2016
7. Pegno non possessorio e pegno codicistico: fattispecie a confronto
8. Il pegno non possessorio: una crasi di esperienze

CAPITOLO III

L'INVERSIONE DI TENDENZA: DAL *FAVOR DEBITORIS* ALL'AUTOTUTELA ESECUTIVA "COMMISSORIA".

1. Il potenziamento dell'autotutela esecutiva.
2. L'autotutela esecutiva nel pegno non possessorio.
 - 2.1. La procedura esecutiva nel pegno non possessorio.
 - 2.2. Il pegno non possessorio nel fallimento.
 - 2.2.1. La revocabilità del pegno non possessorio.
3. Nuovi modelli di garanzia patrimoniale e nuovi strumenti di tutela del credito.
 - 3.1. Il marciando bancario ex art. 48 *bis* T.U.B.
 - 3.2. Il credito immobiliare ai consumatori ex art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B.
 - 3.3. Il prestito vitalizio ipotecario.
4. L'autotutela "commissoria".
 - 4.1. La difficile individuazione della ratio del patto commissorio.
 - 4.2. Il ruolo della cautela marcianda.

CAPITOLO IV
PROSPETTIVE DI RIFORMA NEL DIRITTO INTERNO E NEL
DIRITTO UNIONALE

1. Il pegno negli altri ordinamenti.

1.1. Il diritto tedesco.

1.2. Il diritto francese

1.3. Il diritto belga.

1.4. Il diritto olandese.

1.5. Il sistema spagnolo: *la prenda*.

1.5.1. *La prenda sin desplazamiento*.

1.6. Il sistema di *common law* inglese.

2. L'armonizzazione degli ordinamenti europei in materia di garanzie mobiliari: realtà o utopia?

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE
PROSPETTIVE DI RIFORMA NEL DIRITTO INTERNO.

ABSTRACT

Mediante la previsione di cui all'art. 2740 c.c., secondo la quale il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, il legislatore ha perseguito l'intenzione di rafforzare la sicurezza dei traffici economici imponendo agli operatori di assumere responsabilmente ogni vincolo giuridico, sollecitando l'adempimento mediante la previsione di una responsabilità patrimoniale generale. Ciò stante i privati, avvertendo l'esigenza di tutelarsi più efficacemente distinguendo la propria posizione da quella degli altri creditori chirografari, frequentemente optano per il ricorso a forme di garanzia che rendono l'inadempimento antieconomico per il debitore sì da indurlo ad onorare l'obbligazione assunta, dotando al contempo il creditore di uno strumento che gli consente di soddisfarsi agevolmente in caso di mancata restituzione del credito. Tali strumenti sono contemplati dalla legge che tipicizza numerose forme di garanzia nell'alveo delle quali è possibile tracciare una *summa divisio* tra personali e reali a seconda della natura della garanzia offerta. A differenza delle garanzie personali, per le quali i privati sono liberi di predisporre schemi negoziali atipici, le seconde, incidendo sui diritti reali, costituiscono un *numerus clausus* tradizionalmente ritenuto insuscettibile di estensione. Ciò nonostante, la prassi ha progressivamente portato alla nascita di nuove forme di garanzie mobiliari frutto dell'incontro fra il "tipo" codicistico e le esigenze del mercato e dei privati, nate per ovviare alla rigidità del codice e riconosciute grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza che, chiamate a più riprese ad esprimersi sulla loro meritevolezza, ne hanno appurato la validità giuridica. Così il contratto reale di pegno, derivato dal *pignus datum* romanistico introdotto nell'età preclassica e ancor prima dalla

più gravosa *fiducia cum creditore*, è stato declinato in numerose variazioni rispetto al modello di cui all'art. 2784 c.c. quali il pegno rotativo, il pegno omnibus, il pegno irregolare, il pegno di cosa futura, il pegno di cosa indivisa ed il pegno di titoli di credito (estensione della forma tipica del pegno di crediti). Il pegno rotativo, nato nella prassi bancaria, si compone del tipico contratto di pegno al quale accede il c.d. patto di “rotatività” con cui si concorda di attribuire all'Istituto la possibilità di mutare la res vincolata, sostituendola di volta in volta con i titoli di credito, le obbligazioni o gli strumenti finanziari di cui il cliente debitore diviene titolare durante il rapporto di credito, mentre la prestazione garantita resta sempre la medesima. La fattispecie, da taluni considerata a formazione progressiva, è stata foriera di molte discussioni in ordine alla sua legittimità. Il pegno rotativo, infatti, è dotato di una peculiare forza espansiva laddove consente di costituire una garanzia su una res diversa da quella oggetto dell'accordo iniziale senza che il debitore presti volta per volta il consenso al vincolo dei beni che entrano successivamente nella disponibilità della banca. Si tratta dunque di una garanzia che ha natura reale soltanto nel momento genetico del contratto in cui si attua la *traditio* del titolo di credito e che diviene di natura obbligatoria nella successiva fase in cui i beni di nuova disponibilità vengono surrogati a quello inizialmente consegnato. Ad ogni modo, ad oggi la giurisprudenza ne riconosce la legittimità tenuto conto che l'interesse del creditore non è al bene nella sua specificità bensì al suo valore economico. Il bene sostituito deve essere oggettivamente di pari valore a quello vincolato in origine, non soltanto per poter presumere il consenso del debitore alla rotazione, ma soprattutto per evitare che il pegno rotativo rappresenti uno strumento idoneo a depauperare, fraudolentemente o non, la garanzia dei creditori. Nel pegno omnibus, invece, la *res* non muta, ma ciò che muta è il rapporto garantito in quanto le parti convengono di istituire un vincolo su uno o più beni mobili a garanzia di tutti i crediti presenti e futuri che

l'Istituto maturerà nei confronti del cliente debitore. In realtà tale fattispecie, che viene descritta anche come una forma di esasperazione del diritto di ritenzione, è oggetto di una nutrita discussione poiché la sua ammissibilità è stata contestata da quanti hanno ritenuto l'invalidità di una siffatta obbligazione nella quale la garanzia viene prestata per crediti indeterminati e futuri, piuttosto che presenti e determinati come la norma vorrebbe. Parte della giurisprudenza, nel far salva la legittimità di tale contratto, ha ritenuto al contrario che la sua struttura sia da ricondurre ad una fattispecie a formazione progressiva in cui volta per volta contestualmente alla nascita del nuovo credito garantito nascono contratti di pegno, sulla base di una dichiarazione di volontà delle parti tacita. Anche nel pegno di cosa futura (derivante dal *pignus nominis* romanistico), in cui il debitore fornisce al creditore come garanzia un bene non ancora esistente, il rapporto si caratterizza per l'obbligatorietà del vincolo assunto e, secondo la giurisprudenza di legittimità che ormai ne ammette la validità, si sostanzia in una fattispecie a formazione progressiva caratterizzata da due elementi: l'accordo e la successiva venuta ad esistenza dei beni. Il debitore, infatti, non consegna alcunché ma si obbliga a vincolare un determinato bene con effetto dal momento in cui questo verrà ad esistenza. Allo stesso modo, anche nel c.d. pegno di bene indiviso l'istituto si discosta dal modello codicistico poiché il debitore costituisce un pegno su una quota astratta di un bene del quale non è comproprietario in uno ad altri soggetti. In tal caso, finché la comunione sulla *res* non è sciolta la garanzia ha unicamente l'effetto di obbligare il debitore alla futura concessione del vincolo sulla quota che a seguito della divisione del bene risulterà essere di sua spettanza. In entrambi i casi, dunque, la peculiarità consta nella circostanza che il bene dedotto non è ancora nella piena disponibilità del debitore e che, conseguentemente, il contratto ha effetti obbligatori e non reali. Nel pegno irregolare invece il bene vincolato è un bene fungibile (nella prassi per lo più una somma di

denaro) che viene consegnato alla libera disponibilità del creditore, salvo l'obbligo di questi di restituire un'eguale quantità e qualità di quel bene una volta che il debitore abbia adempiuto l'obbligazione garantita. Per le sue caratteristiche tale istituto viene ricondotto da taluni ad un'ipotesi di proprietà temporanea, da altri invece ad una alienazione con funzione di garanzia non lesiva del divieto del patto commissorio dal momento in cui il creditore trattiene per sé unicamente la somma garantita e non l'intero valore della *res*. Dal quadro esposto si evince come la prassi economica abbia ad oggi sfilato il dogma della realtà delle garanzie mobiliari attagliandole alle sue esigenze di maggiore flessibilità ed elasticità, sino al riconoscimento di numerose fattispecie a carattere obbligatorio e consensualistico elaborate mediante un'interpretazione fortemente estensiva degli schemi tipizzati dal codice e soltanto in apparenza rispettose del menzionato *numerus clausus* poiché nella sostanza molto innovative. In questo orizzonte dinamico e in continua evoluzione, si è inserita la legge 119/2016 varata con l'intenzione di agevolare i canali di finanziamento alle imprese onde evitarne la decozione e garantire un continuo afflusso di risorse o comunque, laddove già in stato di crisi, rendendo più agevole il reperimento di nuovi finanziatori. In tal senso la norma interviene – tra l'altro - con l'istituzione di un "pegno non possessorio" di cui possono avvalersi i soli imprenditori iscritti nel Registro delle Imprese molto distante dall'archetipo previsto dal codice civile dal quale differisce quanto alle modalità di nascita del contratto e quanto alla natura del vincolo di garanzia istituito. In particolare, in risposta alle esigenze dell'economia che suggerisce la predisposizione di forme di credito garantite e al contempo facilmente accessibili anche per quanti non abbiano la possibilità di spossessarsi dei beni da vincolare, il legislatore ha sancito la nascita di una garanzia reale mobiliare speciale rispetto al tipico pegno, limitata settorialmente ai crediti inerenti l'esercizio dell'impresa.

ABSTRACT

According to Section 2740 of Italian Civil Code (hereinafter “c.c.”), which states that the debtor must fulfil his obligations with all his present and future goods, the legislator intended to improve the safety of the economic market, by enforcing the economic operators to undertake the obligations with the full acknowledgement of their liability. This purpose is achieved by the provision of the previously mentioned generic liability.

Having said the above, the creditors need to protect more effectively their claims, by distinguishing their position from the one of the unsecured creditors. Therefore, the creditors often choose other guarantees, aimed to make uneconomic the non-fulfilment of the obligation by the debtor, so the latter is led to meet his obligation. In this regard, the guarantees are tools which allow to easily satisfy the claim, in the event of the failure, by the debtor, to return the sum.

These several tools are provided for by the law. A *summa divisio* can be made between securities and collaterals, whether the guarantee is personal or not. Collaterals are traditionally considered *numerus clausus*, because they affect property rights. Nonetheless, praxis has increasingly led to the born of new collaterals, on the grounds of the “type” provided by c.c. and of the needs of the market exchange and its operators. Such new collaterals represent remedies to the strictness of c.c.; their validity is now granted and approved by the doctrine and by many judgements issued by the jurisprudence. In this regard, the pledge (or gage) contract arise from Roman *pignus datum* of the pre-classical period, which in turn arise from the onerous *fiducia cum creditore*. It consists in plenty of figures, different from the type described by Section 2784 c.c.: the revolving pledge, the omnibus pledge, the irregular pledge, the pledge of a future asset, the pledge of undivided

asset, the pledge of certificates (which is an extension of the typical pledge of claims).

In this dynamic horizon which constantly evolves, the decree D.L. n. 59/2016 (hereinafter “the decree”) was signed with the intent to promote funding the companies. Among the other provisions, the decree introduced a “non-possession” pledge, a contract far away from the type of c.c., that can be used only by the businessmen registered in the Registrar of Companies.

The main peculiarity of such new pledge consists in the lack of the possession of the res, which is not really new in the civil system, in consideration of the fact that pledges sometimes are built without the possession of the res.

The socioeconomic and legal reasons of the progressive abandon of the possession are several.

First of all, since 1942 until now the definition and the content of what an asset is has changed. Whilst at that time an asset was mostly considered real estate and physical goods, today it has evolved in dematerialised goods, like for example the certificates, the financial instruments, the patents and the trademarks; it clearly appears that it is a nonsense to talk about dispossession with reference to these dematerialised goods.

Secondly, in a mirror-like perspective, also the publishing purpose of the dispossession decreased, because – according to the doctrine – the need of such dispossession was related only to a pre-capitalist economy, far away from the current and modern economy market. Furthermore, the purpose of the dispossession may be accomplished with other instruments (e.g., the publishing through public registers), appropriate not only to balance the needs of the creditor and debtor, but also to avoid the market risk of a fixed asset.

After examining the structure of what a “non-possession” pledge is and its main critical issues, the second part of the present dissertation

highlights the underlying ratio of the decree (i.e., to re-enforce the system of the granting of claims and to make it easier for the creditor the forced execution of the claim); moreover, this dissertation deepens the understanding of such new legal form of enforceable self-help, in particular whether or not the issuing of this new pledge is the decisive sign of a turnaround in the civil system from favor debitoris to favor creditoris.

The purpose of the current law season of reform is certainly to re-enforce the credit system, by giving to the creditors enforceable proceeding more slender than in the past. The current enforceable proceeding, in fact, has a negative impact on the creditors, who do not trust in granting the claims and loans, because they have to pay in advance the costs of the proceeding, bear long proceeding times and risk the alea of the successful recovery of the debt.

For these reasons, the legislator has introduced new protecting forms for the creditors (the reference is to: a) the funding the companies with the guarantee of the transfer of the real estate, in the event of non-fulfilment of the obligation by the debtor; b) the reverse mortgage; c) the consumer credit). In this regard, the legislator started an important changing process of the enforceable self-help, moving from the traditional enforceable proceeding to forms of mutually agreed self-help, under the full control of the parties, managed out of Court and based upon particular agreement called “cautela marciana” (which means that the estimate of the asset has to be made by a third party surveyor and the creditor has to return to the debtor the sum which exceeds the claim).

The increasing introduction by the legislator of such forms of “cautela marciana” leads to the question of whether or not the legal prohibition of Section 2744 c.c. (“patto commissorio”) is still to be considered absolute.

The answer to this question required the examination of the underlying ratio of the prohibition stated by Section 2744 c.c.: once it is identified, it is possible to understand if the “cautela marciana” can neutralize the bad effects of the “patto commissorio”. Should this be possible, the private operators may create and insert in their agreements new forms of “cautela marciana”, beyond the legal ones introduced by the legislator.

Therefore, after examining the different theories of the ratio of such prohibition, the dissertation focused on the role of the private autonomy in the modern matter of guarantees law.

On one side, it could be that the legislator did not want to weaken the prohibition, according to the circumstance that the new guarantees were always introduced with the sentences “in derogation of the ‘patto commissorio’ prohibition” and “without prejudice to Section 2744 c.c.” (these may be the exceptions to the rule).

On the other side, there is no doubt that there are so many exceptions in the modern guarantees law, that leads to deem that the path to a new concept of the guarantees system has already begun.

Lastly, from an European overview it resulted that the dispossession was implemented in most of the European States. This allows the harmonization of the guarantees law of the European Member States, essential to achieve the Union’s project, otherwise a fragmented European guarantees system may represent a barrier to the free movement of goods and people.

PREMESSA

In un contesto economico in cui sempre più vivamente si è avvertita l'esigenza di dominare le rinnovate sfide indotte da mercati più competitivi e le significative crisi del mercato, l'inadeguatezza del sistema italiano delle garanzie del credito è stato oggetto di viva attenzione.

La difficoltà per gli operatori economici di rinvenire forme di finanziamento, legata a sua volta alla contestuale diffidenza dei finanziatori stessi nel concedere liquidità in assenza di adeguate garanzie, si è infatti ripercossa in via immediata sull'economia arrestando lo sviluppo dell'impresa e dei consumi, fattori storicamente (e comprensibilmente) legati e dipendenti dalle modalità di accesso al credito.

Tale circostanza, da tempo nota e conclamata, è stata da ultimo stigmatizzata dal significativo dato pubblicato dalla Banca Mondiale nel suo rapporto "*Doing business 2016*", in cui l'Italia figura tra i Paesi OCSE il cui sistema giuridico tutela meno efficacemente i diritti legali dei creditori¹.

Detta minor tutela, tuttavia, non è frutto di una precisa opzione normativa volta a privilegiare una parte del rapporto (il debitore) piuttosto che un'altra (il creditore), quanto piuttosto della difficoltà di adattare una serie di rigidi "preconcetti dogmatici"² alla ben più elastica realtà economica.

A tale rigidità hanno tentato di ovviare tanto gli operatori del diritto

¹ Lo riporta E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional paper)* della Banca d'Italia, n. 356, settembre 2016, p. 9 ss.

² N. CIPRIANI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 7/2017 pp. 1727 ss.

quanto il legislatore stesso.

I primi, in particolare, hanno ideato fattispecie atipiche (ved. lo sviluppo interpretativo dell'art. 1179 c.c.), sovente ben distanti dai modelli codicistici, in grado di dare risposta alle proprie esigenze e di colmare quelle lacune e inadeguatezze mostrate dal sistema tradizionale, così suggerendo e, di fatto, anticipando nuove riforme in materia.

L'impianto codicistico, infatti, non si è mostrato nel corso del tempo capace di offrire una trama di regole corrispondenti alle esigenze del mercato, benché improntato a principi condivisi, di talché la prassi ha portato all'emersione di fattispecie volte ad evitare la stasi dell'economia e della circolazione del credito, andando sovente a svilire e addirittura ad esautorare il contenuto di talune norme codicistiche, tra cui, per quanto qui di maggior interesse, la tradizionale realtà del contratto di pegno, il principio della *par condicio creditorum* e il divieto del patto commissorio.

Il legislatore, dal canto suo, è intervenuto a più riprese con numerosi innesti normativi che hanno portato ad un sistema ormai composito e poco omogeneo in cui, da un lato, il codice civile resta immutato e, dall'altro, ad esso si affiancano una varietà di leggi speciali intervenute in via di eccezione.

Sotto alcuni profili queste deroghe si pongono in aperto contrasto con quegli stessi principi sacralmente positivizzati nelle norme codicistiche³ e sono ormai così tanto copiose da rendere legittimo il dubbio se sia divenuta più regola l'eccezione che non la regola stessa.

Il fervido interventismo normativo con il quale il legislatore ha tentato di ovviare alle varie criticità emerse nel tessuto economico ha infatti finito per mettere a dura prova la tenuta dei tradizionali istituti codicistici di sicurezza del credito.

³ Si pensi al riguardo al divieto del patto commissorio, oggi ampiamente svilito e depotenziato, come meglio si illustrerà più avanti.

Detti istituti, d'altronde, sono risultati in parte anacronistici in quanto erano stati modellati nel 1942 sulla base delle esigenze proprie di un'esperienza socio-economica ben più arretrata rispetto a quella odierna ed in parte così distante da quella da rendere difficile l'adattamento.

Ad esempio, è mutata la morfologia della ricchezza, oggi grandemente dematerializzata, così come è mutato il suo sistema di circolazione, ben più veloce e capace di operare senza spostamenti fisici ma con un semplice atto di disposizione.

Allo stesso modo, il sistema normativo del 1942 non era influenzato dagli ordinamenti stranieri e non volgeva (o meglio, non era indotto a volgere) lo sguardo oltre i confini nazionali, come invece accade oggi nel nostro sistema, in cui dal progetto di un mercato comunitario unico si è passati ad una vera e propria unione politica ed economica.

L'internazionalità degli scambi ha sollecitato l'individuazione di tecniche di tutela dei finanziamenti più agili e capaci di far fronte alla dematerializzazione della ricchezza ed alle nuove modalità di circolazione dei patrimoni mobiliari⁴.

In questa prospettiva, le distinzioni strutturali tradizionalmente presenti nel codice civile e le rigidità dello stesso risultano ormai distoniche rispetto alla complessità dello scenario normativo e regolamentare dei diversi settori.

Tale situazione impone pertanto all'operatore del diritto un nuovo studio ed una nuova ridefinizione dei principi comuni, nella prospettiva di trovare un raccordo tra le norme generali del diritto comune della responsabilità patrimoniale e le diverse normative settoriali. Detta operazione è resa peraltro ancor più complessa dal fatto che le normative in discorso si presentano a tratti disomogenee.

Ad ogni modo, tanto gli istituti di nuova introduzione normativa, quanto

⁴ F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *in Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 255 ss.

le fattispecie nate nella pratica, sono tutti avvinti da un medesimo filo conduttore che li lega e che si declina in forme diverse in relazione alle peculiarità proprie della materia di riferimento e del caso normato.

Compito dell'interprete è quindi anche quello di verificare se quel minimo comun denominatore che li caratterizza tutti sia rappresentativo di una nuova esigenza che merita di essere elevata a sistema⁵ tramite una riforma organica.

Un importante apporto in tal senso è offerto dalla giurisprudenza che ha già contribuito grandemente a definire i confini di alcuni principi codicistici, legittimando gli schemi ideati dai privati⁶ e anticipando così molti interventi normativi.

Lo sforzo maggiore profuso dalla giurisprudenza è stato senz'altro quello di ricercare un difficile bilanciamento tra il bisogno di garantire l'accesso al credito evitando forme di *soffocatio debitoris* e quello, altrettanto rilevante, di agevolare il recupero del credito da parte del creditore.

La direzione intrapresa è stata quella di individuare dei controlimiti all'autonomia privata capaci di tutelare le parti e di porre i nuovi schemi negoziali al riparo da pronunce di nullità.

In particolare, l'intervento della giurisprudenza è stato determinante per consacrare la validità del pegno *omnibus* e del pegno rotativo, la cui validità è stata ammessa anche a fronte di una contestuale imposizione di formalità e requisiti.

Dette garanzie inizialmente erano state avversate da molti poiché in aperto contrasto con i requisiti tipici del pegno codicistico, primo tra tutti quello del necessario spossessamento della *res* oppignorata per il tramite della sua consegna al creditore garantito o al terzo istituito concordemente quale custode del bene.

⁵ In tal senso, F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie di credito*, in *Questione giustizia* 2/2019.

⁶ Si pensi alla copiosa giurisprudenza in punto di contratto di *sale and lease back* ed ai suoi confini con il divieto del patto commissorio.

In realtà legislatore ha abdicato in più circostanze alla tradizionale realtà del contratto di pegno, introducendo mediante leggi speciali fattispecie prive di spossessamento in cui il contratto veniva perfezionato sulla base del consenso ed il bene gravato restava nella disponibilità del debitore.

Antesignano, in tal senso, è stato il noto pegno di prosciutti (l. n.401/1985) a cui ha fatto seguito il pegno di prodotti lattiero-caseari (l. n. 122/2001).

Ciò posto, le nuove fattispecie atipiche di pegno hanno stimolato riflessioni di carattere generale, avendo fortemente scardinato alcuni dogmi rimasti intaccati per molto tempo.

Alla luce della varietà del quadro così composto, oltre alla speculazione sull'effettiva struttura del pegno, si è sviluppata parallelamente anche una fervida discussione sull'esigenza di predisporre delle garanzie mobiliari non possessorie di carattere generale; garanzie, quindi, non più previste da norme speciali derogatorie rispetto al codice civile, ma inserite nel codice stesso e adattabili dai privati poiché non più legate ad uno specifico tipo di bene (appunto, prosciutti, prodotti lattiero – caseari, titolo di credito) o a specifici rapporti (prettamente bancari).

Questa direzione sembra esser stata effettivamente valorizzata ed intrapresa dal legislatore che, con il disegno di legge n. 1151 del 2019, ha dimostrato l'intenzione di muovere verso la revisione e l'integrazione del codice civile tramite l'introduzione di nuove forme di garanzia “anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario”⁷.

Questo progetto di riforma trae origine dall'esigenza di positivizzare a livello normativo prassi negoziali già consolidate « nell'uso bancario e

⁷ Dalla relazione al disegno di legge n.1151/2019 “Il disegno di legge delega tende ad incrementare lo strumentario a disposizione di privati ed imprese per un migliore e più efficace accesso al credito, prestandosi a ricomprendere diverse tipologie di strutture atipiche di garanzia del credito, sia reali che personali.

finanziario » e recepite in numerose pronunce giurisprudenziali in tema di garanzie atipiche, operando una sistematizzazione di una materia divenuta troppo disorganica, benché di centrale importanza.

È dunque in questa chiave di lettura che, previa ricognizione delle forme già immanenti all'ordinamento interno, si intende vagliare la possibilità di scardinare alcuni dogmi e di costruire un sistema delle garanzie più elastico ed in grado di far fronte alle nuove sfide ma, soprattutto, di allinearsi con i principali modelli europei.

Da tempo la dottrina ha evidenziato come lo spossessamento costituisca un ostacolo ad un efficiente utilizzo del pegno a garanzia dei finanziamenti all'impresa⁸ e come proprio detto spossessamento sia stato abbandonato (o non sia mai stato introdotto) in numerosi paesi stranieri che non ancorano più la garanzia alla consegna materiale del bene.

L'avvicinamento agli altri ordinamenti europei consentirebbe di fondare le basi per una normazione unitaria che, senza meno, gioverebbe alla sicurezza degli scambi intracomunitari ed all'effettiva creazione di quell'anelato mercato unico.

Non può infatti non tenersi conto che un mercato comunitario in cui vi sia una piena libertà di circolazione degli operatori economici presuppone necessariamente anche una trama di regole comuni che lo rendano pienamente funzionale.

Tra queste, quella della tutela del credito, innegabile motore dell'economia, appare non più procrastinabile a dispetto dell'invocata autonomia degli ordinamenti nazionali.

Un sistema in cui le garanzie del credito sono disciplinate in modo frammentario tra le varie legislazioni nazionali rischia infatti di defatigare gli operatori economici a muoversi liberamente nel mercato europeo, inducendo costoro piuttosto a chiudersi dietro le frontiere

⁸ PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, pp. 10 ss.

nazionali e ad operare solo laddove conoscono pienamente rischi e benefici, lasciando così rivivere e persistere una barriera doganale virtuale il cui dazio è rappresentato dall'alea dell'investimento.

Probabilmente oggi, per quanto riguarda il nostro Paese, detta armonizzazione è stata resa più agevole dalla legge 119/2016, istitutiva del pegno commerciale senza spossessamento.

Con questa riforma infatti l'Italia ha compiuto un passo nella stessa direzione già intrapresa dagli altri stati europei, al conclamato fine di operare un contemperamento di tre valori giuridici: la promozione dei finanziamenti alle imprese, la conservazione delle potenzialità aziendali del soggetto finanziato e la sicurezza del sistema bancario.

CAPITOLO I

DAL PEGNO AI PEGNI

SOMMARIO: 1. Quadro introduttivo. - 2. Il pegno nel diritto romano: brevi cenni. - 3. Il contratto tipico di pegno nel codice civile del 1942. - 4. Il pegno irregolare. - 5. Le declinazioni atipiche del pegno. - 5.1. Il pegno rotativo. - 5.2. Il pegno *omnibus*. - 5.3. Il pegno di cosa futura. - 5.4. Il pegno di bene indiviso. - 5.5 Il pegno di azienda.

1. Quadro introduttivo.

Mediante la previsione di cui all'art. 2740 c.c., secondo la quale il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, il legislatore ha perseguito l'intenzione di rafforzare la sicurezza dei traffici economici imponendo agli operatori di assumere responsabilmente ogni vincolo giuridico, sollecitando l'adempimento delle obbligazioni assunte mediante la previsione di una responsabilità patrimoniale di carattere generale.

Tale norma, nata nella prospettiva di assicurare al creditore la possibilità di ottenere la restituzione della somma concessa in prestito mediante il riconoscimento del potere di aggredire l'intero patrimonio del debitore, perde tuttavia la propria capacità di assicurare la restituzione del finanziamento quando quello stesso soggetto, al momento della concessione del credito o successivamente, diviene debitore anche nei confronti di altri.

In questo caso, infatti, il principio della *par condicio creditorum*, anch'esso elevato a regola codicistica, rischia di frustrare le aspettative di recupero del credito, poiché, imponendo la concorrenza in misura proporzionale di tutti i creditori sul patrimonio del debitore, di fatto assoggetta il creditore al rischio di dover spartire il patrimonio del debitore; patrimonio che, come sovente accade, può non essere sufficiente ad onorare tutte le pendenze in forma integrale e può lasciare pertanto insoddisfatte le aspettative creditizie.

È in questa prospettiva che si insinuano le garanzie patrimoniali specifiche, con cui si allude alla categoria dei diritti approntati per assicurare al creditore l'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, in modo da rafforzarne l'aspettativa di soddisfacimento.

Mentre la garanzia patrimoniale generica, infatti, vincola l'intero patrimonio del debitore indistintamente in favore di tutti i suoi creditori,

le garanzie speciali rafforzano la posizione del singolo creditore mirando alla sua principale tutela in via preferenziale rispetto agli altri creditori chirografari.

Le garanzie, pertanto, consentono ai privati di dare risposta all'esigenza di tutelarsi più efficacemente e di distinguere la propria posizione da quella degli altri creditori, optando per il ricorso a strumenti che, da un lato, rendono l'inadempimento antieconomico per il debitore, sì da indurlo ad onorare l'obbligazione assunta, e, dall'altro, dotano al contempo il creditore di uno strumento che gli consente di soddisfarsi più agevolmente in caso di mancata restituzione del credito.

Tali strumenti sono contemplati dalla legge che tipicizza numerose forme di garanzie, nell'alveo delle quali è possibile tracciare una *summa divisio* tra personali e reali a seconda della natura della garanzia offerta.

Le garanzie personali sono previste dal codice civile in via non tassativa, stante la possibilità riconosciuta ai privati di modificare gli schemi esistenti e congegnarne di nuovi, ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁹.

⁹ Così come, d'altronde, sono liberi di recepire modelli stranieri. Questo, ad esempio, è avvenuto per la lettera di *patronage*, nata nel sistema anglosassone e da anni recepita anche nella prassi dagli operatori italiani. Si tratta di uno strumento negoziale atipico con cui un soggetto, solitamente una società capo gruppo di una *holding*, fornisce delle informazioni sulla situazione economica e gestionale di altro soggetto giuridico, di norma una società del gruppo stesso, ad un istituto di credito, con lo scopo di indurlo a concedere a quest'ultimo credito.

Le lettere di *patronage* si distinguono in lettere forti e deboli. Mentre nelle prime il "garante" fornisce delle informazioni sul soggetto cui deve essere erogato il prestito, nelle lettere c.d. forti assume un vero e proprio impegno nei confronti del finanziatore onde rassicurarlo circa la solvibilità del soggetto da finanziare (nella maggior parte dei casi, la capogruppo si assume l'obbligo di non dismettere le proprie partecipazioni).

Taluni autori, in realtà, non concordano con la natura "atipica" della lettera di *patronage*, ritenendola fattispecie già immanente all'ordinamento ed assimilabile alla promessa dell'obbligazione del fatto di terzo di cui all'art. 1381 c.c. In tal senso, M. SEGNI, *La "lettre de patronage" come garanzia personale impropria*, in Riv. Dir. civ., 1975, I, 126, secondo il quale "il negozio costituisce quindi una promessa del fatto del terzo. E, infatti, mentre la semplice promessa dell'altrui adempimento si identifica con la fideiussione, si ha una vera e propria promessa del fatto del terzo quando si assicura non la mera osservanza dell'obbligo da parte di quest'ultimo, ma il fatto materiale del pagamento, indipendentemente dall'efficacia dell'obbligazione e della sua effettiva portata"

Queste sono contraddistinte dal fatto che conferiscono al beneficiario una pretesa creditoria nei confronti del garante. Più in particolare, al debitore originario si affianca un altro soggetto che garantisce l'adempimento dell'obbligazione con tutti i suoi beni, presenti e futuri (si pensi alla fideiussione, al contratto autonomo di garanzia, alla lettera di patronage e al mandato di credito).

La disciplina predisposta per le garanzie personali si è rivelata elastica a tal punto da consentire alla prassi sia di apportare una molteplicità di cambiamenti agli schemi codicistici (si pensi alla fideiussione *omnibus*), sia di importare da ordinamenti stranieri figure negoziali atipiche (si pensi alle garanzie autonome a prima richiesta, o alle lettere di *patronage*).

A differenza delle garanzie personali, le garanzie reali costituiscono un *numerus clausus* tradizionalmente ritenuto insuscettibile di estensione.

“I diritti reali di garanzia attribuiscono un potere sulla cosa, che è più energico di quello riconosciuto ai titolari di uno qualsiasi dei diritti reali di godimento, in quanto si tratta di un potere che (limitando la facoltà del proprietario di disporre della cosa pignorata o ipotecata) può intaccare fino ad annullarlo il diritto di proprietà con l'alienazione forzata della cosa ad iniziativa del creditore rimasto insoddisfatto”¹⁰.

L'impossibilità di estendere i diritti reali di garanzia discende pertanto dal fatto che le cause legittime di prelazione¹¹ presuppongono

Per i sostenitori di questa teoria, vi sarebbe una *ratio* comune che lega la *lettera di patronage* e la fattispecie disegnata all'art. 1381 c.c. Entrambe, lungi dall'assolvere ad una funzione sanzionatoria, allocano, infatti, il rischio di un'operazione economica su di un determinato soggetto (la società controllante) che promettendo il fatto del terzo si è vincolato in prima persona.

Questa teoria, tuttavia, ha subito le obiezioni di quanti, soprattutto in giurisprudenza, hanno rilevato come, nella realtà dei fatti, la *lettera di patronage* non avrebbe la funzione di qualificare il *patronnant* come un soggetto promittente un fatto altrui, in quanto quest'ultimo assicura un fatto proprio mantenendo il controllo sullo stato patrimoniale della società ed attivandosi con la diligenza richiesta, al fine di assicurarne la solvibilità.

¹⁰ A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, p. 19.

¹¹ Le c.d. “cause legittime di prelazione”, in buona sostanza, consentono al creditore di preconstituire una posizione privilegiata rispetto a quella degli altri creditori, attribuendogli un diritto speciale su un bene.

l'imposizione di un diritto reale su una determinata *res* gravata dal vincolo¹² posto a tutela delle ragioni creditizie, di talché sono necessariamente tipiche, in ossequio al principio del numero chiuso dei diritti reali¹³.

Tuttavia, la tipicità dei diritti reali non è più ritenuta insuperabile, considerata la diffusione sempre più evidente di diritti reali atipici, vale a dire diritti reali strutturati sulla base del modello normativo ma da esso disancorati sotto uno o più profili. Si pensi, soprattutto e per quanto qui di interesse, al sistema delle garanzie mobiliari.

La prassi, infatti, ha progressivamente portato alla nascita di figure che manifestamente sono il frutto dell'incontro fra il "tipo" codicistico e le esigenze del mercato e dei privati. Si tratta di fattispecie nate per ovviare alla rigidità del codice e riconosciute grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza che, chiamate a più riprese ad esprimersi sulla loro meritevolezza, alla fine di un lungo dibattito, si sono composte nel riconoscerne la validità giuridica.

Questo è quanto è accaduto soprattutto per il contratto reale di pegno, derivato dal *pignus datum* romanistico introdotto nell'età preclassica e ancor prima dalla più gravosa *fiducia cum creditore*, che oggi è stato declinato in numerose variazioni rispetto al modello di cui all'art. 2784 c.c.

Tra queste varianti, oltre al pegno irregolare ed al pegno su crediti, già previsti dal codice civile come modelli alternativi rispetto all'archetipo modellato dall'art. 2784 c.c., sono di significativa rilevanza quelle fattispecie formatesi nella pratica bancaria, vale a dire, il pegno

¹² I diritti reali di garanzia limitano, di fatto, il potere di disposizione del bene, dal momento che l'eventuale acquirente deve tener conto del vincolo che insiste sulla *res*.

¹³ In forza del principio del numero chiuso i privati, nell'esercizio della loro autonomia privata, non possono dare vita a diritti reali che non siano espressamente previsti dal legislatore. Allo stesso modo, i privati non possono intervenire sulla disciplina di tali diritti reali.

rotativo, il pegno *omnibus* ed il pegno di cosa futura (estensione della forma tipica del pegno di crediti), il pegno di bene indiviso e, infine, il pegno di azienda.

2. Il pegno nel diritto romano: brevi cenni.

Nonostante i romani prediligessero le garanzie personali rispetto a quelle reali (a differenza di quanto avviene nel sistema moderno), il pegno ha avuto fortuna anche nel diritto antico, tanto da essere declinato in più forme.

La tipologia di pegno più risalente ideata dai romani prevedeva il trasferimento della proprietà al creditore dei beni su cui le parti intendevano istituire la garanzia, con conseguente attribuzione in favore dello stesso delle azioni reali a tutela della proprietà (*fiducia cum creditore*)¹⁴.

Mediante la *fiducia cum creditore*, quindi, l'ordinamento romano offriva al creditore la possibilità di avvalersi di uno strumento di soddisfazione immediata e diretta del creditore.

Nel momento in cui il debitore non fosse stato in grado di adempiere entro le tempistiche concordate, infatti, il trasferimento della proprietà si cristallizzava in favore del creditore ed il debitore perdeva definitivamente il bene.

A fronte dell'accordo in questione il creditore si impegnava a non fare un uso dei beni diverso da quello concordato e si obbligava a destinarli esclusivamente alla funzione di garanzia dell'obbligazione dedotta e a restituirli non appena il debitore avesse eseguito l'obbligazione su di lui gravante.

¹⁴ In tema G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 1991, Torino, pp. 494 ss.

Come anticipato, questo istituto assicurava senz'altro al creditore una tutela forte in caso di inadempimento, ma mostrava di essere particolarmente gravoso ogni qualvolta il debitore correttamente adempiva. In questa ipotesi, infatti, le parti dovevano provvedere al ritrasferimento del bene, con tutte le formalità del caso.

Nondimeno, altro profilo problematico riguardava la posizione di indubbio sfavore cui era sottoposto il debitore, che restava soggetto al rischio di abusi da parte del creditore, il quale sovente approfittava della proprietà del bene o resisteva alla sua restituzione.

Per questo motivo, venne successivamente introdotta una specifica forma di tutela denominata *actio pigneraticia in personam* esperibile per ottenere la restituzione del bene nel caso in cui il creditore non avesse rispettato l'obbligo di restituirlo a fronte dell'adempimento da parte del debitore.

La rilevata rigidità della *fiducia cum creditore* e, soprattutto, le inconvenienze discendenti dal trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, indussero in seguito i romani ad affiancarvi uno strumento più elastico ed agevole, vale a dire il *pignus*¹⁵ *datum*.

La differenza più importante tra la *fiducia cum creditore* e *pignus* riguardava il tipo di potere sul bene riconosciuto al creditore. Mentre nella prima questi assumeva la piena titolarità del bene, nel secondo caso acquisiva soltanto il possesso del bene posto a garanzia di una determinata *obligatio*.

Al creditore veniva quindi concessa la mera apprensione materiale del bene, ma non anche la sua titolarità.

La detenzione del bene cessava nel momento in cui il debitore adempiva tempestivamente alla sua obbligazione, così maturando il diritto di ottenere la resa del bene che, benché depositato presso il creditore, era rimasto giuridicamente di sua esclusiva proprietà

¹⁵ L'etimologia del termine *pignus* viene quindi ricondotta al verbo greco *pangere*, il quale significa "rafforzare".

La costituzione del pegno avveniva tramite la consegna del bene. A detta consegna si accompagnava l'accordo di vincolare la *res* a soddisfazione del credito ed il riconoscimento del potere del creditore di tenerlo per sé nel caso in cui il debitore non avesse onorato la prestazione¹⁶.

Qualora il debitore si fosse reso responsabile di un perdurante inadempimento, il creditore infatti poteva trattenere per sé il bene e divenirne a tutti gli effetti legittimo proprietario.

La peculiare gravosità di questo meccanismo portò ad introdurre sotto l'impero di Costantino lo *ius vendendi* in forza del quale se alla data stabilita il debitore non aveva ripagato il proprio debito il creditore avrebbe potuto alienare il bene gravato, trattenere l'equivalente del debito e restituire al debitore il *superfluum*, ossia il residuo.

In buona sostanza, con il *pignus* le parti convenivano due distinti patti.

Il primo era quello che consentiva al creditore di trattenere il bene fin tanto che il debitore non avesse onorato il debito, così riconoscendo al creditore uno *ius possidendi*. Il secondo era quello che invece gli attribuiva il diritto di trattenere la *res* nel caso di inadempimento e di alienarla a terzi (*ius distrahendi*), onde soddisfarsi coattivamente sulla stessa, previo avviso al debitore (*denunciatio*).

La maggior flessibilità del *pignus* rispetto alla *fiducia* indusse progressivamente i romani ad apprestare strumenti di maggior tutela in favore del creditore pignoratizio, al quale in epoca classica vennero estese le azioni a tutela del possesso che gli consentivano di rivendicare il bene qualora fosse rimasto insoddisfatto al termine dell'obbligazione. Detta *actio in rem*, denominata *actio hypothecaria*, era esperibile contro

¹⁶ “*Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit. Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem*” D. 13.7.9.2, ULP, 28 ad. ed. Così Ulpiano definisce il pegno, rimarcando come il solo possesso venisse trasferito al creditore, mentre la proprietà della *res* permanesse intaccata in capo al debitore, a differenza di quanto avveniva nella *fiducia cum creditore*.

qualunque soggetto terzo che si fosse impossessato della cosa oggetto del pignoramento.

Successivamente, nell'epoca preclassica, al *pignus datum*, venne affiancato il *pignus conventum*¹⁷, anche noto come *hypotheca*¹⁸.

Nel *pignus conventum*, così come nel *pignus datum*, il bene oppignorato poteva essere un qualunque bene mobile o un bene immobile suscettibile di essere comprato e venduto (*res Mancipi*) e non necessariamente un bene mobile, come oggi accade per il contratto di pegno.

La prima forma di *pignus conventum* venne introdotta mediante l'*Interdictum Salvianum adipiscendae possessionis*, con il quale venne istituita la garanzia sugli *invecta* ed *inlata*¹⁹, vale a dire quei beni che l'affittuario teneva sul fondo locato per la sua coltivazione.

La *conventio pignoris*, su cui si fondava il *pignus conventum*, era un accordo con effetti reali privo di peculiari formalità. Alla stregua della *datio pignoris*, anch'essa aveva la struttura di negozio traslativo del possesso, con la differenza che quest'ultima sostituiva alla consegna materiale del bene un accordo.

Si trattava pertanto di una forma di pegno caratterizzata dall'assenza di spossessamento; assenza controbilanciata da un accordo concluso tra parti (*conventio*) in forza del quale determinati beni restavano nella disponibilità materiale del debitore e non venivano consegnati al creditore, ma erano comunque asserviti alla funzione di garanzia dell'obbligazione.

I beni che più frequentemente venivano oppignorati mediante *conventio pignoris* erano strumenti di lavoro, ma anche beni di arredo introdotti

¹⁷ La prima testimonianza del *pignus conventum* è fornita dal *De agri cultura liber* di Marco Porcio Catone.

¹⁸ In tema F. DE IULIIS “*Studi sul pignus conventum: le origini. L'interdictum salvianum*”, Torino, 2017.

¹⁹ Con il termine latino *invecta* e *inlata* si faceva riferimento alle “cose trasportate”, vale a dire a tutti quei beni che il conduttore portava con sé nella casa locata.

dal conduttore all'interno dell'immobile locato (*invecta e inlata*) che venivano imputati a garanzia del pagamento della pigione²⁰.

Peraltro, uno stesso bene poteva essere gravato a garanzia di più crediti, la cui gradazione nella soddisfazione in caso di inadempimento era determinata dal momento cronologico in cui il *pignus* era stato convenuto, sulla base di un meccanismo ideologicamente assimilabile a quello della moderna ipoteca e del nuovo pegno senza spossessamento, introdotto dal d.l. 59/2016.

È dunque all'evidenza come l'attuale pegno abbia desunto molto dal modello romano, ma soprattutto, per quanto qui di maggior interesse, come il sistema giuridico conoscesse già forme di pegno avulse dal requisito dello spossessamento, in cui l'assenza di *traditio* veniva contemperata dalla presenza di una apposita *conventio*.

3. Il contratto tipico di pegno nel codice civile del 1942.

Come illustrato da autorevole dottrina, con il sostantivo “pegno”, può intendersi “oltre al generico diritto reale di garanzia, il diritto del creditore pignoratizio, il bene che ne costituisce l'oggetto, il contratto che ne rappresenta la fonte”.

La definizione normativa presente nel codice civile non dimostra una predilizione per uno di questi aspetti, statuendo genericamente che il pegno rappresenta lo strumento con cui il creditore può tutelare le proprie ragioni sui beni mobili, sulle universalità di mobili, sui crediti e sugli altri diritti aventi per oggetto beni mobili del debitore²¹.

²⁰ Cfr C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 2002.

²¹ D. RUBINO, G. P. GAETANO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da VASSALLI, XIV, 1, Torino, 2^a ed., 1952, p. 221 “il diritto che il debitore o un terzo concede sulla propria cosa mobile, affinché questa nel frattempo rimanga particolarmente riservata al futuro soddisfacimento del creditore, e costui, in caso di inadempimento dell'obbligazione, si soddisfi su essa a

Come puntualmente precisato dalla suprema giurisprudenza di legittimità, il pegno costituisce per il creditore una garanzia reale, cioè opponibile *erga omnes*, che si concretizza nella realizzazione di una riserva di utilità economicamente apprezzabile e che si traduce nel diritto di conseguire il ricavato dell'aggiudicazione del bene o del diritto sottoposto a pegno, quale valore (non solo e non tanto, come d'uso, quanto) di scambio del bene o del diritto stesso²².

Una volta sorto il vincolo il creditore pignoratorio matura la possibilità di espropriare il bene in caso di inadempimento del debitore (cd. *ius distrahendi*) e di soddisfarsi con priorità, rispetto ad altri creditori, sul ricavato della vendita (cd. *ius praelationis*).

Trattandosi di un diritto reale di garanzia, il contratto di pegno riveste i caratteri dell'assolutezza e dell'inerenza ed attribuisce al suo titolare il diritto di seguito, vale a dire il potere di rivendicare la *res* nei confronti di qualunque soggetto.

In realtà, alla teoria sostanzialista secondo la quale, come predetto, il contratto di pegno rientra a pieno titolo tra i diritti reali di garanzia, si contrappone una seconda teoria minoritaria, denominata processualista²³, in forza della quale pegno ed ipoteca non avrebbero alcun effetto di tipo sostanziale ma avrebbero l'unico fine di attribuire al creditore un potere processuale che si esercita in una serie di agevolazioni nell'esecuzione coattiva del credito, tra cui principalmente quella di ottenere una preferenza nella ripartizione della somma ricavata dalla vendita del bene rispetto a tutti gli altri creditori privilegiati.

preferenza degli altri creditori ed anche se intanto la cosa sia passata in proprietà di un terzo”.

²² Così testualmente definisce il pegno Cass. Civ. SS. UU., 2 ottobre 2012 n. 16725.

²³ Tra i vari, di questo avviso è anche F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, pp. 191 ss., secondo il quale il potere che il pegno e l'ipoteca attribuiscono al creditore è meramente processuale, in quanto esso non si esplica nei confronti del debitore, “quanto piuttosto dell'organo esecutivo tenuto verso il creditore a compiere determinati atti, in cui l'esecuzione consiste”. Pertanto non si tratterebbe di altro che non di un'azione esecutiva privilegiata in cui il diritto azionato dal creditore è più vantaggioso ed agevolato.

Tuttavia, benché senza dubbio i riflessi processuali che discendono dalla qualifica di creditore privilegiato rappresentino l'aspetto principale, se non altro sotto il profilo applicativo, maggioritaria è la teoria sostanzialista, a cui inducono a propendere più elementi²⁴.

Al creditore sono infatti riconosciuti dei poteri ulteriori (benché ancillari) rispetto a quello di soddisfarsi in via preferenziale sul ricavato della vendita del bene.

A titolo meramente esemplificativo, in qualità di possessore del bene gravato, il creditore pignoratizio ha il potere di agire per recuperare il possesso, sperando le azioni possessorie di manutenzione e di spoglio, e di resistere ad ogni altrui pretesa volta ad ottenere la consegna del bene; allo stesso modo, nel caso in cui il bene oppignorato produca frutti, il creditore può tenere per sé i frutti, imputandoli prima alle spese ed agli interessi, poi al capitale.

Stante il possesso da parte del creditore, la norma alloca su di lui la responsabilità per la custodia del bene, stabilendo che esso ha l'obbligo di custodire la cosa ricevuta in pegno e di compiere tutti gli atti (di natura giuridica e materiale) necessari per la conservazione del bene²⁵.

Secondo la dottrina maggioritaria, il pegno è un contratto reale²⁶ che si perfeziona nel preciso momento in cui il bene²⁷ viene consegnato al creditore garantito²⁸.

²⁴ P. BOERO, *Le ipoteche*, UTET, cit., p. 20, Torino 1999.

²⁵ Se il creditore sostiene delle spese il debitore è obbligato a rimborsargliele. La norma stabilisce infatti che il creditore ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la conservazione del bene.

²⁶ Di questo avviso, tra i tanti, F. GAZZONI, *Qualche dubbio sulla struttura del pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in Riv. notariato, 2000, p. 1464.

²⁷ Oppure il documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa stessa, ai sensi dell'art. 2786 c.c.

²⁸ Altra parte della giurisprudenza non ritiene determinante lo spossessamento la cui mancanza non condurrebbe a nullità del vincolo ma alla sua inopponibilità ai terzi, con la conseguenza che in questo caso il pegno non legittima l'attuazione della prelazione ex art. 2787, comma 1°, c.c. in capo al creditore e, di conseguenza lo *ius praelationis* rispetto agli altri creditori. Questa posizione è sposata da parte della dottrina (cfr R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa Titoli di

In questa prospettiva, lo spossessamento del bene assurge a requisito imprescindibile a cui specularmente si accompagna quello dell'impossessamento da parte del creditore o di un soggetto terzo designato tra le parti.

Mediante lo spossessamento non soltanto viene attuata la pubblicità nei confronti dei terzi, di cui appresso si tratterà, ma viene anche protetto il creditore che in questo modo è tutelato da potenziali (illegittimi) atti di disposizione del bene senza previa dichiarazione dell'esistenza della garanzia da parte del debitore. Se da un lato è vero che, comunque, eventuali atti dispositivi non pregiudicherebbero l'effettività della garanzia, stante il diritto di sequela riconosciuto in capo al creditore, è pur vero che ciò renderebbe indubbiamente più gravosa la soddisfazione coattiva del credito.

La tesi della realtà del contratto di pegno, tradizionalmente maggioritaria, poggia anche su considerazioni di carattere storico.

La lettera dell'art. 1878 del codice civile del 1865 dava infatti una definizione di pegno ancorata alla *traditio* del bene sancendo che "il pegno è un contratto con il quale il debitore dà al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito, da restituirsi in natura dopo l'estinzione del medesimo".

L'argomento storico, che viene addotto a sostegno della teoria della realtà del contratto di pegno dai suoi fautori, viene però utilizzato anche dai suoi detrattori (teoria minoritaria), secondo i quali la chiarezza espositiva del codice del 1865, indicativa di una precisa opzione normativa, non sarebbe stata replicata nel codice del 1942, di talché il legislatore moderno non avrebbe inteso dare continuità all'istituto, ma renderlo più elastico e ricomprenderlo tra i contratti di

Credito, fasc.6, 2018, p. 762) la quale ritiene che la *traditio rei* non sia elemento qualificante, e dunque essenziale del tipo normativo, ma svolga la funzione di rendere opponibile ai terzi la garanzia stessa e al contempo giovi a risolvere possibili conflitti dominicali nascenti sul bene tra gli eventuali creditori del costituente o tra gli eventuali successivi acquirenti del bene oppignorato.

natura consensuale²⁹. I fautori di questa teoria infatti sostengono che la dizione testuale dell'art. 2787 c.c. debba essere interpretata come ricognitiva della qualificazione del pegno quale contratto consensuale ad effetti reali, in cui il perfezionamento del negozio si attua con l'accordo scritto tra le parti e soltanto la sua opponibilità ai terzi è subordinata alla *traditio* del bene, mediante la quale si rende possibile la pubblicità ai terzi.

Al contrario, la teoria realista interpreta tutte le formalità richieste dalla legge che accompagnano la consegna della *res* come strumenti volti a consentire l'opponibilità³⁰ ai terzi della garanzia³¹.

In quest'ultima prospettiva, quindi, la garanzia sorge con la *traditio* tra le parti ed è tra queste pienamente operativa sin dal momento dello spossessamento. Nel rapporto tra le parti, ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 2786, comma 1, e 2787, comma 3, c.c., il pegno è validamente costituito con la sola consegna della cosa senza

²⁹ In realtà, anche vigente il codice del 1865 la dottrina dell'epoca aveva sollevato dubbi in ordine alla funzione assolta dalla consegna della cosa. Se, infatti, la dottrina maggioritaria era concorde nel ritenere che soltanto la *traditio* determinasse la nascita del contratto, una posizione minoritaria, ma comunque non isolata ed avallata da una certa giurisprudenza (tra cui Cass. Torino 27 ottobre 1897, in MT, 1898, p. 124) riteneva che la consegna fosse necessaria soltanto ai fini dell'opponibilità ai terzi della garanzia e che questa fosse pienamente valida ed efficace tra le parti per effetto del solo consenso prestato.

³⁰ La funzione di consentire l'opponibilità ai terzi del pegno propria della forma scritta prevista dall'art. 2787, comma 3, c.c., è riconosciuta dalla giurisprudenza maggioritaria. Secondo Cass. Civ. 26 gennaio 2010 n. 1526, "in tema di pegno, la forma scritta è prevista dall'art. 2787, comma 3, c.c., ai soli fini della prelazione del creditore pignoratizio sulla cosa oggetto della garanzia, mentre la convenzione costitutiva del pegno si perfeziona, ai sensi dell'art. 2786 c.c., con la consegna della cosa al creditore".

³¹ Si veda in proposito anche quanto statuito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, a mente della quale il contratto non è costituito mediante l'atto scritto, che, più semplicemente, regola e formalizza l'esistenza delle garanzie. Tra queste, si segnala Cass. Civ. sez. VI, 4 febbraio 2019, n.3199 secondo la quale "la garanzia pignoratizia è "naturalmente" destinata, invero, a conferire al creditore garantito pure il rango della prelazione: sì che la scrittura in discorso non esprime, nè riporta, un autonomo e specifico patto ad hoc; rivestendo, piuttosto, il ruolo di mera documentazione concretizzativa degli effetti tipici della struttura negoziale del pegno (c.d. forma *ad regularitatem*; valore negoziale autonomo possiederebbe, semmai, il patto con cui datore e creditore intendano escludere - dall'ambito dell'operazione di pegno nella specie posta in essere - l'effetto della prelazione)".

la necessità di alcuna formalità. La dottrina maggioritaria, infatti, ritiene che la mancanza della consegna della *res* impedisca la nascita del diritto di garanzia e consenta, al più, unicamente la nascita di un contratto di natura obbligatoria, in cui l'eventuale inadempimento dà luogo unicamente ad una responsabilità risarcitoria ma non anche al potere di rivalersi sul bene dedotto in garanzia³². La richiesta forma scritta, l'identificazione del credito garantito e dei beni assoggettati alla garanzia sono invece necessarie per consentire la prelazione, ossia per rendere opponibile la garanzia agli altri creditori del datore di pegno.

La legge richiede infatti che il contratto venga tradotto in forma scritta e che nel documento le parti diano atto tanto dell'entità e della natura del credito garantito quanto, soprattutto, del bene gravato, che deve essere puntualmente identificato in modo tale da evitare confusioni e consentirne una precisa individuazione.

Secondo la giurisprudenza³³, “agli effetti dell'art. 2787, comma 3, c.c., in tema di prelazione del creditore pignoratizio, perché il credito garantito possa ritenersi sufficientemente indicato, non occorre che esso venga specificato, nella scrittura costitutiva del pegno, in tutti i suoi elementi oggettivi, bastando che la scrittura medesima contenga elementi idonei a consentirne la identificazione.

A tal fine, l'eventuale ricorso a dati esterni all'atto di costituzione del pegno richiede che l'atto contenga un indice di collegamento da cui possa desumersi l'individuazione dei menzionati dati, sicché non vi è luogo alla prelazione se, per effetto della estrema

³² E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, Padova, p. 91, sostiene che il contratto di pegno che sia stato tra le parti concluso in assenza di spossessamento non produce la costituzione effettiva del pegno ma è “tuttavia, in grado di valere come titolo per la sua costituzione, che potrà in seguito avvenire mediante l'immissione forzata nel possesso della cosa”.

Nello stesso senso si esprimono anche R. SACCO, *Il contratto*, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 613; G. GORLA E P. ZANELLI, *Del pegno*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1992, p. 54 ss; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Banca Borsa*, 1952, p. 230, A. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 10 ss.

³³ Cass. Civ. 19 marzo 2004, n. 5691.

genericità delle espressioni usate, il credito garantito possa essere individuato soltanto mediante l'ausilio di ulteriori elementi esteriori, come nel caso in cui si sia fatto riferimento alle "linee di credito accordate" dalla banca, anche se risulti poi che contestualmente alla costituzione del pegno quest'ultima abbia concesso un'apertura di credito in conto corrente ovvero come nel caso di riferimenti al solo conto corrente bancario, senza che si possa far ricorso al "libro fidi" tenuto dalla banca, oppure al concreto svolgimento del rapporto, per accertare che l'atto si riferiva a uno o più specifici rapporti".

Se da un lato l'opponibilità è assicurata dal documento scritto, dall'altro la pubblicità della garanzia viene attuata tramite lo spossessamento della *res*.

Trattandosi di beni mobili il rapporto materiale con la *res* è percepito esternamente come dimostrazione della relativa titolarità e, specularmente, lo spossessamento attesta l'assenza di un potere di pieno dominio sul bene.

Per questo motivo nel pegno lo spossessamento assurge a requisito imprescindibile, tanto connotato all'istituto da indurre il legislatore a statuire che nel caso in cui il bene gravato non resti nel possesso del creditore (o del terzo designato dalle parti) la garanzia non possa essere azionata dal creditore.

Mediante la consegna della *res* da parte del datore di garanzia (che può essere lo stesso debitore o un terzo, ai sensi dell'art. 2784 c.c., comma 1) ed il trasferimento del possesso, i terzi sono resi edotti circa l'indisponibilità del bene da parte del debitore e sono conseguentemente posti nella condizione di valutare l'opportunità di stipulare con quest'ultimo atti di disposizione sul bene oppignorato.

L'esigenza di garantire una forma di conclamata pubblicità discende dal fatto che il diritto di sequela è una caratteristica tipica delle garanzie reali, di talché chi acquista un bene gravato da pesi non può poi dolersi

nei confronti del creditore garantito, che ha il diritto di agire comunque sul bene, anche se passato in proprietà ad un terzo soggetto.

Il pegno, infatti, non comporta una riserva della proprietà sul bene in favore del creditore e, per l'effetto, il debitore può legittimamente alienare la *res* a terzi, i quali però in questo caso saranno soggetti alla possibilità che di fronte all'inadempimento del debitore il creditore rivendichi la necessità di procedere alla liquidazione del bene.

L'importanza della materiale apprensione del bene scema grandemente nell'ipoteca.

Il creditore ipotecario³⁴, difatti, vanta un diritto reale di garanzia su beni immobili e mobili registrati. Trattasi di beni che presuppongono l'assoggettano ad un regime di circolazione ben più gravoso e formale, ove la conoscibilità ai terzi delle vicende che riguardano i beni e la loro circolazione sono assicurate da precise regole di pubblicità in appositi registri.

Per questo motivo l'intero funzionamento dell'ipoteca si fonda sull'istituto dell'iscrizione; soltanto con l'iscrizione, infatti, la garanzia nasce e diviene opponibile ai terzi, a nulla valendo il possesso del bene.

Altro elemento caratterizzante il pegno codicistico è la sua accessorietà rispetto al credito garantito (art. 2784 c.c.); accessorietà che, come puntualmente stigmatizzato ormai da decenni dalla giurisprudenza, determina un collegamento essenziale ed immediato tra l'esistenza della garanzia e la validità dell'obbligazione principale garantita³⁵.

Tra il credito e la garanzia si instaura infatti un rapporto di stretta connessione tale per cui la perduranza della seconda non può essere disancorata dalla persistenza del primo.

³⁴ Come il pegno, anche l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione.

³⁵ In tal senso, Cass. Civ. 28 marzo 1956 n. 892.

La garanzia, quindi, dipende e circola con il credito. È quanto avviene anche nel caso di cessione del credito garantito. In questa ipotesi il legislatore prevede che il cessionario subentri nella medesima posizione del creditore originario, beneficiando della stessa garanzia prestata, avvantaggiandosi dei diritti che derivano dalla sua originaria costituzione.

Nel caso di estinzione dell'obbligazione garantita anche il pegno si estingue, così come se il credito garantito è già estinto al momento della costituzione della garanzia ovvero se viene annullato o dichiarato nullo o inefficace il titolo da cui origina la pretesa creditoria il pegno è nullo. Allo stesso modo, anche le vicende modificative dell'obbligazione garantita, quali la novazione soggettiva (art. 1235 c.c.) e oggettiva (art. 1232 c.c.), la delegazione, l'espromissione e l'accollo (art. 1275 c.c.), si riverberano sul contratto di pegno, che si estingue a meno che le parti non abbiano espressamente optato per la sua conservazione.

Sotto altro profilo, ulteriore carattere del pegno codicistico è quello della sua indivisibilità, consacrata dall'art. 2799 c.c.

La norma in discorso stabilisce che il pegno è indivisibile e che la sua funzione di garanzia del credito si protrae inalterata fin tanto che questo non è integralmente soddisfatto, anche nell'ipotesi in cui il debito³⁶ o la cosa data in pegno sia divisibile.

Il bene gravato resta asservito all'integrale restituzione del credito finché questo non è pienamente adempiuto.

Ne deriva che il debitore che esegue parzialmente la prestazione dovuta (e per la quale ha dato garanzia di adempimento al creditore) non ha un diritto *ex lege* di veder ridotta proporzionalmente pure la garanzia prestata. Il pegno, infatti, è concepito come un *unicum* anche quando il

³⁶ Chiaramente, la divisibilità del credito è ipotesi assai frequente se si pensa che la maggior parte delle obbligazioni garantite hanno natura pecuniaria.

bene oppignorato è divisibile e resta unitariamente assoggettato alla piena e totale soddisfazione del creditore.

Nulla osta tuttavia ad un diverso accordo tra le parti.

I privati, infatti, possono prevedere la parziale restituzione del bene divisibile in rapporto all'adempimento, trattandosi di un carattere che non ha natura imperativa, ma dispositiva.

L'indivisibilità infatti non è correlata ad un'esigenza inderogabile del sistema, ma è predisposta a beneficio del creditore al solo fine di assicurarla maggiormente rispetto a situazioni per lui pregiudizievoli³⁷ e, pertanto, opera soltanto nel silenzio dei protagonisti del contratto di garanzia.

Il creditore è libero di decidere se avvalersi o meno del regime di maggior favore previsto dal legislatore, attuando una scelta non cassabile dall'ordinamento e rientrante nella sfera di piena autonomia privata³⁸.

La funzione del carattere dell'indivisibilità si comprende più a fondo ragionando *a contrario*. Se sussistesse l'obbligo di riduzione del pegno in proporzione al parziale adempimento, sarebbe ben facile per il debitore eludere le ragioni del creditore e svilire l'efficacia della garanzia. Il debitore, ad esempio, potrebbe soddisfare una parte consistente del debito, ottenere una riduzione del pegno e non adempiere poi per il residuo, confidando sul fatto che il bene gravato, così ridimensionato, può perdere la sua appetibilità per il debitore stesso (che quindi non ha più interesse ad ottenerne la restituzione) e per i terzi

³⁷ In tal senso, G. GORLA - P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in Comm. Cod. civ. a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1992, p. 54 ss.

³⁸ La decisione di non fruire del beneficio dell'indivisibilità del pegno e, con esso, di una garanzia integrale pure a fronte di un parziale adempimento già avvenuto, non viene assunta da una parte debole e questo giustifica la piena flessibilità di questa previsione. Di norma il legislatore impone determinate norme dotandole del carattere dell'inderogabilità quando sono poste a tutela di un soggetto debole, ritenuto non in grado di provvedere da sé alla propria tutela. Questo non è il caso del creditore, soggetto ritenuto tradizionalmente parte forte del rapporto creditizio e tutelato dal legislatore con l'attribuzione al pegno del carattere dell'indivisibilità soltanto nella prospettiva di indurlo alla concessione del credito.

e non possa, conseguentemente, essere efficacemente liquidato mediante procedura esecutiva.

L'indivisibilità del pegno non allude soltanto alla *res*, ma anche al credito.

Se il credito viene ceduto parzialmente o se viene ripartito tra più soggetti (ad esempio in via ereditaria), il bene gravato continua ad essere asservito all'adempimento dell'intera prestazione.

In qualità di possessore del bene il creditore è legittimato ad esperire le azioni possessorie. Allo stesso modo egli può esperire anche le azioni di rivendica in via surrogatoria, ma soltanto nei limiti in cui queste spettino al debitore costituente.

La procedura di liquidazione del pegno presuppone la vendita della cosa secondo le modalità fissate dall'art. 2797 c.c. che assicurano la pubblicità della procedura, sotto la direzione di un giudice terzo ed imparziale, in modo tale da salvaguardare il maggior valore di realizzo e tutelare così anche il debitore esecutato, a cui deve essere restituita l'eventuale eccedenza tra i crediti ed il prezzo di vendita del bene.

Il creditore può trattenere per sé il bene soltanto dietro autorizzazione del giudice. In questo caso il creditore deve domandare l'assegnazione della *res* fino a concorrenza del suo credito; il valore del bene deve essere stimato da un perito appositamente nominato, a meno che questo non abbia un prezzo determinabile da listino di mercato.

Il modello codicistico prevede quindi sempre l'intervento statale nella fase esecutiva.

Al contrario, come di seguito verrà meglio analizzato, su questo profilo è possibile evidenziare un palese ripensamento del legislatore che con una frequenza sempre maggiore ha positivizzato forme di autotutela esecutiva in cui il bene soggetto a garanzia viene venduto dal creditore senza il necessario ricorso al giudice al fine di limitare le tempistiche necessarie per la soddisfazione coattiva del credito, pur rinunciando alla

maggior tutela del debitore offerta da una procedura statale affidata all'organo giurisdizionale.

L'impianto codicistico, quindi, appare oggi ben distante dai nuovi modelli introdotti dalla prassi o innestati dalla normativa di settore.

4. Il pegno irregolare.

Ai sensi dell'art. 1851 c.c., se a garanzia di uno o più crediti sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti.

Il codice delinea in questo modo i tratti essenziali di una peculiare figura di pegno: il pegno irregolare.

Il pegno irregolare è un contratto di garanzia che si perfeziona per effetto della *datio rei* con la quale il debitore (o un terzo datore di garanzia) trasferisce al creditore denaro o beni aventi un prezzo corrente di mercato (come ad esempio titoli di credito o documenti di legittimazione individuati) a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione assunta nei confronti del creditore medesimo, il quale è tenuto a restituire il *tantundem* al momento dell'adempimento da parte del debitore³⁹.

³⁹ “Il pegno irregolare si differenzia da quello regolare in quanto le somme di danaro o i titoli depositati presso il creditore diventano di proprietà del medesimo, sicchè in caso di inadempimento del debitore, il creditore è tenuto soltanto a restituire l'eventuale eccedenza dei titoli rispetto alle somme garantite, mentre nel pegno

Come evincibile immediatamente dal semplice dato testuale, la caratteristica essenziale di questa *species* consta nel fatto che al creditore non viene trasferito il semplice possesso del bene oppignorato, ma la sua proprietà e la capacità di disporne. È questo il tratto differenziale principale tra pegno regolare e pegno irregolare, dal quale si dipanano tutte le ulteriori conseguenze⁴⁰.

La significativa differenza si giustifica in considerazione della natura dei beni che ne possono formare oggetto.

Nel pegno irregolare i beni che possono essere gravati sono soltanto beni fungibili, vale a dire beni che non rilevano per la propria identità, ma per la loro appartenenza ad un *genus*, di talché il loro valore è determinato dal tipo e dal numero, dal peso o dalla misura.

Stante la peculiare natura dei beni oppignorati, il creditore ha la possibilità di reperire altrettanti beni dello stesso genere al momento della restituzione al debitore adempiente e quindi ne può fare libero uso, acquisendoli nel proprio patrimonio personale.

In caso di inadempimento del debitore, il creditore ha il diritto di trattenere per sé il bene gravato fino a concorrenza del debito, con l'obbligo di trasferire l'eventuale eccedenza tra il valore del credito insoddisfatto e l'ammontare della garanzia concessa, mediante consegna al debitore di beni dello stesso *genus*.

Da molti questo meccanismo è considerato come una forma di codificazione latente di una pattuizione commissoria con cautela marciana a dimostrazione della vera *ratio legis* sottesa al divieto di cui

regolare egli ha diritto a soddisfarsi disponendo dei titoli ricevuti in pegno” Cass. Civ. sez. VI, 3 ottobre 2018, n.24137.

⁴⁰ Si veda al riguardo Cass. civ., sez. I , 12 settembre 2011 , n. 18597 secondo la quale “è corretta la decisione emessa in appello che ha escluso la ricorrenza di un pegno irregolare, perché qualora il cliente della banca vincoli, a garanzia del proprio adempimento, un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati quale un libretto di deposito al risparmio, anche al portatore, senza conferire alla banca il potere di disporre del relativo diritto, non ricorre l'ipotesi di pegno irregolare e si rientra invece nella disciplina del pegno regolare (art. 1997, 2784 e ss. c.c.)”.

all'art. 2744 c.c. che ammetterebbe schemi capaci di evitare l'arricchimento del creditore e di tutelare la posizione di soggezione del debitore.

Più in particolare, secondo questa prospettazione avallata da gran parte della giurisprudenza⁴¹ nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, il legislatore, ha presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi – come nel pegno irregolare – l'illeceità della causa sarebbe esclusa.

La costituzione di un pegno irregolare non collide quindi con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., atteso che il contratto previsto dall'art. 1851 c.c. è articolato in modo tale da evitare indebiti arricchimenti, in coerenza con l'intento del legislatore di evitare forme di locupletazioni. In caso di inadempimento della controparte, il creditore può fare definitivamente propria la sola somma corrispondente al credito garantito, sulla base di un meccanismo assimilabile concettualmente a quello della compensazione che, nel caso di specie, opererà tra debito di restituzione del pegno e debito insoluto.

Ogni dubbio circa la liceità del pegno irregolare è stato ormai ampiamente superato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale non soltanto ha sempre evidenziato come in ogni caso l'istituto sia previsto dal legislatore stesso, ma come non vi siano ragioni per dubitare della sua compatibilità con il divieto del patto commissorio.

Ciò in quanto “nel caso di costituzione di pegno irregolare, il divieto del patto commissorio non opera, poiché, a mente dell'art. 1851 c.c. e in coerenza con l'intento del legislatore di evitare indebite locupletazioni, è consentito al creditore, nell'ipotesi di inadempimento dell'altra parte, di fare definitivamente propria solo la somma corrispondente al credito

⁴¹ Tra le varie Tribunale Milano sez. VI, 4 agosto 2014.

garantito e, quindi, di compensarlo con il suo debito di restituzione del tantundem nel legittimo esercizio del proprio diritto di prelazione, senza richiesta di assegnazione al giudice dell'esecuzione".

Sotto altro profilo, altra caratteristica di fondamentale rilievo del pegno irregolare è la sua capacità di consentire un "meccanismo semplificato di autosoddisfazione".

Il creditore infatti non è costretto ad avviare la procedura esecutiva, ma può direttamente soddisfarsi sul bene, con un conseguente risparmio di oneri, di costi e, soprattutto, di tempi necessari. Ancora, la possibilità di soddisfarsi immediatamente sui beni fungibili oppignorati consente al creditore di porsi al riparo dal rischio che il bene non venga venduto mediante la procedura pubblica o che il prezzo di realizzo sia inferiore rispetto all'ammontare del credito.

In buona sostanza, mentre nel pegno ordinario il creditore può soddisfarsi sul ricavato della vendita del bene ottenuto per il tramite di una procedura pubblica esperita con l'ausilio statale, nel pegno irregolare non vi è bisogno di alcuna procedura *ad hoc* in quanto il valore del credito insoluto viene incamerato prima, al momento della concessione della garanzia, di talché il creditore esercita la sua prelazione senza richiesta di assegnazione al giudice dell'esecuzione⁴².

A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di assegnazione del bene oppignorato nel pegno ordinario, l'incameramento del bene non avviene *solvendi causa* posto che l'inadempimento non si è ancora verificato. Il trasferimento del bene si realizza in una fase antecedente ed è causalmente sorretto da una causa di garanzia.

L'operatività dell'istituto si poggia sulla particolare natura del bene oppignorato. Si tratta infatti di beni stimabili senza bisogno del giudice sulla base di indici di mercato facilmente accertabili.

⁴² Cass. civ. , sez. III , 24 maggio 2004 , n. 10000.

Questa circostanza esclude qualsiasi rischio di sproporzione tra l'ammontare del debito residuo e garanzia, così evitando che il creditore possa appropriarsi del *surplus* tra valore della garanzia e valore del credito insoluto.

Il pegno irregolare è molto in uso nel mondo bancario, dove trova applicazione in molteplici forme. Tra queste, una forma di pegno irregolare si ha nel pegno del saldo di conto corrente in cui il debitore vincola le somme in giacenza sul proprio conto corrente, che restano congelate e indisponibili fino all'estinzione del debito, a fronte, specularmente, del potere della banca di disporne liberamente e senza limiti.

Per le sue caratteristiche il pegno irregolare è stato definito come una fattispecie di proprietà temporanea (che in caso di inadempimento può divenire definitiva). Fin tanto che il creditore è garantito, infatti, il bene rientra nel suo patrimonio personale e fuoriesce da quello del debitore. Secondo la Corte di Cassazione⁴³, lo schema sotteso al contratto di pegno irregolare sarebbe null'altro che quello della compensazione⁴⁴.

Concedendo il bene in pegno il debitore infatti assegnerebbe a sua volta al creditore un credito; credito che, secondo lo schema tipico della compensazione, verrebbe automaticamente ad estinguersi al momento dell'inadempimento da parte del debitore. In pratica, il debitore, nel

⁴³ Ad esempio, rinvia alla compensazione anche Cass. civ. sez. I, 6 dicembre 2006, n. 26154 a mente della quale "allorché il contratto di costituzione di pegno riconosca alla banca garantita il potere di disporre dei titoli per soddisfarsi dei propri crediti, si esula dall'ipotesi di pegno regolare, e si rientra, viceversa, nella disciplina, prevista dall'art. 1851 c.c., del pegno irregolare, in base alla quale il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, che dovrà restituire al momento dell'adempimento o, in caso di inadempimento, dovrà rendere per quella parte eccedente l'ammontare del credito garantito, determinata in relazione al valore delle cose al tempo della relativa scadenza. Sicché il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non può (per carenza di interesse) e non è tenuto ad insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 l. fall., per il soddisfacimento del proprio credito, essendo la compensazione nel pegno irregolare la modalità tipica di esercizio della prelazione".

⁴⁴ Di questo avviso anche REALMONTE F., *Il pegno*, in Enc. Treccani, XXII, 1990, diretto da RESCIGNO P. p. 645 ss.

momento in cui conferisce il proprio denaro, precostituisce un controcredito da opporre all'*accipiens* in sede di compensazione.

Tuttavia questa prospettazione è stata fortemente avversata.

Non pochi sono i tratti differenziali tra l'istituto della compensazione ed il funzionamento del pegno irregolare.

Nella compensazione, infatti, i crediti non sono concessi allo specifico fine di estinguere l'obbligazione, come invece accade nel pegno irregolare ove il trasferimento della *res* avviene precauzionalmente per l'ipotesi dell'inadempimento.

Ancora, il pegno irregolare ruota attorno all'ipotesi dell'inadempimento dell'obbligazione. È uno strumento che consente l'autosoddisfazione del credito. Al contrario, la compensazione è un modo di adempimento dell'obbligazione che ne determina l'estinzione in via soddisfattiva.

I due istituti operano su presupposti diversi e portano a conseguenze diverse, di talché non è possibile assimilarli e ricondurre l'uno (il pegno irregolare) all'altro (la compensazione) in forza della semplice somiglianza nelle modalità attuative.

Ad avviso di taluni, invece, è più corretto trattare di una vera e propria alienazione con funzione di garanzia risolutivamente condizionata all'inadempimento del debitore. Alienazione, quindi, astrattamente incompatibile con il testo dell'art. 2744 c.c., ma valida poiché espressamente consentita dal legislatore in via eccezionale, a fronte della natura fungibile dei beni e della conseguente assenza di rischi di approfittamento da parte del creditore.

In tal senso, autorevole dottrina⁴⁵ ha sostenuto che “il pegno irregolare non rientra nel novero dei diritti reali di garanzia, rappresentando piuttosto una particolare figura di alienazione in garanzia. Si tratta di una figura tipica, che si differenzia rispetto alle alienazioni fiduciarie in garanzia, le quali sono caratterizzate dall'obbligo del fiduciario di non

⁴⁵ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 7, Milano, 2012 p. 158.

disporre del proprio interesse del bene ricevuto in proprietà. In considerazione della funzione di garanzia del pegno irregolare deve ammettersi il diritto del debitore alla restituzione dei beni dati in garanzia quando abbia adempiuto direttamente l'obbligazione”.

Questa prospettazione è avversata da talaltri, i quali escludono la natura di alienazione a scopo di garanzia e riconducono l'effetto traslativo unicamente alla natura fungibile dei beni che non consentirebbe altra soluzione se non l'acquisto da parte del garantito⁴⁶.

La capacità traslativa propria del contratto di pegno irregolare produce effetti anche sotto altri rilevanti profili.

Un primo immediato riflesso riguarda l'obbligo di custodia, uso e conservazione. Il bene passa *ab origine* al creditore, il quale è tenuto solo a restituire al debitore adempiente cose dello stesso e genere e quantità, senza che possano operare nelle more del rapporto le norme in tema di custodia, uso e conservazione.

Sotto altro profilo, l'irregolarità del pegno incide sulla regolamentazione dei rapporti tra più creditori di uno stesso debitore in quanto, a parere di una certa dottrina⁴⁷ e di una parte della giurisprudenza l'eventuale conflitto tra creditore pignoratizio e altri creditori si risolverebbe in base all'art. 2914⁴⁸ c.c. e non in forza dell'art. 2787 c.c. che disciplina la prelazione del creditore pignoratizio⁴⁹.

⁴⁶ M. FRAGALI, *Del Mutuo*, p. 236, n Comm. Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1966.

⁴⁷ P. MARANO, *Pegno bancario e fallimento*, in Banca bor. tit. cred., fasc. 1, 2000, pp. 117 e ss., pp. 150.

⁴⁸ L'art. 2914 c.c. regola le alienazioni anteriori al pignoramento. In forza di questa norma le alienazioni di beni mobili di cui non sia stato trasmesso il possesso anteriormente al pignoramento, salvo che risultino da atto avente data certa, non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento.

⁴⁹ Così, ad esempio, Cass. civ. sez. III, 10 febbraio 2015, n.2479, secondo la quale “la natura giuridica del pegno irregolare comporta che le somme di danaro o i titoli depositati presso il creditore diventano - diversamente che nell'ipotesi di pegno regolare - di proprietà del creditore stesso, che ha diritto a soddisfarsi,

Sempre in tema di concorso tra più creditori, la struttura del pegno irregolare consente al creditore privilegiato di beneficiare di importanti esenzioni in caso di fallimento del debitore.

Di norma, ai sensi dell'art. 53 l.fall., i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio possono essere realizzati anche durante il fallimento dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione e dopo che il giudice delegato, dietro istanza del creditore privilegiato, concede l'autorizzazione alla vendita, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, mediante un decreto con il quale stabilisce con decreto il tempo della vendita e le modalità.

Nel caso di pegno irregolare, invece, il creditore non è tenuto ad insinuarsi al passivo fallimentare ai sensi dell'art.53 l.fall. per il soddisfacimento del proprio credito e l'incameramento in via definitiva del denaro o delle altre cose fungibili ricevuti in garanzia (salvo l'obbligo di restituire l'eccedenza, ex art. 1851 c.c.)⁵⁰.

In un primo momento l'esenzione dall'obbligo di insinuazione al passivo da parte del creditore pignoratizio è stata oggetto di una fervida discussione, poi sopita per effetto dell'intervento chiarificatore reso a sezioni unite dalla Corte di Cassazione.

pertanto, non secondo il meccanismo di cui agli art. 2796-2798 c.c. (che postula l'altruità delle cose ricevute in pegno), bensì direttamente sulla cosa, al di fuori del concorso con gli altri creditori; esistendo unicità (ovvero accessorietà) di rapporti tra pegno irregolare e credito a garanzia del quale esso è stato costituito, l'estinzione del credito stesso è effetto di un'operazione meramente contabile, che resta fuori, pertanto, dall'ambito di operatività dell'istituto della compensazione”.

⁵⁰ Cfr Cass. civ. sez. I, 21 novembre 2014, n.24865. Nello stesso senso anche Cass. civ. , sez. I , 12 settembre 2011 , n. 18597 secondo la quale “qualora il cliente della banca, a garanzia del proprio adempimento, vincoli un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati, anche al portatore, e non conferisca alla banca il potere di disporre del relativo diritto, si esula dall'ipotesi del pegno irregolare e si rientra nella disciplina del pegno regolare (art. 1997 e 2787 c.c.), in base alla quale la banca non acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, con l'obbligo di riversare il relativo ammontare, ma è tenuta a restituire il titolo e il documento. In tale ipotesi, il creditore assistito da pegno regolare è tenuto a insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 l. fall., per il soddisfacimento del proprio credito, dovendosi escludere la compensazione, che opera invece nel pegno irregolare come modalità tipica di esercizio della prelazione. Pertanto, nell'ipotesi di soddisfacimento della banca mediante incameramento della somma portata dal libretto offerto in pegno regolare, sussistono i presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare ex art. 67 l. fall.”

In questa occasione i giudici di legittimità hanno infatti precisato che il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non soltanto non è tenuto ma, addirittura, non può insinuarsi nel passivo fallimentare ai sensi dell'art. 53 l. fall., per il soddisfacimento del proprio credito, mancando del tutto un interesse giuridico in questo senso⁵¹.

La natura giuridica del pegno irregolare comporta che le somme di danaro o i titoli depositati presso il creditore diventano - diversamente che nell'ipotesi di pegno regolare - di proprietà del creditore stesso, che ha diritto di soddisfarsi, pertanto, non secondo il meccanismo di cui agli art. 2796 - 2798 c.c. (che postula l'altruità delle cose ricevute in pegno), bensì direttamente sulla cosa, al di fuori del concorso con gli altri creditori, per effetto di un'operazione contabile, parimenti estranea all'ambito di operatività della compensazione⁵².

Tanto è significativa la sottrazione dalle regole che presiedono le procedure concorsuali, che non è mancato chi addirittura ha individuato la *ratio* dell'istituto proprio nella volontà di agevolare una determinata categoria di soggetti (principalmente gli istituti bancari).

Il beneficio in discorso non è infatti di poco rilievo se si tiene conto di come la procedura fallimentare, paralizzando le azioni esecutive individuali, rallenti notevolmente le tempistiche per il recupero del credito, nel superiore interesse di garantire un trattamento egualitario tra tutti i creditori, nel rispetto di eventuali titoli di prelazione, finendo però col defatigare i finanziatori dal concedere credito.

Specularmente, l'incameramento del pegno irregolare non è neppure soggetto al rischio di un'azione revocatoria in quanto la proprietà pone inevitabilmente le pretese creditorie al di fuori del concorso. D'altronde, diversamente non avrebbe potuto essere, dal momento che

⁵¹ Cass.civ., ss. uu., 14 maggio 2001, n. 202

⁵² Cass. civ. , sez. I , 1 febbraio 2008 , n. 2456.

se l'esenzione dagli oneri di cui all'art. 53 l. fall. si poggia sul fatto che il creditore è già proprietario dei beni nel momento in cui la garanzia viene concessa, allo stesso modo l'incameramento del bene prima del fallimento non può essere considerato come un atto di disposizione patrimoniale con il quale il debitore ha arrecato pregiudizio alle ragioni degli altri creditori.

Come puntualmente illustrato dalla Corte di Cassazione, "in tema di revocatoria fallimentare di rimesse in conto corrente bancario, ove il titolo giuridico della rimessa (il quale è determinante per la individuazione degli effetti e della disciplina applicabile, non avendo l'inclusione nel conto carattere novativo) sia rappresentato dal realizzo di un pegno irregolare, costituito a garanzia dell'obbligazione restitutoria derivante da un finanziamento concesso dalla banca, non si configura un'ipotesi di pagamento (come tale revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.), bensì un'ipotesi di compensazione (consentita ai sensi dell'art. 56 l. fall.), perché nel pegno irregolare il creditore garantito acquista non la mera disponibilità, bensì la proprietà delle cose fungibili che ne sono oggetto ed assume l'obbligo di restituire, alla scadenza dell'obbligazione principale, una somma equivalente al valore delle cose costituite in pegno, se il debitore adempie l'obbligazione principale, ovvero una somma pari all'eventuale eccedenza del loro valore rispetto a quello della prestazione dovuta, se tale obbligazione rimane inadempita; sicché l'inadempimento del debitore determina la coesistenza di debiti reciproci tra il debitore stesso e il creditore garantito, che vengono ad estinguersi "per le quantità corrispondenti" (art. 1241 c.c.) secondo i principi, appunto, della compensazione, la cui applicazione non può trovare ostacolo nella circostanza che le due obbligazioni reciproche siano riconducibili ad un medesimo titolo o a

titoli collegati, poiché esse non si pongono in una relazione di corrispettività”⁵³.

5. Le declinazioni atipiche del pegno.

Con il termine pegno oggi si fa riferimento ad un panorama composito, parzialmente disomogeneo, in cui non è più possibile parlare di pegno, ma occorre parlare di pegni.

Il sistema di garanzia delineato dal codice civile è infatti attualmente arricchito da una molteplicità di figure extracodicistiche, previste da norme di parte speciale o da prassi ancora non recepite in legge (ma regolate da una disciplina dettata dalla giurisprudenza) dotate di proprie peculiarità, ma accomunate da una medesima *ratio* ispiratrice.

L’esigenza cui tutte assolvono, infatti, è quella di insinuare strumenti più flessibili e capaci di rispondere alle esigenze dell’economia moderna, favorendo la concessione del credito, senza la quale, per evidenti ragioni, l’economia subirebbe una grave battuta d’arresto.

La proliferazione dei molteplici interventi normativi e le distonie rispetto ai modelli codicistici sono state però tanto significative negli ultimi anni da indurre gli operatori del diritto – comprensibilmente - a domandarsi se effettivamente il principio dell’uguaglianza dei creditori⁵⁴ possa ritenersi tutt’ora immanente all’ordinamento o se le ormai numerose deroghe ne abbiano svilito la portata, degradandolo a “regola traforata di eccezioni”⁵⁵.

Come autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare, “la dottrina da tempo si è accorta che più che un principio volto a realizzare un ideale

⁵³ Cfr Cass. civ. sez. I, 5 novembre 2004, n.21237.

⁵⁴ Come d’altronde è stato messo in discussione la portata tassativa del divieto del patto commissorio.

⁵⁵ G. TUCCI, *I privilegi*, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, p. 599, Torino, 1997.

di giustizia, la *par condicio creditorum* è uno strumento che in base a criteri razionali si rivela efficace per risolvere i problemi di concorso delle azioni esecutive di una pluralità di creditori, tenuto sempre conto del fatto che il legislatore può accantonare questo principio laddove ravvisi la esistenza di altri e diversi concreti interessi che reputa meritevoli di tutela”.

Ad ogni modo, nonostante i numerosi interventi abbiano reso palese la volontà del legislatore di avvicinarsi alle esigenze del creditore e di rassicurarlo nella concessione del credito al precipuo fine di indurlo a concedere finanziamenti, è pur vero che il sistema così da ultimo disegnato non manca di assicurare delle forme di protezione del debitore (seppur più labile di quelle tradizionali) volte ad evitare che le agevolazioni previste per il creditore rappresentino un viatico per quest'ultimo per ottenere più del dovuto⁵⁶ o per evitare che sacrificino eccessivamente la posizione del debitore (si pensi, ad esempio, ad una vendita del bene gravato gestita dal creditore in cui il prezzo di alienazione è di molto inferiore al valore, ma sufficiente per coprire il credito e soddisfare il creditore).

Così, nel difficile tentativo di far fronte a detta esigenza senza però abdicare ai principi che hanno ispirato la logica della *par condicio creditorum* e del divieto del patto commissorio, il legislatore ha introdotto diverse normative non del tutto omogenee e tanto distoniche rispetto ai modelli codicistici da portare a dubitare della piena tenuta dei principi rispetto ai quali si pongono in termini di eccezione.

Ciò, anche perché le riforme legislative in discorso si innestano su un tessuto normativo da anni già lacerato dalle varie figure atipiche di garanzia, talché è possibile ritenere che le numerose recenti riforme, più

⁵⁶ Si pensi, a tal proposito, alla cautela marciana, che, come meglio di seguito verrà espresso, è stata inserita dal legislatore in tutte le nuove forme di garanzia reale atipica, al fine di contemperare l'autotutela esecutiva e la possibilità per il creditore di imputare quanto dedotto dalla vendita della *res* gravata a soddisfacimento della pretesa creditizia.

che mere deroghe giustificate da un'episodica esigenza, costituiscano il simbolo di una precisa inversione di tendenza del sistema che si è spostato dalla tutela del singolo debitore (quale parte debole del rapporto) alla tutela del creditore⁵⁷ (non più individuato come parte necessariamente forte, stante le frequenti difficoltà esso incontra nella riscossione soddisfacente del credito).

L'esigenza di rendere la concessione del credito meno foriera di alea e di incentivare il finanziatore con la prospettiva di una tutela più rapida ed efficace è divenuta quindi una priorità capace di imporsi anche su profili che tradizionalmente erano sempre rimasti intaccati e, persino, sul monopolio statale della procedura esecutiva.

La nuova stagione riformistica, infatti, ha portato addirittura alla positivizzazione dell'autotutela esecutiva, inserita nella disciplina del pegno senza spossessamento, del prestito vitalizio ipotecario, del credito immobiliare al consumatore e del finanziamento all'impresa garantito dalla vendita di un bene immobile sospensivamente condizionata all'inadempimento, di cui al nuovo art. 48 bis TUB.

Con l'autotutela esecutiva il creditore, secondo modalità che variano per ciascun istituto⁵⁸, ha la possibilità di provvedere egli stesso alla liquidazione del bene gravato, senza ricorrere al giudice dell'esecuzione e senza quindi attivare la procedura esecutiva⁵⁹.

Questo meccanismo, secondo modalità differenti, trova ad avviso dei più un addentellato normativo nel pegno irregolare che, come già

⁵⁷ Come già illustrato, la nuova prospettiva creditizia intende tutelare l'economia generale che risentirebbe in modo soffocante di una stasi nei finanziamenti

⁵⁸ Trattasi infatti di discipline non del tutto omogenee. La disomogeneità è per lo più giustificata dalla diversa condizione del debitore che in alcune fattispecie è un imprenditore e in altre è un consumatore, con conseguenti ripercussioni non soltanto sul grado di tutela attuato dal legislatore, ma anche sulla natura del bene gravato e, quindi, sulle modalità di vendita dello stesso.

⁵⁹ È evidente che se da un lato questo comporta un risparmio di tempo per il creditore, dall'altro vengono meno quelle garanzie che soltanto la procedura esecutiva assicura al creditore.

analizzato, consente l'autosoddisfazione del creditore al di fuori dall'intervento del giudice dell'esecuzione.

In poche parole, si assiste oggi ad una stagione riformista che si mostra sensibile alle istanze provenienti dalla prassi, forte anche del contributo all'evoluzione dei diritti reali di garanzia mobiliari apportato dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli anni Novanta che hanno portato a figure atipiche quali il pegno rotativo, il pegno *omnibus*, il pegno di cosa futura ed il pegno di azienda.

5.1. Il pegno rotativo.

Quanto al pegno rotativo (o pegno rotatorio), si tratta di una figura nata nel mondo bancario e sviluppatasi esclusivamente in questo contesto, la cui peculiarità consta nel c.d. patto di "rotatività" in forza del quale le parti concordano di attribuire all'Istituto di credito la possibilità di mutare la *res* vincolata, sostituendola di volta in volta con i titoli di credito, le obbligazioni o gli strumenti finanziari di cui il cliente debitore diviene titolare durante il rapporto di credito, a fronte dell'identità della prestazione garantita che resta sempre la medesima.

Si tratta, sostanzialmente, di un ordinario pegno caratterizzato dal "patto di rotatività", con il quale le parti convengono la variabilità dell'oggetto del pegno secondo modalità concordate *ab initio* e con continuità della garanzia, nonostante il variare dei beni che ne costituiscono l'oggetto, la cui sostituzione non fa venire meno quindi l'identità del rapporto giuridico⁶⁰. Sovente la clausola rotatoria ha il seguente tenore: "i titoli

⁶⁰ Cfr Cassazione civile sez. I, 22 dicembre 2015 "il contratto è sorto nella prassi bancaria, allo scopo di risolvere un problema postosi in tema di pegno di titoli di credito, la cui scadenza è spesso più ravvicinata della prevedibile durata del rapporto di garanzia. In molte delle vicende venute all'attenzione dei giudici, in particolare, il problema della certezza della data si presentava ai fini dell'esperibilità dell'azione

che, con il consenso della banca, fossero depositati in sostituzione di quelli inizialmente depositati e/o a reintegrazione della garanzia, sono assoggettati all'originario vincolo di pegno⁶¹”.

La forza innovatrice del pegno rotativo risiede nel fatto che a fronte della variazione del bene gravato non si ha la costituzione di una nuova garanzia, poiché la sostituzione della *res* avviene con beni della stessa portata e, quindi, lascia immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio, non determinando alcun pregiudizio per gli altri creditori⁶².

Affinché la rotazione della garanzia operi senza la necessità di rinnovare ogni volta le formalità di costituzione, è necessaria la presenza dei due requisiti della (i) sufficiente determinazione del bene oggetto della garanzia nel patto di rotatività, che deve risultare da atto scritto opponibile ai terzi, e della (ii) equivalenza del nuovo bene al precedente sotto il profilo del valore⁶³.

Specifica la Corte di Cassazione che la clausola rotativa è legittima soltanto se *a*) i beni offerti in sostituzione sono stati effettivamente consegnati al creditore (o al terzo designato), se *b*) la loro consegna risulta da atto scritto avente data certa, in cui i nuovi beni siano stati sufficientemente determinati, se *c*) il valore dei beni sostitutivi non è superiore a quello dei beni originariamente costituiti in pegno e se *d*) la clausola di rotatività prevede la predeterminazione del limite di valore,

revocatoria e la genesi del diritto reale di garanzia si faceva, così, risalire al momento della stipulazione originaria.

Il riconoscimento della validità del patto si fonda anche sulla considerazione che i terzi non vengono pregiudicati, in quanto i titoli nuovi rappresentino il reinvestimento di quelli scaduti e dunque siano di valore uguale o inferiore.

In tal modo, il c.d. patto di rotatività, in virtù del quale si prevede, fin dall'origine, la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico, è idoneo a salvaguardare la continuità del rapporto, facendosi risalire alla consegna dei beni originariamente costituiti in garanzia gli effetti della loro surrogazione”.

⁶² Così Cass. civ., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264.

⁶³ Così testualmente definiva il pegno rotativo il Tribunale di Genova nel 1997.

nonché l'indicazione dei tempi e delle modalità con le quali la sostituzione dei beni deve essere effettuata⁶⁴.

La fattispecie, che si compone di un ordinario contratto di pegno e di una clausola accessoria, da taluni considerata a formazione progressiva⁶⁵, è stata foriera di molte discussioni⁶⁶ in ordine alla sua legittimità⁶⁷.

Il pegno rotativo, infatti, è dotato di una peculiare forza espansiva laddove consente di costituire una garanzia su una *res* diversa da quella oggetto dell'accordo iniziale⁶⁸ senza che il debitore presti volta per volta il consenso al vincolo dei beni che entrano successivamente nella disponibilità della banca.

Si tratta dunque di una garanzia che ha natura reale soltanto nel momento genetico del contratto in cui si attua la *traditio* del titolo di credito e che diviene di natura obbligatoria nella successiva fase in cui i beni di nuova disponibilità vengono surrogati a quello inizialmente consegnato.

⁶⁴ In questo senso, tra le tante, Cass. Civ. 28 maggio 1998, n. 5264.

⁶⁵ Sempre Cassazione civile sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, "la consegna del bene sostitutivo, con il conseguente effetto traslativo del diritto reale su di esso, si configura come elemento di una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dall'accordo stipulato con il patto di rotatività, nella quale la volontà delle parti è perfetta già al momento dell'accordo (se sussiste certezza della data e sono determinati il credito da garantire e la cosa da offrire in garanzia) e l'eventuale sostituzione dei beni oggetto della garanzia si pone come un elemento meramente materiale".

⁶⁶ In senso favorevole alla sua ammissibilità si era espressa Cass. Civ. sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685. "È legittimo il c.d. "pegno rotativo", che si realizza quando nella convenzione costitutiva della garanzia - avente efficacia obbligatoria - le parti prevedano la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia, con la conseguenza che la sostituzione posta in essere non determina effetti novativi sul rapporto iniziale a condizione che le sostituzioni risultino da atti scritti aventi data certa, che avvenga la consegna del bene e che questo bene offerto in sostituzione abbia un valore non superiore a quello sostituito".

⁶⁷ Per la prima volta la giurisprudenza ne ha riconosciuto la validità con la sentenza Cass. Civ. 28 maggio 1998, n. 5264 la quale ha ammesso la legittimità della clausola rotativa "a condizione che la sostituzione avvenga entro i limiti di valore dei beni originariamente consegnati".

⁶⁸ Questo meccanismo inizialmente era ritenuto costitutivo di una nuova garanzia dalla giurisprudenza. In tal senso, ad esempio, Cass. 9 agosto 1983, n. 5334, in Dir. fall., 1983, secondo la quale la sostituzione del bene determinava la costituzione di un nuovo pegno e non la prosecuzione dell'originario rapporto di garanzia.

Detto contratto è stato avallato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha sancito il principio di diritto secondo il quale “come affermato, tra le ultime, nella pronuncia 2456/2008, richiamando le precedenti sentenze 4520/2004, 16914/2003, 10685/1999, il patto di rotatività del pegno si attua mediante una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito; ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione. La sostituzione pertanto costituisce soltanto il meccanismo attuativo della prevista rotatività, senza determinare alcun effetto novativo del rapporto e la certezza della data, pertanto, va riferita solo alla convenzione originaria prevedente la sostituzione e non già alla scrittura o alle scritture con le quali la stessa in concreto si attui. Va a riguardo rilevato che il carattere rotativo del pegno deve riscontrarsi alla stregua dell'originario atto costitutivo (e nel caso tale carattere è indiscusso), e non avuto riguardo ai movimenti successivi, per i quali si deve soltanto verificare che i titoli non siano di importo superiore a quello dei titoli sostituiti, e per il resto, per quanto sopra già evidenziato, per l'atto di sostituzione non occorre la data certa⁶⁹”.

Il bene sostituito deve essere oggettivamente di valore eguale a quello vincolato in origine, non soltanto per poter presumere il consenso del debitore alla rotazione, ma soprattutto per evitare che il pegno rotativo

⁶⁹ Cass. civ. 1 luglio 2015 n. 13508.

rappresenti uno strumento idoneo a depauperare, fraudolentemente o non, la garanzia dei creditori⁷⁰.

Un profilo sul quale si è discusso riguarda le modalità di determinazione del valore del bene o meglio se il pegno rotativo accolto sia un pegno sui “valori originari” ovvero un pegno sui “beni originari”.

La questione è di non poco conto. Infatti, se il limite di valore deve essere ancorato al valore che il bene aveva al sorgere del vincolo pignoratizio indubbiamente l’istituto offrirebbe al creditore pignoratizio uno strumento per garantire l’immutabilità della garanzia e tutelarsi rispetto ad eventuali deprezzamenti del bene.

Tuttavia, questa prospettazione non soltanto non è strettamente necessaria per il creditore, il quale ha sempre la facoltà di domandare un’integrazione della garanzia ove questa sia diminuita, ma soprattutto lede la posizione degli altri creditori che vedrebbero diminuire il patrimonio del datore di garanzia. Sulla base di queste considerazioni poggia la posizione ormai maggioritaria che ritiene che il valore di riferimento sia soltanto quello del bene sostituito al momento della sostituzione.

Secondo autorevole dottrina⁷¹, il patto di rotatività trasforma il pegno da garanzia su cosa a garanzia sul valore, posto che a parità di valore la sostituzione del bene non incide sulla tutela del creditore ed è neutrale rispetto agli interessi del creditore.

Questo tipo di vincolo, peraltro, va a vantaggio del debitore e non nuoce al creditore, dal momento che il primo ha la possibilità di rientrare nel possesso del bene sostituendo la *res* oggetto di garanzia, mentre il secondo, da canto suo, non ne subisce alcun pregiudizio avendo, anzi, la possibilità di preservare nel tempo il valore della garanzia originaria.

⁷⁰ Nel sistema anglosassone questo si definisce garanzia fluttuante.

⁷¹ E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 102.

Ciò posto, è senza dubbio possibile sostenere che il vantaggio maggiore sia di carattere generale e concerne la circolazione dei beni.

Si consideri che in realtà un bene gravato da garanzia di norma circola soltanto in astratto, ma non in concreto. Non vi sono, infatti, limiti legali alla trasferibilità del bene pignorato, ma il suo acquisto non può mai pregiudicare la garanzia stessa. La circolazione del bene gravato non è quindi effettiva, ma soltanto astratta poiché oggetto del trasferimento non può mai essere la piena disponibilità del bene che, conseguentemente, diviene poco attrattivo sul mercato.

La rotatività, pertanto, consente ad un bene in precedenza gravato di rientrare nel circuito degli scambi ancor prima dell'adempimento del credito garantito.

In termini di analisi economica del diritto, il pegno rotativo evita l'immobilizzazione definitiva della ricchezza, rispondendo così ad un'esigenza di circolazione della stessa.

Tuttavia, se da un lato il meccanismo rotatorio è stato apprezzato per la ragioni summenzionate, è pur vero che lo stesso ha posto e pone tutt'ora delle problematiche in termini di certezza del diritto.

Come anticipato, il pegno rotativo è un ordinario pegno in cui la *res* vincolata viene sostituita nel corso del tempo da altra *res* di pari valore. Il bene sostituito viene quindi gravato nella stessa misura e secondo le stesse modalità del bene sostituito, al quale, *in brevis*, si sostituisce in tutto e per tutto *ab origine*⁷², nel senso che l'atto con cui si provvede

⁷² Cfr Cassazione civile sez. I, 1 luglio 2015, n.13508, secondo la quale “come affermato, tra le ultime, nella pronuncia 2456/2008, richiamando le precedenti sentenze 4520/2004, 16914/2003, 10685/1999, il patto di rotatività del pegno si attua mediante una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purchè il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito; ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione. La sostituzione pertanto

alla sostituzione dell'oggetto della garanzia costituisce attuazione della prevista rotatività, sicché i relativi effetti risalgono alla consegna dei beni originariamente dati in pegno.

Ciò fattivamente comporta che il terzo che vanta aspettative o diritti acquisiti sul bene sostituito può essere pregiudicato sebbene il suo diritto sia cronologicamente sorto anteriormente rispetto al momento dell'avvenuta sostituzione, in quanto la sostituzione dispiega effetti *ex tunc* che retroagiscono al momento della costituzione della garanzia.

Ne deriva che il pegno rotativo pone un problema di tutela dei terzi⁷³.

Questa problematica è stata oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza, la quale, sin da tempi meno recenti, ha condizionato la validità del pegno rotativo al rispetto di alcune formalità necessarie a preservare la posizione dei terzi.

In particolare, la Corte di Cassazione si è univocamente orientata nel senso di imporre che il patto di rotatività venga formalizzato per iscritto, mediante apposito accordo avente data certa⁷⁴ e che la rotatività lasci invariato il valore economico dei titoli corrispondente alla capienza della garanzia prestata⁷⁵.

Il patto deve stabilire fin dall'origine tempi ed i modi di sostituzione della garanzia in modo tale da evitare frodi nei confronti dei terzi.

costituisce soltanto il meccanismo attuativo della prevista rotatività, senza determinare alcun effetto novativo del rapporto e la certezza della data, pertanto, va riferita solo alla convenzione originaria prevedente la sostituzione e non già alla scrittura o alle scritture con le quali la stessa in concreto si attui”.

⁷³ Questa problematica nel sistema anglosassone, ove si parla di garanzia fluttuante, è risolta mediante un sistema di pubblicità garantito da un registro pubblico.

⁷⁴ Cfr Cassazione civile sez. I, 27/09/1999, n.10685 “è legittimo il c.d. "pegno rotativo", che si realizza quando nella convenzione costitutiva della garanzia - avente efficacia obbligatoria - le parti prevedano la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia, con la conseguenza che la sostituzione posta in essere non determina effetti novativi sul rapporto iniziale a condizione che le sostituzioni risultino da atti scritti aventi data certa, che avvenga la consegna del bene e che questo bene offerto in sostituzione abbia un valore non superiore a quello sostituito”. Ancora, cfr Cassazione civile sez. I, 28/05/1998, n.5264 secondo la quale “La sostituzione dei beni, in caso di pegno rotativo, non ha effetti novativi del rapporto iniziale, se la sostituzione dei beni è originariamente prevista dai contraenti, sempre che risulti da atto scritto avente data certa e i beni offerti in sostituzione abbiano lo stesso valore dei beni sostituiti”.

⁷⁵ Cassazione civile, sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796.

Mentre la necessità della forma scritta di data certa assolve alla funzione di tutelare i terzi, il presupposto della necessaria equivalenza di valore tra bene sostituito e bene sostituto risiede nell'esigenza di rendere operativa la presunzione di consenso del debitore alla rotazione, ma soprattutto nell'esigenza di evitare che il pegno rotativo rappresenti uno strumento idoneo a depauperare fraudolentemente il creditore stesso.

La giurisprudenza, pertanto, si è mossa nel senso di creare una sorta di disciplina del pegno rotativo, nel tentativo di bilanciare da un lato le esigenze concrete provenienti dalla pratica e, dall'altro, di ovviare ai problemi applicativi, riconoscendo la legittimità del pegno rotativo sull'assunto che l'interesse del creditore non è quello al bene nella sua specificità bensì al suo valore economico.

La complessità del meccanismo che lo sottende ha giustificato la sua qualificazione di fattispecie a formazione progressiva “che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito”⁷⁶.

Taluni hanno accostato il pegno rotativo al pegno di cosa futura, sulla base del fatto che anche in questa ipotesi la *res* vincolata non riguarda (soltanto) un bene presente ma (anche) un bene futuro. Tuttavia questa semplice – parziale – coincidenza non è affatto sufficiente a ritenere pienamente possibile accostare le due fattispecie.

⁷⁶ Così definisce il contratto di pegno rotativo Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 2008, n. 2456, la quale prosegue specificando che dal meccanismo di funzionamento del pegno rotativo consegue che, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione.

A ben vedere, a differenza di quanto avviene nel pegno di cosa futura (che più avanti verrà brevemente tracciato nei suoi caratteri essenziali), il pegno rotativo vincola la *res* con effetti retrodatati al momento della costituzione della garanzia iniziale, al contrario di quanto avviene nel pegno di cosa futura, in cui la garanzia è giuridicamente esistente soltanto nel momento in cui il bene viene ad esistenza, senza alcun effetto *ex tunc*.

La circostanza che gli effetti retroagiscano è stata inizialmente posta in discussione da una parte della giurisprudenza che riteneva che la sostituzione dispiegasse effetti novativi sul rapporto⁷⁷.

Tuttavia, i dubbi sono stati superati da un secondo orientamento, oggi definitivamente accolto, il quale ha valorizzato l'interesse sotteso al patto di rotatività e la funzione cui esso assolve, sottolineando come la retrodazione non possa nuocere agli altri creditori, atteso che il loro interesse non è diretto all'appropriazione del bene nella sua identità, ma alla realizzazione dell'utilità reale, del valore economico rappresentato dalla cosa, nella quale si identifica il concetto di garanzia reale⁷⁸. Per l'effetto, il terzo creditore ha interesse a che tramite la clausola rotativa non venga ampliata la garanzia del creditore pignoratizio, perché in

⁷⁷ Cfr Corte di Appello di Roma, sentenza del 30.10.1995, per la quale “non si tratta di mettere in questione la validità ed efficacia del c. pegno rotativo, ma si tratta semplicemente di armonizzare l'autonomia negoziale delle parti con il precetto normativo che ha inteso la realtà del pegno come formalità inderogabile. Il che comporta che le parti siano libere di strutturare il funzionamento della garanzia con oggetto il pegno variabile secondo le modalità concertate ab initio, ma non possono far coincidere il perfezionamento del contratto di pegno con la primitiva regolamentazione per tutti i beni che via via saranno individuati come oggetto del pegno”. “Il pegno è un contratto reale che si perfeziona non con il semplice consenso delle parti, bensì con la materiale consegna del bene che ne è oggetto al creditore (art. 2786 c.c.)”. “Pertanto nel caso di pegno su titoli è con il deposito dei titoli oggetto della garanzia...che si perfeziona la costituzione della prelazione sicché, ove la volontà delle parti sia diretta a sostituire un titolo con un altro durante il corso del rapporto, la clausola è assolutamente valida ed efficace fra le parti (efficacia obbligatoria o inter partes), ma tale clausola non vale a far retroagire la costituzione del pegno al primo negozio stipulato tra le parti ossia la nascita di ciascun pegno dovrà essere ricondotta alla nuova e diversa volontà contrattuale manifestata al momento della sostituzione dei titoli (in quanto solo a questa sarà ricollegabile la “consegna” del bene)...”.

⁷⁸ In tal senso, Cass. Civ.28 maggio 1998, n. 5264.

questo caso egli vedrebbe ridotto la misura del patrimonio del debitore passibile di esecuzione. Ecco perché, allora, l'efficacia non novativa della sostituzione del bene, che è subordinata al rispetto di tutte le formalità del caso, non nuoce agli altri creditori: la sostituzione della *res*, lasciando invariato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore, non si ripercuote negativamente sulla loro posizione⁷⁹. Costoro, d'altronde, a prescindere dalla sostituzione del bene oppignorato, non avrebbero comunque potuto ottenere un patrimonio maggiore in assenza di sostituzione della *res*.

La surrogabilità del bene con effetti *ex tunc* sembrerebbe peraltro avere un proprio addentellato normativo nell'art. 2742⁸⁰ c.c., rubricato “sostituzione dell'indennità alla cosa”, laddove consente di sostituire al bene l'eventuale indennità corrisposta dall'assicurazione per la sua perdita o per il suo deterioramento, così offrendo un'impronta digitale della *ratio* dell'istituto, che poggia sulla conservazione del valore della garanzia e non sulla conservazione del bene nella sua specificità.

Va infatti considerato che perché il creditore pignoratorio possa soddisfarsi con preferenza rispetto agli altri creditori è necessario che il vincolo, che deve risultare da data certa, sia antecedente rispetto a quello eventualmente costituito sullo stesso bene da altri creditori⁸¹. Nondimeno, la retrodatazione degli effetti ha delle ripercussioni di notevole rilevanza nel caso di fallimento del debitore.

Il carattere surrogatorio reale, connaturato al meccanismo rotativo, fa sì che non si verifichi alcun effetto novativo e che quindi, ad ogni effetto, la garanzia debba complessivamente essere collocata temporalmente al

⁷⁹ Di questo avviso anche Cass. civ. 27 settembre 1999, n. 10685.

⁸⁰ La norma prevede testualmente che “se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento...*omissis*...”.

⁸¹ Sul punto, G. STELLA, *Il “pegno non possessorio” alla luce delle disposizioni del Decreto Legge n. 59/2016*, p. 6.

primo momento in cui è stato concluso il contratto e siglata la clausola rotativa.

In questo modo, il creditore pignoratorio potrà opporre il pegno al fallimento e quindi a tutti gli altri creditori ma, soprattutto, escluderà (salvo ipotesi particolari di sostituzioni *ultra* valore) che la surrogazione del bene ricada nel periodo sospetto per l'azione revocatoria.

5.2. Il pegno omnibus.

Così come il pegno rotativo, anche il pegno *omnibus* nasce dalla realtà bancaria⁸² ma a differenza del primo in questa fattispecie la *res* non muta, ma ciò che muta è il rapporto garantito.

Questa *species* di pegno è caratterizzata dal fatto che le parti convengono di istituire un vincolo su uno o più beni mobili a garanzia di tutti i crediti presenti e futuri che l'Istituto di credito maturerà nei confronti del cliente debitore.

Il pegno *omnibus* viene descritto come una forma di esasperazione del diritto di ritenzione, ossia di quel diritto riconosciuto al creditore pignoratorio dall'art. 2794, comma 2, c.c., in base al quale “se il pegno è stato costituito dal debitore e questi ha verso lo stesso creditore un altro debito sorto dopo la costituzione del pegno e scaduto prima che sia pagato il debito anteriore, il creditore ha soltanto il diritto di ritenzione a garanzia del nuovo credito”.

⁸²Si veda l'art. 10, Circolare ABI del 26 giugno 2000, il quale prevede che “la banca è investita di diritto di pegno e di diritto di ritenzione sui titoli o valori di pertinenza del cliente comunque detenuti dalla banca stessa o che pervengano ad essa successivamente, a garanzia di qualunque suo credito - anche se non liquido ed esigibile ed anche se assistito da altra garanzia reale o personale - già in essere o che dovesse sorgere verso il cliente”.

Anche detta fattispecie, che molto si distanzia dall'archetipo codicistico, è stata oggetto di una nutrita discussione poiché la sua ammissibilità è stata inizialmente contestata.

Una parte della giurisprudenza, ormai recessiva, in un primo momento, aveva contestato la validità di detto istituto, in quanto in siffatta obbligazione la garanzia viene prestata per crediti indeterminati e futuri, piuttosto che presenti e determinati come la norma vorrebbe⁸³

Tuttavia, una diversa giurisprudenza (oggi ormai ampiamente maggioritaria ed – anzi – compatta) ha ritenuto assolutamente valida detta fattispecie di pegno, riconducendone la struttura ad una fattispecie a formazione progressiva in cui volta per volta contestualmente alla nascita del nuovo credito garantito nascono contratti di pegno, sulla base di una dichiarazione di volontà delle parti tacita ma programmata nel momento iniziale del rapporto.

In particolare, secondo questo orientamento, il principio di accessorietà desumibile dall'art. 2784 c.c. comporta la nullità per difetto di causa dell'atto costitutivo della prelazione stipulato in relazione ad un credito non ancora esistente, ma non esclude, in applicazione analogica dell'art. 2852 c.c., l'ammissibilità della costituzione della garanzia a favore di crediti condizionali o che possano eventualmente sorgere in dipendenza di un rapporto già esistente⁸⁴.

Ciò che è imprescindibile, al contrario, è che il credito garantito sia determinato o determinabile, di talché si rende necessaria

83 Ad esempio, cfr Corte d'Appello di Torino, 11 dicembre 1987, secondo la quale "l'art. 2787, comma 3 c.c. sancisce in maniera inderogabile che l'atto costitutivo del pegno contenga una sufficiente indicazione del credito garantito; tale indicazione non è soddisfatta da un semplice riferimento ai soggetti del rapporto obbligatorio, nè da un richiamo al saldo di conto corrente bancario; ne consegue la inefficacia della prelazione prevista a favore della banca dal cosiddetto "*pegno omnibus*".

⁸⁴ Ad esempio, escludeva la validità del pegno *omnibus* Tribunale di Torino, 8 marzo 1995, a mente del quale "la clausola contrattuale che estende la garanzia pignorizia a tutti i crediti, anche se futuri ed eventuali, intercorrenti tra istituto bancario e cliente (cosiddetta clausola "*omnibus*") a causa dell'indeterminatezza ed indeterminabilità del credito garantito è affetta da nullità, che, vista l'essenzialità della clausola in questione, si estende all'intero contratto".

l'individuazione non solo dei soggetti del rapporto, ma anche della sua fonte⁸⁵.

Per un orientamento più elastico ed oggi maggioritario il credito è sufficientemente indicato se, nella scrittura costitutiva del pegno, sono contenuti elementi idonei a consentirne l'identificazione, senza che sia necessario specificarne tutti gli elementi oggettivi.

5.3. Il pegno di cosa futura.

A differenza delle prime due fattispecie, il pegno di cosa futura non nasce nella prassi bancaria e fonda la propria legittimità sul pegno di crediti, previsto nel codice civile⁸⁶.

Anche nel pegno di cosa futura (derivante dal *pignus nominis* romanistico), in cui il debitore fornisce al creditore come garanzia un bene non ancora esistente, il rapporto si caratterizza per l'obbligatorietà del vincolo assunto.

Si tratta di una fattispecie che ha dato luogo a diverse opinioni quanto alla sua struttura, oltre che alla sua ammissibilità.

Sotto il primo profilo, in dottrina emergono varie opzioni ermeneutiche. Taluni qualificano l'istituto come un contratto preliminare con effetti meramente obbligatori, in cui le parti semplicemente si obbligano alla successiva conclusione del definitivo una volta che la *res* sarà venuta ad esistenza. Altri, specularmente, vedono nel pegno di cosa futura un contratto definitivo che si perfeziona con la consegna della cosa. Infine,

⁸⁵ Cfr Cassazione civile sez. I, 25 marzo 2009, n.7214.

⁸⁶ In realtà il codice civile non dedica una disciplina apposita al pegno di crediti, limitandosi a prevedere all'art. 2807 c.c., rubricato "norme applicabili al pegno di crediti" che "per tutto ciò che non è regolato nella presente sezione si osservano, in quanto applicabili, le norme della sezione precedente".

vi è chi lo definisce, più semplicemente, come una fattispecie a formazione progressiva, destinata a perfezionarsi solo con la consegna della cosa⁸⁷.

Detto istituto è considerato in linea generale valido dalla dottrina e dalla giurisprudenza, purché si tratti di crediti sotto condizione o termine di efficacia ovvero di crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente all'atto della costituzione della garanzia che consenta di renderli *ex ante* determinabili⁸⁸

Quando il pegno ha ad oggetto un bene futuro, la sua efficacia si sviluppa sul solo piano obbligatorio fintanto che la *res* impegnata non viene ad esistenza in *rerum natura*⁸⁹.

La giurisprudenza maggioritaria lo definisce come una fattispecie a formazione progressiva caratterizzata da due elementi: l'accordo e la successiva venuta ad esistenza dei beni⁹⁰.

Il pegno di cosa futura infatti trae origine dall'accordo delle parti avente meri effetti obbligatori, con il quale esse concordano di assoggettare al vincolo un bene di futura genesi. Dal patto devono risultare la data certa e la sufficiente specificazione del credito garantito.

Detto accordo si perfeziona pienamente soltanto in un momento successivo alla stipula, con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. "In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella

⁸⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 667.

⁸⁸ In tema, RUBINO, *Determinatezza e determinabilità del credito garantito dalla costituzione di pegno*, in Banca Borsa, 1952, II, p. 470; LAURINI, *Sulla clausola di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminabili*, in Banca Borsa, 1967, II, p. 427; MAGAZZÙ, *L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito*, in Banca Borsa, 1956, II, p. 449;

⁸⁹ In tema L. ORSINGHER, L. SALOMONE, *Manuale del pegno e delle ipoteche*, Halley editrice, 2007.

⁹⁰ Cass. 1 agosto 1996, n. 6969, in Fall., 1997, p. 263, con nota di PANZANI.

venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore, ovvero a un terzo designato dalle parti, come espressamente prevede l'art. 2786, comma 2, c.c.”⁹¹

Posto che soltanto con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore la garanzia si perfeziona, il pegno di cosa futura si caratterizza per il fatto che vi è una scissione tra il momento in cui viene manifestata la decisione delle parti⁹² di costituire la garanzia e quello in cui la garanzia è pienamente efficace ed operativa.

Il debitore, infatti, nella prima fase non consegna alcunché ma si obbliga a vincolare un determinato bene con effetto dal momento in cui questo verrà ad esistenza.

5.4. Il pegno di bene indiviso.

Allo stesso modo, anche il c.d. pegno di bene indiviso si discosta dal modello codicistico.

Nel pegno di bene indiviso il debitore costituisce un pegno su una quota astratta di un bene del quale non è comproprietario in uno ad altri soggetti.

In tal caso, finché la comunione sulla *res* non è sciolta, la garanzia ha unicamente l'effetto di obbligare il debitore alla futura concessione del vincolo sulla quota che a seguito della divisione del bene risulterà essere di sua spettanza.

⁹¹ In questi termini definisce il contratto di pegno di cosa futura Cass. civ. , sez. I , 26 marzo 2010, n. 7257.

⁹² D'altro canto è indiscusso in giurisprudenza che "ai sensi dell'art. 2786 c.c., comma 1, e dell'art. 2787 c.c., comma 3, il pegno, nel rapporto tra le parti, non è subordinato ad alcuna formalità e si costituisce con la sola consegna della cosa, mentre l'atto scritto di data certa contenente l'identificazione del credito garantito e dei beni assoggettati alla garanzia è richiesto ai soli fini della prelazione, ossia per rendere opponibile la garanzia agli altri creditori del soggetto datore di pegno" (Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2001, n. 14869).

In entrambi i casi, vale a dire sia nel pegno di cosa futura che nel pegno di bene indiviso, la peculiarità consta nella circostanza che il bene dedotto non è ancora nella piena disponibilità del debitore e che, conseguentemente, il contratto ha effetti meramente obbligatori e non reali.

5.5 Il pegno di azienda.

La possibilità di assoggettare a garanzia del credito l'azienda non è prevista testualmente dal codice civile, né, allo stato, da alcuna normativa di parte speciale⁹³.

Per vero, l'assenza in questione non è riconducibile ad una semplice omissione, ma ad una precisa opzione normativa, suggerita dalla non celata intenzione del legislatore del '42 di escludere forme di garanzia che potessero consentire facilmente al creditore di approfittare dell'esigenza del debitore - imprenditore di ricevere finanziamento, sottraendogli lo strumento (l'azienda) tramite il quale quest'ultimo esercita l'attività di impresa, con nocimento anche per l'economia generale.

Questa intenzione è manifestata nella relazione al codice civile ed evincibile anche in alcune disposizioni normative, tra cui l'art. 2556 c.c. che, nello stabilire che i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto, non fa alcun riferimento ai negozi che costituiscono una garanzia sull'azienda, lasciando un'impronta digitale della decisione di escludere i contratti di garanzia sull'azienda.

⁹³ In tema, D. BALDUCCI, *Cessione e conferimento di azienda*, Milano, 2007, T. DI MARELLO, *Flussi di risorse e finanziamento d'impresa*, Milano, 2010, p. 333.

A ben vedere, infatti, ciò che maggiormente distingue il pegno di azienda è la circostanza che in questo caso il pegno non grava sulle singole cose identificate nella loro unicità, bensì sul loro insieme, che, proprio perché unitariamente considerato, acquisisce un valore diverso ed ulteriore rispetto a quello dato dalla sommatoria dei singoli beni.

Ciò posto, nel silenzio normativo, non è possibile immaginare la costituzione di un contratto di pegno di azienda semplificata che tenga conto dell'insieme, in quanto, come anticipato, il legislatore non ha inteso fornire indicazioni in tal senso. Ne deriva che la destinazione unitaria non rileva in sede di costituzione del pegno e che l'unico rimedio praticabile resta quello assolvere le formalità richieste dalla legge in relazione al singolo bene che compone l'azienda (con l'ovvia conseguenza che se nell'azienda sono compresi anche beni immobili la garanzia non potrà che assumere le forme dell'ipoteca).

Ad ogni modo, l'assenza di una disciplina di riferimento e la mancata previsione di una norma di esplicito divieto lascia impregiudicata la possibilità astratta di immaginare il ricorso al pegno di azienda. Per vero, il codice offre un appiglio normativo al pegno di azienda laddove, definendo genericamente il concetto di pegno, include tra i beni pignorabili anche le universalità di mobili⁹⁴.

Questo elemento è di non poco conto dal momento che l'azienda tradizionalmente costituisce un'universalità di mobili per eccellenza. L'azienda, infatti, è un complesso di beni materiali e non, organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, la quale assume un valore nel suo complesso, come un *unicum*, proprio perché nel suo insieme è capace di consentire l'attività di impresa.

Ferme restando queste considerazioni, il maggior limite al ricorso al pegno di azienda risiede in realtà nel presupposto dello spossessamento.

⁹⁴ In questo senso si esprime Cass. civ. 28 novembre 1961, n. 2748.

La concessione del cespite produttivo in pegno, infatti, preclude al debitore-imprenditore la possibilità di farne uso, esponendolo ad un concreto rischio di deprezzamento dell'azienda e di perdita di produttività della stessa, addossando contestualmente l'onere di gestione e di custodia in capo al creditore che non necessariamente è un soggetto pratico delle logiche imprenditoriali del settore di riferimento (è noto infatti che più solitamente il creditore è un finanziatore professionale). Peraltro, non di rado la gestione dell'azienda presuppone un'attività di circolazione dinamica dei beni che la comprendono. Si pensi al caso in cui comprenda cose che devono essere consumate o scambiate. In questo caso la posizione del creditore, sul quale residua sempre una responsabilità di custodia e di tutela del valore aziendale⁹⁵, diviene incoerente con la sua posizione di soggetto che dalla garanzia dovrebbe desumere una maggior tutela, e non dei maggiori oneri e rischi.

Tuttavia, proprio partendo dalla speciale natura del bene gravato, una parte della dottrina ha ritenuto non necessario il requisito dello spossessamento, ritenendo sufficiente l'acquisizione di un potere di fatto sull'azienda⁹⁶.

Su queste premesse, come prontamente evidenziato da autorevole dottrina, “nemmeno il creditore potrebbe avere interesse a vedersi investito della responsabilità di svolgere un'attività imprenditoriale nell'interesse personale, nonché del proprio debitore, con tutte le implicazioni derivanti dall'applicazione della disciplina dell'usufrutto in relazione agli obblighi di amministrazione e conservazione dell'efficienza aziendale”⁹⁷.

⁹⁵ Il creditore deve preservare l'efficienza dell'organizzazione, l'avviamento e la destinazione aziendale.

⁹⁶ Di questo avviso, D. RUBINO, F. REALMONTE, P. ZANELLI, G. GORLA.

⁹⁷ Così testualmente commenta G. STELLA, *Il “pegno non possessorio” alla luce delle disposizioni del Decreto Legge n. 59/2016*, p. 6.

Ciò inevitabilmente porta ad una situazione paradossale in cui la concessione della garanzia provoca la perdita di valore della stessa.

Per queste motivazioni la figura del pegno di azienda non ha avuto fortuna nel nostro ordinamento, ma probabilmente, come auspicato da buona parte della dottrina, l'introduzione del pegno senza spossessamento da parte della Legge n. 119/2016 potrebbe portare ad un ripensamento normativo anche di questo istituto o, più probabilmente, incentivarne il ricorso da parte dei privati, incoraggiati dalla possibilità di evitare gli effetti nocivi e collaterali discendenti dallo spossessamento.

Dal quadro così brevemente delineato si evince come la prassi economica abbia ad oggi svilito il dogma della realtà delle garanzie mobiliari attagliandole alle sue esigenze di maggiore flessibilità ed elasticità, sino al riconoscimento di numerose fattispecie a carattere obbligatorio e consensualistico, elaborate mediante un'interpretazione fortemente estensiva degli schemi tipizzati dal codice e soltanto in apparenza rispettose del menzionato *numerus clausus*, poiché nella sostanza molto innovative.

CAPITOLO II

IL PEGNO SENZA SPOSSESSAMENTO

SOMMARIO: 1. Il progressivo abbandono dello spossessamento. -
2. Il nuovo pegno senza spossessamento. - 3. Struttura del pegno non
possessorio. - 3.1. La costituzione della garanzia e la funzione
dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori. - 3.2. Requisiti
soggettivi del pegno non possessorio. - 3.2.1. Il terzo datore di pegno.
3.2.2. La qualifica del creditore. 3.3. Requisiti oggettivi e natura del
bene oggetto di pegno: profili critici e spunti per un intervento
correttivo. - 4. Valore del bene oggetto del pegno e sostituzione. - 5. La
“debole” posizione dei terzi nel pegno non possessorio. - 6. Il *vulnus*
alla tutela del creditore pignoratizio: comma 5, art. 1, Legge 119/2016. -

7. Pegno non possessorio e pegno codicistico: fattispecie a confronto. -

8. Il pegno non possessorio: una crasi di esperienze.

1. Il progressivo abbandono dello spossessamento.

Gli interventi normativi di parte speciale e i contributi innovati provenienti dalla prassi hanno portato alla nascita di una molteplicità di figure di pegno, tra loro profondamente differenti poiché rispondenti ad esigenze variegata, ma tutte accomunate da un elemento caratterizzante: il progressivo abbandono dello spossessamento quale presupposto indefettibile per la costituzione del contratto di pegno.

Detto abbandono, a ben vedere, è stato determinato da una serie di fattori in concomitanza l'uno con l'altro.

In primo luogo, è fuor di dubbio che rispetto al 1942⁹⁸ la ricchezza abbia profondamente mutato il proprio atteggiarsi. Se all'epoca essa dipendeva e consisteva per lo più in beni immobili, terreni e beni fisici, oggi si è man mano evoluta assumendo anche delle forme dematerializzate, come avvenuto con i titoli di credito, con gli strumenti finanziari e con beni immateriali come brevetti e marchi; beni

⁹⁸ Anno in cui è stato emanato l'attuale codice civile, approvato con R.D. 16 marzo 1942, n. 262, che ha sostituito quello del 1865 e che ha disegnato l'attuale statuto codicistico delle garanzie mobiliari.

– tutti - rispetto ai quali discorrere di spossessamento appare un *nonsense*⁹⁹.

In secondo luogo, e specularmente, anche la funzione pubblicitaria dello spossessamento è stata ridimensionata, essendone – secondo la dottrina - la necessità “coerente unicamente con le esigenze di un'economia precapitalistica, nella quale il principale, se non l'unico, indice di sicurezza del credito e di circolazione del diritto di garanzia era legato al meccanismo della *traditio* e della *possessio* e, pertanto, essa si rivela oggi inidonea per l'edificazione di un moderno sistema delle garanzie mobiliari”¹⁰⁰.

Peraltro, se si tiene conto del fatto che l'imprenditore deriva dal bene produttivo una nuova ricchezza e che, appunto per questo, non trae alcun beneficio (ma anzi subisce un pregiudizio) dalla sua eventuale distruzione o dal suo danneggiamento, emerge come l'ulteriore funzione propria dello spossessamento di evitare comportamenti pregiudizievoli da parte del debitore non abbia una *ratio* forte nell'ambito imprenditoriale.

Lo spossessamento consente una piena opponibilità del diritto di garanzia sul bene mobile perché rende immediatamente percepibile il vincolo, impedisce che il debitore possa dare corso ad atti di disposizione sul bene idonei a diminuirne il valore¹⁰¹ (e quindi la

⁹⁹ F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Rivista di diritto bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*, p. 3.

¹⁰⁰ E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002, p. 933

¹⁰¹ La circostanza che lo spossessamento sia stato ricondotto ad un requisito di mera opponibilità della garanzia e non ad un presupposto della validità del pegno consente di avallare le sempre più frequenti forme di pegno senza spossessamento e ricostruire uno statuto ideale in cui la *traditio rei* non è elemento indefettibile ed irrinunciabile. A tal riguardo, R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 6, 2018, p. 762 secondo la quale “con riguardo al ruolo dello spossessamento, l'interprete si è interrogato se la consegna al creditore (o a un terzo) e lo spossessamento del debitore rispetto alla cosa oggetto del pegno

garanzia). Tuttavia lo stesso impedisce che determinate categorie di beni possano essere vincolate e, soprattutto, quel che è più importante, si riflette negativamente sulle capacità produttive del debitore-imprenditore, costretto a spogliarsi di beni strumentali e a concederli in garanzia per ottenere un credito, con effetti potenzialmente anche drammatici¹⁰². Si pensi ad un imprenditore costretto a chiedere un finanziamento per evitare il fallimento dell'attività che si vede costretto, in assenza di altri beni, a concedere quelli strumentali, così perdendo definitivamente la propria capacità produttiva¹⁰³.

Per molto tempo gli aspetti positivi dello spossessamento sono prevalsi su quelli negativi; oggi, questa inclinazione sembra essere mutata in senso diametralmente opposto¹⁰⁴.

La moderna inversione di tendenza non appare però così rivoluzionaria nei suoi presupposti dal momento che più che abdicare a talune esigenze in funzione di altre, i nuovi istituti sembrano aver ovviato alla necessità dello spossessamento senza, però, intaccare le tutele per il creditore e per i terzi. Sotto il profilo pubblicitario, ad esempio, la nuova predisposizione di appositi registri liberamente consultabili (e

costituisca presupposto indefettibile ai fini della valida costituzione del pegno. La giurisprudenza è giunta a consolidare l'orientamento per cui l'assenza dello spossessamento non determina la nullità del vincolo ma la sua inopponibilità ai terzi, dunque non potrà sorgere la causa legittima di prelazione ex art. 2787, comma 1°, c.c. in capo al creditore e, di conseguenza lo *ius praelationis* rispetto agli altri creditori.

La *traditio rei* non è elemento qualificante, e dunque essenziale del tipo normativo, ma svolge la funzione di rendere opponibile ai terzi la garanzia stessa e al contempo giova a risolvere possibili conflitti dominicali nascenti sul bene tra gli eventuali creditori del costituente o tra gli eventuali successivi acquirenti del bene oppignorato. Ne è conseguito il convincimento che tali effetti possono essere realizzati anche attraverso forme alternative di spossessamento”.

¹⁰²M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impresa*, 1/1997, pp. 165 ss

¹⁰³ Si comprende allora perché le imprese, fin tanto che sono floride ed in grado di offrire altra alternativa, sono tendenzialmente restie a concedere in garanzia i loro beni. Cfr relazione tecnica del Governo di accompagnamento alla presentazione del disegno di legge n. 2362.

¹⁰⁴ Ciò per effetto, soprattutto, della nuova dimensione della ricchezza, dell'esigenza di evitare nefaste immobilizzazioni dei beni e della possibilità di garantire la conoscibilità della garanzia mediante altri strumenti diversi dallo spossessamento del bene.

maggiormente coerenti con i tempi moderni) garantisce la certa conoscibilità e rende lo spossessamento superabile, trattandosi peraltro di una forma rudimentale e ambigua¹⁰⁵.

D'altronde, se è vero che l'obiettivo sotteso allo spossessamento è proprio quello di evitare la circolazione del bene¹⁰⁶ "risolvendo in tal modo il potenziale conflitto esterno tra la pluralità degli eventuali creditori del costituente ed eliminando i possibili conflitti attributivi interni tra gli eventuali successivi acquirenti del bene impegnato"¹⁰⁷, è altrettanto vero che la stessa tutela può essere assicurata mediante strumenti meno invasivi e, comunque, idonei a bilanciare l'esigenza del creditore di esteriorizzare il vincolo con quella del debitore di evitare pregiudizievoli immobilizzazioni della ricchezza. Detta esigenza, peraltro, non appartiene soltanto al debitore. L'analisi economica del diritto infatti, conduce a giudizi negativi sullo spossessamento in quanto sottraendo per un lasso di tempo più o meno lungo un determinato bene dal circuito economico si arreca un danno sistema economico generale¹⁰⁸ e non soltanto al singolo debitore.

¹⁰⁵ D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, Torino, 1956, p. 219.

¹⁰⁶ Trattandosi di beni mobili la circolazione del diritto può avvenire per il tramite del possesso esercitato sulla *res*, anche in assenza del consenso del titolare (acquisto di cosa mobile dal non titolare). Più in particolare, l'acquisto della proprietà per il tramite del possesso può avvenire – tra le altre ipotesi – per mezzo di (i) un atto di acquisto di buona fede dal non titolare accompagnato dalla consegna della cosa; (ii) mediante un possesso protratto per un certo periodo di tempo; (iii) attraverso l'acquisto in buona fede dal non titolare seguito dal possesso protratto per un certo periodo di tempo. Cfr R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, Milano, 2014, p. 439.

¹⁰⁷ Così F. DELL'ANNA MISURALE in *Codice Civile annotato con la giurisprudenza e la dottrina*, sub art. 2786 c.c., p. 492, diretto da G. PERLINGERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

Nello stesso senso, l'Autore giustifica la previsione codicistica secondo la quale lo spossessamento è possibile anche tramite consegna della cosa ad un soggetto terzo, individuato su accordo delle parti. L'esigenza, infatti, è quella di garantire l'impossibilità per il costituente di disporre del bene senza la cooperazione (e quindi il consenso) del creditore privilegiato.

¹⁰⁸ Si torna a precisare che l'esclusione dal circuito di circolazione non è in realtà un predicato del pegno, ma semplicemente una logica conseguenza dello spossessamento. Se il debitore non ha la disponibilità materiale della *res* difficilmente potrà farne oggetto di atti dispositivi con terzi acquirenti, sia perché questi non avrebbero modo di apprezzarne le caratteristiche (non potendolo

In altri termini, le esigenze di tutelare quei soggetti che desumono dall'uso dei beni una nuova ricchezza (gli imprenditori), evitando che siano costretti ad immobilizzare per lunghi periodi beni strumentali ed a rinunciare al conseguimento dell'utilità reale scaturente dal loro inserimento nel processo produttivo, sono finalmente prevalse sui benefici dello spossessamento

Sotto altro profilo, la circostanza che allo spossessamento non venga riconosciuta una funzione qualificante del tipo normativo ma, più semplicemente, la capacità di garantire la conoscibilità dell'esistenza del vincolo, consente di disancorarsene e di ragionare sulla possibilità di ideare una garanzia mobiliare generale (quindi al di fuori dalle fattispecie previste da norme di parte speciale) in cui la conoscenza dell'esistenza del vincolo non imponga la *traditio rei*¹⁰⁹ e, quindi, il sacrificio di quelle opportunità legate alla disponibilità del bene da parte del debitore; opportunità che, per un imprenditore, possono assumere rilevanza primaria per la stessa sopravvivenza dell'azienda.

A queste criticità ha tentato di ovviare il legislatore mediante l'introduzione di normative *ad hoc* di carattere settoriale che, in realtà, non costituiscono una novità assoluta del diritto moderno.

Muovendo dalle origini è possibile notare come il valore costitutivo assegnato alla *datio rei* nel pegno codicistico non si pone in linea di continuità con il passato più remoto; si ricorda infatti come nel diritto romano fosse già stato introdotto il *pignus conventum*.

I romani avevano previsto la possibilità di stipulare una convenzione tra creditore e debitore, denominata *conventio pignoris*, con la quale le parti potevano statuire che determinati beni venissero vincolati a garanzia dell'adempimento del credito, pur restando nella piena disponibilità del debitore, il quale in questo modo continuava a goderne

esaminare), sia perché sarebbero restii ad investire in un bene che potrebbe successivamente essere oggetto di una esecuzione a loro pienamente opponibile.

¹⁰⁹ Di questo avviso E. GABRIELLI, *Il pegno anomale*, p. 25 e p. 116, oltre a F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della tutela del pegno*, pp. 147 ss.

e a farne uso, senza che la sua attività economica venisse intaccata dallo spossessamento della *res*¹¹⁰.

Quanto ai tempi moderni, già dalla prima rivoluzionaria normativa sul pegno di prosciutti (a cui poi ha fatto seguito il pegno sui prodotti lattiero – caseari)¹¹¹ il legislatore ha avvertito la necessità di evitare immobilizzazioni antieconomiche dei beni che impoveriscono il debitore e, rendendo conseguentemente più difficile il recupero del credito da parte del creditore¹¹², risultano incoerenti anche con l'interesse del creditore, su cui indirettamente si riflette negativamente la riduzione della capacità produttiva del debitore¹¹³.

¹¹⁰ Allo stesso modo, anche vigente il codice civile del 1865, c.d. codice Pisanelli, e vigente il codice del commercio, la dottrina si era interrogata circa la possibilità di prescindere dallo spossessamento onde contemperare le esigenze del creditore con quelle dell'economia.

¹¹¹ Il pegno di prosciutti ed il pegno di prodotti lattiero-caseari sono stati istituiti rispettivamente dalla legge 24 luglio 1985, n. 401111 e dalla legge 27 marzo 2001, n. 122111. Con il primo l'imprenditore mantiene la disponibilità delle cosce fresche di maiale, con la possibilità per il creditore pignoratorio di poter apporre, in qualunque fase della lavorazione, un contrassegno indelebile per rendere conoscibile ai terzi la garanzia che, in via legale, è assicurata dall'annotazione del vincolo su appositi registri, vidimati annualmente.

Come rilevato da G. GAMBARO, U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Vol. V, Milano, 2014, p. 105, le peculiarità di questo istituto consistono *i*) nella speciale natura del bene vincolato, che è una cosa sottoposta ad un ciclo di lavorazione per cui il pegno su di essa si estende anche alle successive fasi di lavorazione senza che si producano effetti novativi; *ii*) nella tecnica adottata per l'individuazione del bene oppignorato e del creditore privilegiato che consiste nell'apposizione di un contrassegno sulla coscia recante la sigla del creditore ed un numero progressivo; *iii*) nella forma di pubblicità che prevede l'obbligatoria iscrizione della garanzia in un registro speciale; *iv*) nella circostanza che la garanzia ha un effetto rotativo poiché il bene muta nel tempo senza che ciò si riverberi sul vincolo.

¹¹² Un'ulteriore fattispecie di pegno non possessorio prevista da una normativa di settore è quella in materia di contratti di garanzia finanziaria. Il d.lgs 21 maggio 2004, n. 170, in attuazione della direttiva CE 2002/, all'art. 5, riconosce infatti la validità e l'efficacia della pattuizione con cui viene attribuita al creditore pignoratorio la facoltà di disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno. L'esercizio di tale facoltà determina l'obbligo, in capo al creditore, di ricostituire la garanzia equivalente in sostituzione di quella originaria: tale sostituzione non ha effetti novativi e quindi, per espressa previsione normativa, non comporta la costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria.

¹¹³ Nel caso di pegno su prosciutti l'assenza dello spossessamento consegua ad un'attenta valutazione delle specifiche caratteristiche del bene oppignorato. Infatti, laddove il legislatore non fosse intervenuto, il creditore avrebbe dovuto garantire la giusta conservazione dei prodotti assumendo su di sé l'onere di curarne la

Si pensi, ancora, alle previsioni di cui ai decreti legislativi n. 170 del 2004 e n. 48 del 2011 in materia di garanzie finanziarie, le quali disegnano uno statuto normativo ancora più elastico¹¹⁴.

La fuga dallo spossessamento non rappresenta allora una novità assoluta degli ultimi anni, né il requisito dello spossessamento costituisce un elemento tanto indefettibile del pegno.

stagionatura e la produzione. Chiaramente, si tratta di attività che non ogni soggetto è propenso ad eseguire e che comportano anche dei costi poiché presuppongono la disponibilità di magazzini adeguati ove riporre la merce. Quello del pegno dei prosciutti è soltanto uno degli esempi di spossessamento che non risponde realmente all'interesse del creditore e, anzi, comporta per lo stesso oneri tali da poterlo indurre a non concedere il finanziamento in forza della garanzia mobiliare.

¹¹⁴ Ancora, un riferimento merita anche l'art. 46 del Testo Unico Bancario con cui il legislatore ha introdotto una fattispecie speciale di privilegio sui beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa che evita le "controindicazioni" del pegno assicurando l'opponibilità della garanzia mediante la trascrizione nel registro di cui all'articolo 1524 del codice civile dell'atto da cui risulta il privilegio. L'articolo recita "La concessione di finanziamenti a medio e lungo termine da parte di banche alle imprese può essere garantita da privilegio speciale su beni mobili, comunque destinati all'esercizio dell'impresa, non iscritti nei pubblici registri. Il privilegio può avere a oggetto: a) impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali; b) materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; c) beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; d) crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nelle lettere precedenti. 1-bis. Il privilegio previsto dal presente articolo può essere costituito anche per garantire obbligazioni e titoli simili emessi da società ai sensi degli articoli 2410 e seguenti o 2483 del codice civile, la cui sottoscrizione e circolazione è riservata a investitori qualificati ai sensi dell'articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrice o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1-bis, il sottoscrittore o i sottoscrittori di tali obbligazioni o un loro rappresentante, il debitore e il soggetto che ha concesso il privilegio, l'ammontare e le condizioni del finanziamento o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1-bis, gli elementi di cui ai numeri 1), 3), 4) e 6) dell'articolo 2414 del codice civile o di cui all'articolo 2483, comma 3, del codice civile nonché la somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto. L'opponibilità a terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato nell'articolo 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. La trascrizione deve effettuarsi presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata e presso quelli del luogo ove ha sede o risiede il soggetto che ha concesso il privilegio. Il privilegio previsto dal presente articolo si colloca nel grado indicato nell'articolo 2777, ultimo comma, del codice civile e non pregiudica gli altri titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della trascrizione. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo [...*omissis*...]".

Su questi presupposti, come evidenziato da autorevole dottrina¹¹⁵, “i tempi erano maturi per una rivisitazione organica della materia”, tanto che poco prima dell’emanazione del d.l. n.59/2016, istitutivo del pegno non possessorio (anche conosciuto come pegno senza spossessamento o pegno commerciale), la Commissione Rordorf¹¹⁶ aveva già paventato l’esigenza di effettuare una revisione delle garanzia mobiliari e

¹¹⁵ S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016 in Crisi d’impresa e fallimento*, 2016, p. 2.

¹¹⁶ La Commissione, presieduta dal presidente Rordorf, è stata costituita presso l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia con decreto del Ministro della giustizia del 28 gennaio 2015 per la riforma delle procedure concorsuali, anche in termini di semplificazione, ricognizione e riduzione delle previsioni dei privilegi, nonché per la valutazione di sistemi di garanzie mobiliari non possessorie, sulla scorta delle esperienze comparate e delle sollecitazioni internazionali. I lavori della Commissione hanno portato alla redazione di uno schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza”, finalizzato a delegare il Governo: a) ad introdurre una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, salva la specifica indicazione dell’ammontare massimo garantito, eventualmente anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi ed il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione; b) a regolamentare forme, contenuto, requisiti ed effetti dell’iscrizione nel registro informatizzato, direttamente accessibile per via telematica secondo modalità che salvaguardino la protezione dei dati, al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, nonché la regolazione del concorso conseguente all’eventualità di plurime annotazioni; c) a stabilire che, salvo diverso accordo tra le parti, il soggetto costituente la garanzia abbia la facoltà di utilizzare, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e in ogni caso nel rispetto della destinazione economica, i beni oggetto di garanzia, anche nell’esercizio della propria attività economica, estendendosi in tal caso la prelazione dai beni originari a quelli che risulteranno all’esito degli atti di disposizione, senza effetto novativo per la garanzia originariamente concessa, salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso del costituente; d) a consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, e salvo l’obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l’eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l’importo del credito; e) a prevedere forme di pubblicità e controllo giurisdizionale dell’esecuzione stragiudiziale di cui alla lettera d), regolare i rapporti tra la stessa e le procedure esecutive forzate e concorsuali, adottare misure di protezione del debitore consumatore, nonché forme di tutela dei terzi che abbiano contrattato con il debitore non spossessato, ovvero acquistato in buona fede diritti sul bene mobile oggetto del pegno, curando in ogni caso il coordinamento della nuova disciplina con le disposizioni normative vigenti.

l'innesto di nuove forme avulse dal requisito dello spossessamento, "aventi ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione"¹¹⁷.

In questo orizzonte dinamico ed in continua evoluzione si è inserito il d.l. n. 59/2016 (poi convertito con legge n. 119/2016) che, anticipando la Commissione Rordorf e facendone proprie le intenzioni, ha introdotto significative novità in punto di garanzie reali, inserendo fattispecie speciali nel settore commerciale, così definitivamente dimostrando come il processo di ammodernamento delle garanzie del credito e di "flessibilizzazione"¹¹⁸ delle garanzie abbia effettivamente preso piede nel sistema - in ossequio alle nuove esigenze del mercato finanziario - e come il rapporto di stretta inerenza con il bene, tradizionalmente proprio delle garanzie mobiliari, stia sfumando grandemente.

2. Il nuovo pegno senza spossessamento.

¹¹⁷ Art. 11 del disegno di legge 3671 di delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

¹¹⁸ L. VIZZONI, *Osservatorio spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.3, 2018, p. 445.

Il nuovo pegno¹¹⁹ è un modello di garanzia patrimoniale definito dalla norma stessa in maniera icastica “pegno non possessorio”, il quale rileva già nella sua stessa denominazione il rapporto di evidente distonia rispetto all’archetipo codicistico di pegno.

In particolare, in risposta alle esigenze dell’economia che suggerisce la predisposizione di forme di garanzia del credito accessibili anche per quanti non abbiano la possibilità di spossessarsi dei beni da vincolare, il legislatore ha sancito la nascita di un’eccezionale garanzia reale di tipo mobiliare, limitata settorialmente ai soli crediti inerenti l’esercizio dell’impresa¹²⁰.

Detta normativa è stata varata con l’intenzione di agevolare i canali di finanziamento alle imprese onde evitarne la decozione e garantire alle stesse un continuo afflusso di risorse o comunque, laddove già in stato di crisi, rendendo loro più agevole il reperimento di nuovi finanziatori.

Le finalità dell’introduzione sono state puntualmente descritte nella Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. del 3 maggio 2016, n. 56, la quale ha illustrato che “l’esigenza di porre mano ad una riforma organica del diritto delle garanzie mobiliari è stata segnalata da molti anni dalla dottrina più autorevole, nonché ribadita da molteplici studi e rapporti internazionali, i quali individuano nella rigidità e nella frammentarietà della disciplina in oggetto uno degli ostacoli più incisivi all’efficienza del sistema di finanziamento delle imprese e, dunque, un fattore frenante per lo sviluppo dell’economia e dell’occupazione. Le ragioni di tale inadeguatezza sono sia di ordine formale che di ordine sostanziale.

¹¹⁹ L’introduzione della disciplina organica sul pegno non possessorio è avvenuta con l’art. 1, commi da 1 a 10-*bis*, del d.l., 3 maggio 2016, n. 59 convertito con modifiche in l., 30 giugno 2016, n. 11.9

¹²⁰ Da notare che, a differenza di quanto previsto dal d.l. n. 59/2016, la Commissione Rordorf, alla quale era stato affidato il progetto di revisione organica delle procedure concorsuali non aveva perimetrato l’ambito applicativo del pegno non possessorio quanto ai requisiti di carattere oggettivo o soggettivo.

In primo luogo le regole vigenti hanno un carattere disorganico, essendo contenute in una pluralità di fonti, anche di derivazione europea, e in un articolato *corpus* di sentenze giurisprudenziali.

In secondo luogo, l'impianto tradizionale del diritto delle garanzie reali mobiliari, di cui al codice civile del 1942, appare ormai largamente superato alla luce delle profonde trasformazioni nel sistema economico e del contesto degli scambi, dando luogo ad un regime delle garanzie rigido e disfunzionale”.

Sulla base di queste considerazioni, la conclamata *voluntas legis* è andata nel senso di:

- a) superare il requisito dello spossessamento quale presupposto di opponibilità ai terzi del diritto di prelazione;
- b) prevedere in via sostitutiva un regime di pubblicità tramite la predisposizione di un apposito registro pubblico informatizzato in cui è possibile svolgere le attività di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie;
- c) stabilire che la garanzia prenda grado e sia opponibile ai terzi dal momento della sua iscrizione nel registro;
- d) estendere ad un categoria indeterminata di beni la nuova garanzia mobiliare senza spossessamento, disancorandosi dalla specifica individuazione di singoli generi (come avvenuto per i prosciutti, i prodotti caseari o gli strumenti finanziari);
- e) prevedere l'ammissibilità di una garanzia mobiliare *omnibus* anche in relazione a rapporti futuri, ferma restando la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito;
- f) consentire al debitore il potere di disposizione sul bene oppignorato, nel rispetto della destinazione economica;
- g) assicurare il recupero coattivo del credito secondo forme più efficaci ed agevoli, senza pregiudicare la posizione del debitore concedente, adottando specifiche misure volte alla difesa degli interessi.

A ben vedere, il tratto davvero distintivo di questo nuovo istituto non risiede tanto nell'assenza dello spossessamento (elemento che non può considerarsi del tutto innovativo), ma nel fatto che per la prima volta il legislatore abbia generalizzato (seppur in un settore perimetrato, quale quello imprenditoriale) una garanzia mobiliare priva di tale elemento¹²¹, non ancorandola ad una specifica categoria di beni ed ampliando così il novero dei beni valorizzabili ai fini dell'accesso al credito.

In questa prospettiva lo studio e l'analisi del nuovo istituto acquisiscono una duplice finalità, *i*) quella di comprendere come esso sarà destinato ad atteggiarsi e quali problematiche produrrà la sua applicazione nella pratica, ma, soprattutto, *ii*) quella di verificare se tramite la sua introduzione siano state poste le basi per una nuova e generalizzata forma di pegno in cui i beni garantiti¹²² vengano apprezzati nel loro valore e non per la loro unicità, nel solco di quella dottrina che già da anni aveva evidenziato come la funzione della garanzia sia quella di assicurare al creditore un valore di realizzo, non l'apprensione di uno specifico bene. “Il vincolo pignoratorio, [infatti,] in quanto diretto a preconstituire un'utilità reale, guarda all'oggetto del pegno non nella sua individualità [...] ma considerandolo nella sua capacità di tradursi in un'utilità: in un valore economicamente qualificabile”¹²³.

Il pegno senza spossessamento è quindi emblematico di un tendenza che va generalizzandosi e che sembra aver ottenuto il favore dei giuristi e degli operatori dei settori coinvolti.

Tale è stato l'entusiasmo con cui è stato accolto che non è mancato chi ha visto nella decisione di relegare il nuovo istituto all'ambito commerciale una forma di sperimentazione che, qualora dovesse

¹²¹ Si ricorda, infatti, che nel pegno non possessorio di prosciutti o di prodotti lattiero-caseari i beni oppignorati sono solo quelli appartenenti ad un determinato genere, come d'altronde avviene anche nel caso di pegno di strumenti finanziari.

¹²² Quindi, a prescindere dal fatto che si tratti di beni collidano nella loro specificità con la *datio rei* come avveniva, ad esempio, per i prosciutti.

¹²³ Cit. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 191.

raggiungere un esito positivo, determinerà la sua investitura ad istituto di carattere generale¹²⁴.

E' emblematica dell'interessamento verso il nuovo istituto la circostanza che l'ABI abbia siglato un "accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia" con la Confindustria, nel quale ha proposto un'azione congiunta per suggerire le modalità di predisposizione del registro informatico dei pegni non possessori. Parimenti significativo è il fatto che, addirittura, l'ABI abbia istituito insieme alla Confindustria un apposito Gruppo di Lavoro a cui è stato demandato il compito di individuare soluzioni tecniche per un agevole utilizzo di tale garanzia, rilevata l'opportunità di favorire la concessione di finanziamenti garantiti da pegno mobiliare non possessorio¹²⁵.

¹²⁴ G. DI MARCO – S. CAMPIDELLI, *Convertito in legge il Decreto Banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio* in *Quotidiano Giuridico* del 30 giugno 2016.

¹²⁵ In questo Accordo, reperibile sul sito www.abi.it, tra l'altro, "le Parti si impegnano a: - presentare l'Accordo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per presa d'atto, e alla Banca d'Italia, auspicando un supporto fattivo del Ministero dell'Economia e delle Finanze per la piena operatività di tale Accordo, anche nell'ottica di una maggiore fruibilità di tali forme di garanzia; - informare ciascuno i propri Associati sui contenuti dell'Accordo e a promuoverne l'utilizzo; - agire congiuntamente per favorire l'ottimizzazione della normativa di vigilanza sulle banche relativamente alle nuove figure di garanzia introdotte dal DL 59/2016, soprattutto con riferimento al pegno mobiliare non possessorio, in modo che i benefici possano essere conseguiti altresì attraverso un idoneo trattamento prudenziale; - valorizzare e favorire la diffusione delle linee guida per la valutazione degli immobili residenziali definite congiuntamente da ABI e dalle associazioni dei valutatori di immobili e promuovere la definizione di analoghe linee guida anche con riferimento agli immobili a uso industriale; - svolgere un'azione congiunta per favorire l'emanazione del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, che istituisce il registro informatico dei pegni non possessori e ne disciplina il funzionamento; - svolgere un'azione congiunta nei confronti dei Ministeri competenti per definire modalità che: a) permettano un'agevole, rapida e non onerosa cancellazione delle ipoteche e altre trascrizioni/iscrizioni effettuate successivamente alla trascrizione del patto; b) rendano coerenti le disposizioni relative all'attivazione delle garanzie pubbliche e private, esistenti sul mercato, con la disciplina di questa nuova garanzia, in primis, con quella concessa dal Fondo Centrale di Garanzia per le PMI; c) rendano possibile l'autonoma alienazione da parte del finanziatore a terzi del bene concesso in garanzia o - qualora non sia percorribile l'ipotesi dell'autonoma alienazione - che ne siano sterilizzati gli eventuali oneri sostenuti più di una volta; - collaborare al fine di dare, ciascuno nel proprio contesto, la più ampia diffusione, anche a livello territoriale, della conoscenza dei nuovi strumenti di garanzia, sensibilizzando in particolare i propri Associati sulla possibilità di fare ricorso, nell'ambito dei contratti

Infatti, per l'ABI la nuova disciplina merita la giusta attenzione da parte degli operatori del settore, essendo considerata in grado di assicurare al sistema bancario una nuova capacità creditizia.

Questo tipo di garanzia non soltanto attrae la porzione più rilevante dei soggetti che ricorrono al credito (vale a dire gli imprenditori) ma, soprattutto, prescindendo dallo spossessamento, evita al creditore quei riflessi negativi rappresentati dall'obbligo di custodia e di gestione della *res* che di norma ricadevano (e ricadono) sull'Istituto bancario; oneri di non poco conto, capaci di diventare anche fortemente impegnativi, a seconda delle caratteristiche del bene vincolato e consegnato al finanziatore.

3. Struttura del pegno non possessorio.

3.1. La costituzione della garanzia e la funzione dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori.

Per diretta previsione normativa il contratto di pegno non possessorio deve avere un contenuto minimo obbligatorio, dovendo necessariamente indicare il creditore, il debitore e l'eventuale terzo concedente il pegno, oltre alla descrizione dettagliata del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito.

Si tratta di un contratto formale ex art. 1350 c.c di natura convenzionale e non reale che si costituisce mediante un atto redatto in forma scritta

di finanziamento, a detti strumenti; 7 - organizzare specifici eventi, anche in collaborazione con il Consiglio Nazionale del Notariato e gli ordini professionali, per ampliare la conoscenza di questi nuovi istituti giuridici. Infine, le Parti si impegnano a collaborare per promuovere la definizione di ulteriori misure organizzative che intervengano sulle attuali procedure di escussione delle garanzie, necessarie per l'efficientamento della giustizia civile”.

ad substantiam, ai sensi del terzo comma dell'art. 1 della legge istitutiva.

La forma scritta è necessaria ma non sufficiente. Insieme alla trasposizione dell'accordo in un documento di data certa è infatti necessario anche un secondo elemento, vale a dire la pubblicità del vincolo nelle forme e nei modi previsti dalla legge.

Su questo profilo si innesta senza dubbio uno degli aspetti di maggiore innovatività dell'istituto che ancora la sua validità (e non la semplice opponibilità, come nel pegno classico) all'iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate¹²⁶, denominato "registro dei pegni non possessori".

Il legislatore ha così creato una nuova forma di pubblicità si affianca a quelle già esistenti (come il registro delle imprese, l'ufficio italiano brevetti e marchi ed il registro immobiliare).

Prima che intervenisse il legislatore in sede di conversione, si erano paventate talune perplessità in ordine alla natura costitutiva¹²⁷ o dichiarativa della suddetta pubblicità.

L'interrogativo necessita di una risposta puntuale dal momento che anche se la funzione principale della garanzia è indubbiamente legata

¹²⁶ F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio* in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.2, 2017, p.231, critica la scelta del legislatore di istituire il registro presso l'Agenzia delle Entrate piuttosto che presso il Ministero della Giustizia "analogamente a quanto accade in Francia e in Spagna e analogamente a quanto accade in Italia per il registro di cui all'art. 1524, comma 2°, c.c. previsto per la vendita con riserva di proprietà di macchine: in prospettiva, potrebbe immaginarsi, sull'esempio spagnolo del *Registro de bienes muebles*, un registro integrato con il consolidamento delle informazioni provenienti dai vari registri preposti alla pubblicità dei pegni come il registro delle imprese, il registro U.I.B.M., il registro italiano navale, ecc."

¹²⁷ Di questo avviso è F. LAMANNA, "*Decreto banche*": *ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare* in *Il Civilista*, Milano 2016, il quale ritiene che non sia sufficiente il solo atto scritto, occorrendo anche l'adempimento della specifica formalità pubblicitaria dell'iscrizione, che ha dunque efficacia costitutiva, sostenendo che ciò sia dimostrato dal fatto che l'art. 1, comma 4 del d.l. n. 59/2016 laddove prevede(va) che "Il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate".

alla sua opponibilità ai terzi¹²⁸ (la garanzia in questione infatti svolge il suo ruolo primario nel derogare alla *par condicio* e nell'attribuire una posizione privilegiata opponibile agli altri creditori), resta comunque indispensabile comprendere quando il contratto possa dirsi costituito, dal momento che soltanto da questa data il debitore assume effettivamente una responsabilità nei confronti del creditore.

Ad ogni modo, il legislatore parrebbe essersi reso conto dell'ambivalenza del precedente dato testuale, laddove sanciva che “il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con l'iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate” e, in sede di conversione, è intervenuto sul punto adottando una formulazione più puntuale, con la quale ha chiarito che l'iscrizione non determina la nascita del vincolo, che esiste ed opera tra le parti dalla sottoscrizione del contratto di pegno non possessorio, ma soltanto la sua opponibilità ai terzi¹²⁹.

La legge n. 119/2016, quindi, non collega più la costituzione del pegno all'iscrizione nel registro e, anzi, al terzo comma qualifica espressamente il contratto di pegno non possessorio come “contratto costitutivo”¹³⁰ della garanzia.

Diversamente da quanto avviene in caso di ipoteca, quindi, la pubblicità non determina la nascita della garanzia, e, così come per l'ipoteca, la garanzia “ha effetto verso i terzi esclusivamente con l'iscrizione in un apposito registro” e prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali “dal momento dell'iscrizione”¹³¹.

¹²⁸ Senza la quale – chiaramente - il pegno perde la propria piena funzionalità e diviene strumento poco utile.

¹²⁹ F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in Banca, borsa, Titoli di credito, fasc. 2, 2017, I, p. 265.

¹³⁰ La norma, così come convertita, prevede che “il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito”.

¹³¹ In questo modo la legge regola il rapporto intercorrente tra la garanzia ed i terzi, ivi incluse le procedure che seguono al dissesto dell'impresa. La norma contempla

Il pegno non possessorio appare quindi come una fattispecie a formazione progressiva analoga all'ipoteca. Come nell'ipoteca vi è scissione tra *titulus constituendi* (vale a dire il contratto di pegno non possessorio) e il *modus constituendi* (vale a dire l'iscrizione del pegno nel registro dedicato). Così come l'ipoteca, anche il pegno extracodicistico è una fattispecie a formazione progressiva ed è un contratto non reale ma formale.

L'iscrizione nel registro informatizzato dei pegni non possessori ha una durata di dieci anni e può essere rinnovata mediante una successiva iscrizione nel medesimo registro effettuata prima della scadenza del termine indicato. La cancellazione dell'iscrizione avviene per effetto dell'accordo dalle parti oppure può essere domandata in via giudiziale.

Il fatto che per il pegno non possessorio sia stata prevista un'apposita forma di pubblicità ha sollevato dubbi circa il rapporto intercorrente tra questa e le altre diverse forme di pubblicità – eventualmente – previste dalla legge in relazione allo specifico bene pignorato.

Più in particolare, viene da domandarsi come debba essere regolato il caso (che si presta ad essere frequente) in cui il pegno commerciale costituito su di un bene debba essere pubblicizzato anche in un registro diverso da quello dei pegni non possessori, poiché soggetto anche ad una propria speciale disciplina sul punto (un esempio per tutti, si pensi al pegno su un marchio che ai sensi dell'art. 138, comma 1 del codice della proprietà industriale presuppone la trascrizione dell'atto costitutivo della prelazione presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi).

Secondo una prima dottrina, la circostanza che il vincolo pignoratorio su un determinato bene sia destinatario di una normativa *ad hoc* non ne comporta l'esclusione dal novero dei beni astrattamente assoggettabili a

unicamente un'eccezione al quinto comma dell'art. 1 d.l. 59/2016 in favore di chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva di proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità al comma 6 e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

pegno non possessorio ex d.l.n. 59/2016¹³², ma, tutt'al più, impone una duplicità di adempimenti pubblicitari (il pegno sul bene, quindi, dovrà essere pubblicizzato sia nel registro dei pegni non possessori, sia nel registro previsto in relazione al tipo di bene oppignorato).

In senso opposto, però, è dato rilevare che tra i due statuti normativi nella maggior parte dei casi intercorre un rapporto di specialità, che porta a conseguenze diverse da quelle appena formulate. Infatti, il più delle leggi che istituiscono sistemi speciali di pubblicità dei pegni qualificano il pegno come una garanzia non possessoria in cui la *res* resta nella disponibilità del debitore, allo stesso modo di quanto avviene nel neonato pegno ex d.l. n.59/2016 (si pensi al pegno su prosciutti). Ciò posto, è ragionevole ritenere che tra la disciplina del pegno commerciale e quella relativa alla specifica fattispecie di pegno intercorra un rapporto di genere a specie in quanto entrambe prevedono una garanzia mobiliare, entrambe prescindono dallo spossessamento, ma mentre una riguarda tutti i beni (purché siano inseriti nel processo imprenditoriale), l'altra si riferisce unicamente ad una specifica categoria. In questi casi, quindi, la disciplina sul pegno commerciale si pone come *lex generalis* rispetto a quella riferita ad uno specifico tipo di beni, che si atteggia come *lex specialis*, conseguentemente prevalendo sulla prima.

Ove si ritenesse di accogliere questa prospettazione, tutti i beni già soggetti ad un proprio statuto pubblicitario del vincolo diverso dallo spossessamento non potrebbero essere oppignorati anche nelle forme di cui al d.l. n. 59/2016.

Tale conclusione, a parere di chi scrive, restringe fortemente il perimetro del pegno commerciale senza una motivazione realmente utile e limitando non di poco il ricorso al nuovo istituto che, invece, riconosce poteri significativi a debitore e creditore, che non sono

¹³² G. PETRELLI, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese* (estratto), in www.gaetanopetrelli.it, par. 1-7.

ricompresi ugualmente nelle altre fattispecie non possessorie (si pensi, ad esempio, al potere di locare il bene gravato o agli strumenti di autosoddisfazione riconosciuti al creditore).

Peraltro, le problematiche che discendono dalla sovrapposizione delle varie discipline pubblicitarie potrebbero essere agevolmente superate creando un collegamento tra tutte le normative sancite in tema di pegno e predisponendo un sistema di registrazione unificato, senza, quindi, limitare inutilmente il perimetro applicativo del nuovo istituto.

Questa problematica, sotto altro (ma affine) aspetto, verrà analizzata nel paragrafo 3.3.

3.2. Requisiti soggettivi del pegno non possessorio.

Come anticipato, la legge n. 119/2016 circoscrive il nuovo istituto all'interno della sola dimensione imprenditoriale, qualificandolo come una garanzia settoriale, tanto da essere ormai comunemente identificata anche con il nome di "pegno commerciale".

I soli soggetti che possono concludere un contratto di pegno non possessorio sono infatti gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, i quali possono ricorrervi unicamente per garantire dei crediti che siano sorti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale e che siano, quindi, strettamente inerenti all'attività di impresa.

La norma non fa ulteriori specificazioni in ordine alla qualità di imprenditore, di talché l'utilizzo di un termine di ampia portata consente di includere sia gli imprenditori agricoli, sia gli imprenditori commerciali.

Ciò che però è imprescindibile è che si tratti di soggetti che concretamente svolgono l'attività economica; la mera iscrizione nel registro delle imprese non è sufficiente ad integrare il presupposto normativo. La legge, infatti, sottende un duplice requisito soggettivo, *i*) l'uno formale, afferente alla necessaria iscrizione nel registro delle

imprese previsto dall'art. 2188 c.c. e *ii*) l'altro sostanziale¹³³, concernente l'effettivo svolgimento di un'attività di impresa¹³⁴. D'altronde quest'ultimo elemento è pienamente coerente con la *ratio* dell'istituto, che intende offrire agli imprenditori nuovi strumenti per ottenere il credito al conclamato e mirato fine di rivitalizzare il settore commerciale e non di introdurre una garanzia generale accessibile a tutti.

È pur vero che la decisione di relegare il pegno non possessorio al solo ambito commerciale, a parere dei più, non risponde ad un'esigenza davvero settoriale, ma piuttosto all'intenzione di "sperimentare" il nuovo istituto in un settore in cui gli operatori sono tendenzialmente più avveduti e maggiormente in grado di dominare le nuove normative di settore, onde valutarne l'impatto e, in caso di riscontro positivo, generalizzare l'istituto.

In questa prospettiva, chiaramente, il controllo circa l'effettivo svolgimento dell'attività imprenditoriale perde rilievo.

In realtà, la decisione di circoscrivere il pegno non possessorio all'ambito imprenditoriale non può ritenersi un semplice "esperimento", bensì il frutto di una concreta e precisa esigenza di sostenere la ripresa economica agevolando l'accesso al credito per gli imprenditori mediante interventi normativi.

Ripercorrendo taluni passaggi della relazione illustrativa del progetto di legge si evince infatti come la *ratio* perseguita fosse specificamente quella di evitare che gli imprenditori, che di norma sono i maggiori

¹³³ L'imposizione del requisito dell'imprenditorialità porta ad escludere dall'ambito applicativo dell'istituto in discorso le società tra professionisti che, benché iscritte in una sezione speciale del registro delle imprese, non svolgono un'attività imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c.

¹³⁴ S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p. 5, secondo il quale "in base a ciò, dovrebbero ricadere nel perimetro applicativo della fattispecie, oltre alle imprese testé menzionate, i consorzi con attività esterna di cui all'art. 2612 c.c., le società consortili ex art. 2615-ter, gli enti pubblici economici e i gruppi economici di interesse europeo, mentre non dovrebbero rientrarvi le società irregolari e le quelle tra professionisti".

fruttori dei servizi di finanziamento, siano costretti a concedere in garanzia quei beni strumentali mediante i quali producono la nuova ricchezza – e quindi a spogliarsene - per poter ottenere il credito necessario al prosieguo dell'attività imprenditoriale.

In questa prospettiva, allora, la perimetrazione dell'istituto al settore commerciale appare coerente con l'intento perseguito e, specularmente, il controllo circa la possidenza dei requisiti di accesso assolutamente giustificabile¹³⁵.

3.2.1 Il terzo datore di pegno.

Merita una separata trattazione il passaggio contenuto nell'art. 1 del dl n. 59/2016 in cui il legislatore consente che la costituzione del pegno avvenga anche da parte di un soggetto diverso dall'imprenditore-debitore che assume la veste di "terzo datore di pegno", senza tuttavia specificare se detto soggetto debba a sua volta avere delle caratteristiche specifiche o se, invece, il requisito imprenditoriale debba appartenere unicamente al debitore.

Indubbiamente, consentendo che la garanzia possa essere fornita anche da un terzo, il legislatore ha voluto dare la giusta rilevanza ai rapporti *intercompany*, rendendo possibile ad una società garantire il credito di altra società collegata, in assoluta coerenza con l'impianto normativo in materia societaria che tende a valorizzare i rapporti tra società. Verosimilmente, poi, l'intenzione del legislatore del 2016 era quella di comprendere anche i casi in cui tra terzo datore di pegno e

¹³⁵ In assoluta coerenza con questi presupposti, il pegno commerciale, per espressa previsione normativa, può garantire esclusivamente crediti inerenti all'esercizio dell'impresa concessi all'imprenditore o a terzi, presenti o futuri, determinati o determinabili, purché accompagnati dalla previsione dell'importo massimo garantito.

imprenditore-debitore intercorre un rapporto contrattuale (si pensi al caso di un *leasing* in cui il debitore è utilizzatore della *res* concessa in pegno al creditore, che però è di proprietà del concedente) ed in cui anche il primo riveste la qualifica imprenditoriale.

La dizione testuale, però, non specifica alcunché sul punto e si presta in astratto a dar luogo ad un'interpretazione estensiva che, ove accolta, amplierebbe in senso significativo la portata applicativa della norma, al punto tale da rendere ipotizzabile che il terzo datore di pegno possa addirittura essere un soggetto non imprenditore, con tutte le più variegata conseguenze che da ciò dipanano, prima fra tutte l'innesto della disciplina consumieristica all'interno di una normativa settoriale destinata ai soli imprenditori (si pensi, infatti, al caso in cui il finanziatore sia un soggetto che riveste una qualifica professionale mentre il terzo datore di pegno è un consumatore).

La paradossale conseguenza cui conduce siffatta esegesi della norma fa propendere per un'interpretazione maggiormente rispettosa dell'originaria *voluntas legis* e per la valorizzazione del requisito soggettivo "dell'inerenza" all'attività imprenditoriale, concludendo nel senso che anche il terzo datore di pegno deve essere un imprenditore.

Peraltro, se si ritenesse di includere anche i non imprenditori nell'alveo dei soggetti che possono prestare garanzia in favore del debitore-imprenditore, la peculiare procedura autosatisfattiva prevista dalla disciplina del pegno non possessorio risulterebbe eccessivamente aggressiva e ben poco garantista nei confronti di un soggetto che non ha le competenze professionali che si presume abbia un imprenditore e che gli consentono di comprendere la portata della peculiare garanzia offerta con il pegno non possessorio.

In ultimo, oltre ad apparire preferibile poiché maggiormente coerente con l'impianto normativo del d.l. n. 59/2016 e con la natura settoriale dell'istituto, questa è l'unica interpretazione che evita l'irragionevole, paradossale ed iniqua conclusione in cui si incorrerebbe ove il requisito

soggettivo venisse isolato ai soli rapporti diretti tra creditore e debitore¹³⁶ e non anche a quelli indiretti tra creditore e terzo datore di pegno.

Sotto altro profilo, la norma cura invece di specificare l'obbligo per le parti di precisare nell'atto di costituzione del pegno l'importo massimo entro il quale la garanzia reale opera, al precipuo fine di tutelare il terzo datore di pegno, oltre che gli altri creditori del debitore.

Ciò nondimeno, considerato che il pegno non possessorio è una garanzia capace di assumere connotati quasi perpetui, avendo una validità di dieci anni rinnovabile, permane il rischio che il creditore eroghi continui finanziamenti confidando sulla garanzia offerta dal terzo (e, quindi, abusandone)¹³⁷, di talché, nel silenzio normativo, è auspicabile l'estensione analogica della norma posta a tutela del garante *omnibus* dall'art. 1956, comma 2°, c.c. a mente della quale nel caso in cui le condizioni economiche del debitore subiscano un peggioramento la banca non può erogare ulteriore credito confidando sulla solvibilità del garante, senza previa autorizzazione espressa e resa in forma scritta dal fideiussore.

Si tratta di una tutela pienamente estendibile in quanto compatibile con la natura del pegno non possessorio che, per espressa facoltà normativa, sottende una garanzia *omnibus*, potendo essere costituito a garanzia di tutti i crediti anche futuri, purché determinati o determinabili, sussistenti tra le parti¹³⁸.

¹³⁷ A proposito delle operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il registro, la norma rinvia all'emanazione di un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministero della Giustizia; decreto che, nelle intenzioni del legislatore "d'urgenza", doveva essere adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge.

¹³⁸ M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, p. 10, https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/1465_2018_457_29956.pdf.

3.2.2. La qualifica del creditore.

Diversamente da quanto previsto per il debitore, la legge non specifica alcunché in ordine alla qualità soggettiva del beneficiario della garanzia, vale a dire del creditore.

Questo silenzio viene interpretato dalla dottrina come espressione della specifica volontà di non limitare sotto siffatto profilo l'ambito applicativo e di includervi - oltre agli intermediari autorizzati alla concessione di finanziamenti *ex art. 106 TUB* - anche gli imprenditori non bancari e persino i soggetti che non rivestono neppure la qualità imprenditore¹³⁹.

Tuttavia, sul solco di quelle stesse considerazioni già svolte con riferimento alla natura soggettiva del terzo datore di pegno, anche in questo caso è ragionevole ritenere che un'interpretazione eccessivamente estensiva rischi di collidere con le finalità perseguite dal legislatore e con la decisione di approntare uno statuto riservato ai soli rapporti tra imprenditori.

¹³⁹ F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2017, I, p. 234, e R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 762. Quest'ultimo A. ritiene che il dato letterale della norma consenta di ricomprendere tra i creditori anche i soggetti che non esercitano un'attività imprenditoriale. Con la conseguenza che "la disciplina sarà allora applicabile anche alle ipotesi in cui i soci, in luogo di conferimenti che vanno a comporre il capitale di rischio della società, effettuino versamenti a titolo di finanziamento. Essi non sarebbero conferimenti laddove la società sottocapitalizzata, invece di dotarsi di capitale di rischio, si doti di capitale di credito. Il socio assumerebbe la stessa posizione dei creditori sociali con le relative implicazioni in termini di graduazione del credito in fase di eventuale escussione. La distinzione assume rilievo in quanto dalla qualificazione della natura versamento — conferimento o finanziamento — discende l'applicabilità o meno dell'art. 2427 c.c. Nella prima il rimborso è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori divenendo condizione di inesigibilità del credito condizionato al pagamento dei chirografari. Diversamente, la qualificazione del versamento quale finanziamento di un socio garantito dal pegno non possessorio, fa sì che il credito assuma il rango di privilegiato".

Appare allora maggiormente coerente con l'impianto normativo ritenere esclusi dal novero dei creditori quantomeno i soggetti non imprenditori, mentre non vi sono motivi ostativi alla inclusione tra i possibili creditori degli imprenditori esercenti attività non bancaria o finanziaria in via professionale, "tanto più che non è dato di operare un distinguo tra creditori finanziatori e creditori per ragioni diverse, per esempio derivanti da contratti di fornitura"¹⁴⁰.

3.3. Requisiti oggettivi e natura del bene oggetto di pegno: profili critici e spunti per un intervento correttivo.

Oltre a dover essere qualificati sotto il profilo soggettivo, i crediti che possono beneficiare della nuova garanzia mobiliare devono essere caratterizzati anche dal punto di vista oggettivo, dovendosi necessariamente trattare di crediti afferenti all'esercizio dell'impresa.

Sotto altro profilo, possono costituire oggetto di pegno ai sensi del comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 59/2016 i beni mobili, anche immateriali (si pensi ai diritti di proprietà industriale e ai diritti d'autore), destinati all'esercizio dell'impresa - ad esclusione dei beni mobili registrati - ed i crediti derivanti da, o inerenti a, tale esercizio.

La norma prosegue poi specificando che i beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo, così superando definitivamente qualunque dubbio che, diversamente, il silenzio normativo avrebbe generato sul punto, come

¹⁴⁰ Cit. F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Rivista di diritto bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*, p. 11. L'A. pone l'accento sull'opportunità di non relegare l'istituto ai soli intermediari finanziari.

d'altronde avvenuto per il pegno su cosa futura, figura tutt'oggi discussa (trattata nel primo capitolo).

Ad ogni buon conto, la specifica in discorso, benché apprezzabile per le motivazioni appena espresse, poteva comunque essere desunta dalla struttura del pegno senza spossessamento.

Rievocando le motivazione che hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza a dubitare della legittimità del pegno su cosa futura è possibile verificare come, sostanzialmente, tutte le argomentazioni si riducano alla difficoltà di bilanciare la tradizionale realtà del contratto di pegno, che presume la *traditio rei*, con l'impossibilità materiale di attuare la consegna di una cosa ancora non esistente in *rerum natura*.

Ciò posto, dal momento che il pegno non possessorio prescinde dalla *traditio* e si fonda sull'impressione di un vincolo astratto su un bene puntualmente individuato, anche laddove il legislatore non avesse previsto testualmente la possibilità di un pegno non possessorio su cosa futura non vi sarebbero state motivazioni giuridiche spendibili per escludere una simile possibilità (o quantomeno quelle già spese in tema di pegno su cosa futura non sarebbero state replicabili, essendo questo una declinazione del pegno classico che, quindi, presuppone la *traditio rei*)¹⁴¹.

Al contrario, non del tutto chiara appare l'esclusione dei beni mobili registrati dal novero dei beni che possono essere assoggettati al nuovo vincolo.

La norma non ha cura di specificare se detta esclusione riguardi nello specifico anche i beni mobili immateriali e, quindi, primariamente il marchio, i brevetti e gli altri diritti di proprietà industriale.

La legge di conversione non appare sotto questo aspetto particolarmente chiara e, anzi, proprio le modalità con cui essa è intervenuta in sede di

¹⁴¹ Il tutto, peraltro, si pone in assoluta coerenza con la logica imprenditoriale in cui la dinamicità degli scambi presuppone una continua circolazione dei beni.

conversione sul testo del d.l. n. 59/2016 hanno accentuato i dubbi circa la reale *voluntas legis* sul punto. La legge n. 119/2016 (che si rammenta essere la legge di conversione del d.l. n. 59/2016), infatti, ha specificato che il pegno può essere costituito anche su beni immateriali, ma non ha adottato la stessa precisione laddove, nell'indicare i beni che non possono formare oggetto di pegno commerciale, ha escluso genericamente i beni mobili registrati, senza chiarire se il riferimento debba intendersi effettuato ai soli beni mobili registrati di natura materiale o anche a quelli immateriali.

Si impone pertanto la necessità di ricercare l'effettiva *ratio legis* e di individuare la soluzione più rispettosa delle finalità proprie dell'istituto. Ciò posto, proprio il fatto che in sede di conversione il legislatore abbia chiarito che il pegno commerciale può avere ad oggetto sia beni materiali che immateriali lascia ritenere che ove avesse voluto escludere dai beni oppignorabili i beni mobili registrati immateriali (oltre ai beni mobili registrati materiali) lo avrebbe egualmente puntualizzato¹⁴².

Questa soluzione, che sembrerebbe essere preferibile alla luce del dato testuale e soprattutto dell'*excursus* che ha portato dal decreto legge n. 59/2016 alla Legge n. 119/2016, non sembra però rispondere ad una ragionevole *ratio*.

Sia i beni mobili registrati materiali che quelli immateriali sono destinatari di uno statuto pubblicitario basato su rigide formalità. I beni mobili quali automobili, navi, aeromobili, sono beni assoggettati ad un regime di pubblicità formale e possano essere gravati da ipoteca. Ugualmente, i beni mobili immateriali registrati, pur non essendo soggetti ad ipoteca, hanno un statuto pubblicitario e di registrazione.

¹⁴² Il testo del decreto legge n. 59/2016 recitava al suo secondo comma "il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, a esclusione dei beni mobili registrati". La legge di conversione 119/2016, invece, è intervenuta sul testo così modificandolo "Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa, e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili registrati".

Marchi e brevetti, ad esempio, possono formare oggetto di garanzia nel rispetto delle formalità pubblicitarie dettate dal codice della proprietà industriale il quale, all'art. 138, comma 1, prevede che possono essere costituiti in garanzia mediante trascrizione dell'atto costitutivo della prelazione presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi.

Allo stesso modo, anche il pegno su quote di s.r.l. (le quali sono beni immateriali non potendo essere incorporate e materializzate in una *res*¹⁴³) prevede uno specifico regime di iscrizione nel registro delle imprese¹⁴⁴.

¹⁴³ Di quest'avviso è anche la giurisprudenza, secondo la quale la quota di partecipazione in società a responsabilità limitata è un bene immateriale, trattandosi di un bene che esprime una posizione contrattuale obiettivata e che deve essere equiparato ad una *res* immateriale mobile.

Cfr Cass. civ. sez. III, 21 ottobre 2009, n.22361 secondo la quale “la quota di s.r.l. esprime una posizione contrattuale obiettivata, un bene immateriale da equipararsi al bene mobile non iscritto in un pubblico registro e che tuttavia ha un valore patrimoniale oggettivo, che è dato dalla frazione del patrimonio che rappresenta. Conferma dell'equiparazione della quota al bene mobile non registrato si ricaverebbe anche dall'articolo 2482, secondo comma e 2483 c.c., in base ai quali la quota può essere trasferita, sequestrata, concessa in pegno dal socio e non dalla società che rispetto a tali avvenimenti è terza”.

Ancora, Cass. civ. sez. I, 26 maggio 2000, n.6957 per la quale “la quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 c.c., onde a essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813 c.c., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene, giacché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti e non come mero diritto di credito”.

¹⁴⁴ In realtà non vi è consenso unanime sulla qualificazione delle quote di partecipazione in s.r.l. come beni mobili registrati. Tuttavia, l'introduzione dell'obbligo di registrazione presso l'Ufficio del Registro delle imprese per i trasferimenti di quote di partecipazione in s.r.l. ad opera della legge. n. 310/93, ad avviso della scrivente, ha un impatto determinante ai fini della qualificazione della partecipazione sociale quale bene mobile registrato. La locuzione “bene mobile registrato”, d'altronde, non può ritenersi inclusiva unicamente dei soli beni mobili ipotecabili. Se così fosse, il legislatore non avrebbe avuto alcuna necessità di elencare specificamente all'art. 2810 c.c. quali beni mobili registrati sono passibili di ipoteca, ma avrebbe fatto riferimento genericamente ai beni mobili registrati. Ne deriva che la categoria dei beni mobili registrati deve ritenersi più ampia di quella dei beni mobili ipotecabile.

Ritiene che le quote di partecipazione siano dei beni mobili registrati D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei d.lgs 17 gennaio 2003, non. 5 e 6*, Milano, 2003, p. 208.

L'art. 2470 c.c. statuisce che per la costituzione del pegno debba essere curata l'iscrizione nel libro dei soci del titolo autenticato, il quale deve a sua volta riportare una puntuale indicazione della quota data in garanzia e del credito che questa è destinata a garantire.

Parimenti, anche le quote di partecipazione in società di persone¹⁴⁵ (che secondo la dottrina maggioritaria non sono meri diritti di credito ma un "complesso unitario di posizioni attive e passive che non è incorporato in un documento"¹⁴⁶) debbono essere qualificate come diritti immateriali e, per l'effetto, la loro pignorabilità ex d.l. n. 59/2016 dipende dalla soluzione offerta al quesito.

Un discorso a sé, invece, deve essere condotto per quanto concerne il pegno su titoli azionari.

A differenze delle quote di s.r.l. o delle quote di partecipazione in società di persona, in cui l'assenza di una incorporazione del diritto in un titolo portano a ricondurre queste fattispecie nell'alveo dei beni immateriali, le azioni sono titoli di credito incorporati nel documento che le rappresenta¹⁴⁷. Sulla base di questa considerazione non è

¹⁴⁵ Per le quali ormai si ritiene che non si pongono particolari problematiche nel ritenerle astrattamente assoggettabili a pegno nelle forma dell'art. 2806 c.c.

¹⁴⁶ L. BULLO, C. SANDEI, *Pegno di azioni e quote sociali*, Milano, 2005, p. 155.

¹⁴⁷ In realtà, la natura giuridica materiale o immateriale delle azioni è questione discussa. Queste sono state nel corso del tempo variamente qualificate: diritto di proprietà, titolo di credito, bene mobile, bene immateriale. L'opinione prevalente è nel senso di qualificarle come titolo di credito, sebbene siano prive del carattere dell'astrattezza e sebbene anche la letteralità sia grandemente scemata (cfr. F. GALGANO, *Dei titoli di credito, artt. 1992-2017*, Bologna, 2010, p. 163).

Per F. FIORENTINI, *op. cit.* p. 166, "la riconduzione dell'azione alla *res* materiale è stata poi sviluppata e precisata distinguendo tra oggetto formale del pegno, ossia la *res* nella sua materialità, e oggetto sostanziale del pegno, ovvero il valore della *res*. In questa direzione, il principio di autonomia patrimoniale delle società impedirebbe di configurare il pegno di azioni come un pegno *pro* quota dell'azienda sociale, dovendosi invece affermare che, anche quando il patrimonio della società è costituito da beni suscettibili di pegno, l'oggetto "sostanziale" del pegno di azioni è dato dal valore dei titoli vincolati, e solo strumentalmente dall'esercizio dei diritti sociali che gli sono attribuiti dalla legge o dal costituente il pegno. Anche la Cassazione ha seguito questa linea, ritenendo che l'oggetto sostanziale del pegno di azioni sia costituito non dai diritti facenti parte della, o derivanti dalla partecipazione societaria, o dai beni ricompresi nel patrimonio sociale, bensì dal valore dei titoli dati in garanzia. Pertanto nel pegno di azioni il patrimonio sociale acquista rilevanza esclusivamente sotto il profilo quantitativo e non qualitativo, perciò il

possibile considerarle come un bene immateriale, in quanto esse si trasferiscono tramite la circolazione del documento stesso; l'inerenza è tale da generare una confusione totale tra diritto rappresentato dall'azione e documento, sicché l'azione deve essere qualificata come un bene mobile materiale registrato. Si tratta, poi, di un bene registrato regolato, oltre che dalle norme dettate dagli artt. 2786, 2787, 2024 e 2026 c.c., dalla l. n. 239/1942 che ha disegnato uno statuto normativo in forza del quale la costituzione della garanzia presuppone l'annotazione sul titolo (ossia sull'azione) e sul libro dei soci del vincolo; annotazione che deve essere curata dalla società emittente.

In alternativa, il vincolo può essere impresso anche mediante la mera consegna del documento che incorpora l'azione, il quale deve essere girato con apposita la clausola "in garanzia". Quest'ultima modalità, però, consente la sola costituzione della garanzia tra le parti, ma non rende opponibile il vincolo nei confronti della società emittente finché non viene curata anche l'iscrizione nel libro dei soci su istanza del creditore pignoratizio, unica forma di pubblicità valida nei confronti della persona giuridica¹⁴⁸.

A ben vedere, quindi, nel pegno di titoli azionari la garanzia si perfeziona tramite la *traditio* ma diviene opponibile tramite la speciale pubblicità prevista dalla legge¹⁴⁹.

diritto reale di garanzia ha ad oggetto il valore reale del titolo azionario, cioè quello presumibilmente realizzabile in sede di vendita della partecipazione stessa e quindi quello di borsa o, per le azioni di società non quotate in borsa, il valore patrimoniale netto (non invece quello contabile, né tanto meno quello nominale).

¹⁴⁸ C. ANGELICI, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 219.

¹⁴⁹ Cfr F. FIORENTINI, in *Trattato dei diritti reali*, Milano 2014, p. 167, diretto da A. GAMBARO e U. MORELLO.

In verità, l'argomento è molto discusso. La norma non usa una dizione chiara ed incontrovertibile, pertanto si è posto il dubbio se la piena costituzione del pegno su titoli azionari discenda effettivamente dalla combinazione tra i due adempimenti richiesti o se, al contrario, si tratta di due passaggi tra loro alternativi singolarmente idonei a dare origine alla garanzia. La giurisprudenza maggioritaria sembra propendere per l'alternatività dei due adempimenti, con non poche contraddizioni sul profilo degli effetti.

A fronte di alcune pronunce che hanno ritenuto pienamente valido il contratto *inter partes* per il solo tramite della consegna del titolo, attribuendo all'iscrizione nel registro societario il solo valore di pubblicità dichiarativa nei confronti della società

Così ripercorse brevemente le relative discipline e connotazioni, emerge l'evidente contraddizione in cui si incorrerebbe ove si ritenesse di privilegiare il dato testuale e ritenere esclusi dal novero dei beni assoggettabili a pegno commerciale i soli beni mobili registrati materiali.

Andando in questa direzione, infatti, si genererebbe un sistema paradossale ed incoerente in cui, da un lato, è possibile asservire a pegno le quote di partecipazione in s.r.l. o in società di persone (beni immateriali registrati) e, dall'altro, non è invece possibile pignorare le azioni (beni materiali registrati).

La contraddizione assume connotati ancor più evidenti laddove si tenga conto che sia per il pegno di quote di s.r.l. che per il pegno di azioni il legislatore delinea un puntuale sistema di pubblicità mediante registrazioni ed iscrizioni (nel libro dei soci) del tutto assimilabili a quello di norma previsto per i beni tradizionalmente identificati come "beni mobili registrati", sicché, ove il fulcro della distinzione venisse individuato nel regime pubblicitario, non vi sarebbero motivazioni ragionevoli per ammettere gli uni ed escludere gli altri.

È allora evidente che se il ragionamento sotteso all'esclusione dei beni mobili registrati dalla categoria dei beni pignorabili ex d.l. n.59/2016 è semplicemente quello di evitare duplicazioni di discipline pubblicitarie e sovrapposizioni di normative applicabili (quelle previste dalla Legge n. 119/2016 e quelle previste dalla disciplina propria al singolo caso), l'obiettivo può essere raggiunto soltanto considerando la locuzione "beni mobili registrati" inclusiva sia dei beni materiali che dei beni immateriali.

(tra cui Trib. Firenze, 19 settembre 2000, in *Foro toscano*, 2001, 1, p. 40), si sono contrapposte altre pronunce che in senso diametralmente opposto hanno invece considerato l'iscrizione una formalità *ad substantiam* la cui assenza precluderebbe la nascita del vincolo anche tra creditore pignoratizio e debitore (così, ad esempio, Cass. civ. 28 febbraio 2007, n. 4766).

A ben vedere, però, è possibile anche una seconda interpretazione, più elementare ma comunque non priva di critici riflessi applicativi.

È infatti astrattamente possibile ritenere che laddove il legislatore ha adoperato il termine “beni mobili registrati” non abbia inteso utilizzare una dizione descrittiva indicativa di tutti quei beni soggetti ad un proprio regime di registrazione e pubblicità, ma una dizione normativa, volendo fare riferimento soltanto a quella specifica categoria di beni già soggetta ad ipoteca.

In questa prospettiva, quindi, non si tratterebbe più di affannarsi in un’opinabile distinzione tra beni materiali e beni immateriali, ma, più semplicemente, di distinguere tra beni ipotecabili e beni non ipotecabili ex art. 2810 c.c., con la conseguenza che i beni mobili materiali registrati, come ad esempio le azioni, sarebbero sempre esclusi dalla categoria dei beni oppignorabili ex d.l. n. 59/2016¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Sembra di questo avviso R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all’autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 762, laddove nel commentare la nuova disciplina ritiene che siano espressamente esclusi dalla disciplina sul pegno commerciale i beni mobili registrati per i quali l’art. 2810, comma 2°, c.c. già prevede l’ipoteca quale forma reale di garanzia.

Propende per l’applicazione della normativa sul pegno commerciale anche F. DELL’ANNA MISURALE, *op. cit.*, pp. 12 ss, per la quale “sul fronte dell’ambito oggettivo di applicazione della normativa le (condivisibili) critiche della dottrina si incentrano sul difetto di coordinamento tra l’art. 1 e la disciplina dei diritti di garanzia sui titoli di proprietà industriale (artt. 138 e 140 del c.p.i.).

Se, infatti, la disposizione del secondo comma è chiara nell’indicare i beni suscettibili di costituire oggetto della garanzia, ricomprendendo tra questi i beni immateriali, null’altro aggiunge al riguardo. Nel silenzio del legislatore ci si è chiesto se il pegno avente ad oggetto marchi e brevetti resti regolato dal sistema pubblicitario previsto dai richiamati articoli del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 sì che nel concorso di più diritti di garanzia il grado è determinato dall’ordine delle trascrizioni di cui al registro tenuto presso l’Ufficio Italiano Brevetti e Marchi o se, invece, l’esistenza concorrente di altri registri pubblici in cui «il diritto comune prescrive la trascrizione o l’iscrizione di atti costitutivi di diritti di pegno non osta all’iscrizione della garanzia nel registro dei pegni non possessori ed alla applicazione della disciplina speciale, che in quanto tale prevale». Il pegno sarebbe in questo caso soggetto al regime di opponibilità previsto dall’art. 1, comma 4, con tendenziale prevalenza rispetto alle risultanze di altri registri.

Invero, il difetto di coordinamento suggerisce il ricorso ai normali criteri di risoluzione del conflitto tra norme per cui la nuova legge potrebbe considerarsi prevalente sia perché *lex specialis*, disciplinando l’ipotesi dell’assoggettamento di un diritto di proprietà industriale a garanzia di un credito inerente all’attività di

Laddove si ritenesse di aderire a quest'ultima prospettazione, il pegno commerciale sarebbe estendibile anche a tutti quei beni immateriali non ipotecabili ma che sono già assoggettati ad un loro regime di registrazione (quindi anche i marchi ed i brevetti) e che sovente hanno un valore economico significativo.

Di conseguenza, detti beni potrebbero essere pignorati alternativamente nelle forme speciali previste dalle normative di settore di riferimento oppure secondo le modalità del pegno non possessorio.

Peraltro, in un'ottica sistematica, la duplicazione di discipline astrattamente applicabili ad uno stesso bene non è un'ipotesi tanto estranea all'ordinamento, dal momento che tutti i beni mobili strumentali all'esercizio dell'impresa possono essere pignorati sia nelle forme del d.l. n. 59/2016 che nelle ordinarie modalità codicistiche.

Ove poi si intendesse propendere per questa interpretazione e ritenere che lo stesso bene possa essere passibile di essere gravato secondo le forme del pegno non possessorio e secondo le modalità dettate da altra normativa speciale dedicata a quel tipo di bene, il problema di coordinamento tra le due discipline parrebbe doversi risolvere in favore dell'ultima¹⁵¹ sulla base del principio *lex specialis derogat generali*. A ben vedere, infatti, la circostanza che la disciplina sul pegno non possessorio possa avere ad oggetto un qualunque bene purché inserito nel contesto aziendale e nel circuito produttivo consente di qualificarla come *lex generalis* rispetto alle discipline speciali.

Rispetto a queste prospettazioni sembra però maggiormente coerente l'opzione più drastica che esclude in radice dall'ambito applicativo dell'art. 1 del d.l. n. 59/2016 di tutti i beni, materiali o non materiali, che sono già soggetti ad un regime di pubblica registrazione.

impresa, sia perché nel concorso con la legge che regola i diritti di proprietà industriale, si pone come successiva nel tempo”.

¹⁵¹ Di diverso avviso R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 762.

Innanzitutto, non sono condivisibili le motivazioni che conducono ad escludere soltanto i beni mobili ipotecabili. Anche i beni soggetti a forme speciali di pignoramento seguono discipline *ad hoc* costruite sulla base delle esigenze poste dalle specifiche qualità del bene e, pertanto, non vi è motivo per ritenere che soltanto la disciplina pubblicitaria relativa all'ipoteca dei beni mobili registrati debba prevalere su quella del pegno non possessorio. È quindi più ragionevole pensare che con la locuzione “beni mobili registrati” il legislatore abbia, più semplicemente, inteso evitare una duplicazione di statuti normativi speciali ed includere nella deroga tutti i beni registrati, sia materiali che immateriali.

È stato detto che in linea di massima la duplicazione di regimi non collide con le logiche del sistema, ma è pur vero che in questo caso non si somma una normativa speciale (quella del pegno non possessorio) ad una ordinaria (pegno codicistico), ma due normative speciali che prescrivono forme di pubblicità specifiche da effettuarsi su registri appositamente dedicati (si pensi al registro dei marchi, al registro dei brevetti, al registro dei libri sociali). In buona sostanza, ritenendo sussumibili i beni mobili registrati nell'alveo della Legge n. 119/2016 opererebbero due regime pubblicitari “speciali”, generando un sistema complesso e frastagliato, capace di portare ad implicazioni negative in termini di economicità dei traffici giuridici.

Nondimeno, in questo modo si creerebbero anche problemi nella circolazione dei beni perché i terzi, in assenza di regimi di collegamento, sarebbero costretti a consultare più registri prima di poter serenamente acquistare dal debitore dei diritti sui beni mobili registrati. Sotto altro profilo, gli stessi problemi si replicherebbero anche per il creditore, costretto a verificare più registri prima di poter davvero fidarsi sull'assenza di altre garanzie sul bene che intende oppignorare.

Posto che queste considerazioni sono validamente spendibili sia per i beni mobili assoggettabili ad ipoteca, sia per i beni mobili registrati di natura materiale, sia per i beni mobili di natura immateriale, in conclusione, è preferibile ritenere che con la locuzione “beni mobili registrati” il legislatore abbia inteso escludere *tout court* i beni di ogni specie già soggetti ad un proprio e speciale regime di pubblicità, senza operare altre differenziazioni.

Anche questa conclusione, tuttavia, non è priva di riflessi applicativi distonici, dovendosi comunque tener conto di un profilo di non poco conto. Escludendo dalla categoria dei beni pignorabili ex d.l. n. 59/2016 tutti i beni mobili registrati, residua poco spazio per l’applicazione del nuovo istituto ai beni immateriali¹⁵², dal momento che la maggior parte di questi prevede degli speciali regimi di pubblicità.

Si pensi a beni immateriali come i brevetti, i marchi, le azioni, le obbligazioni, le quote di s.r.l. o di partecipazione in società di persone; sono tutti beni soggetti ad un precipuo regime di registrazione che porta, come sopra evidenziato, ad escluderli dall’ambito applicativo del pegno non possessorio, pur trattandosi di beni che invece costituiscono sovente il patrimonio più importante di una società (si pensi soprattutto al marchio di un’impresa ed ai brevetti detenuti).

Ebbene, la lettura critica ed analitica dei requisiti oggettivi per la costituzione del pegno commerciale e tutti le soluzioni ipotizzate per ovviare all’imprecisione normativa conducono a conclusioni distoniche che evidenziano l’esigenza di un intervento correttivo.

¹⁵² I beni immateriali sono beni intesi in senso esclusivamente giuridico. Tra questi vi rientrano una categoria eterogenea di cose, tra cui i diritti della personalità, i segni distintivi dell’impresa, le invenzioni industriali, i modelli e disegni ornamentali. L’attuale processo di dematerializzazione ha poi portato ad un progressivo ampliamento della categoria dei beni immateriali tramite la trasformazione di beni che in passato avevano una natura corporale in beni astratti. Si pensi al riguardo ai titoli di credito, agli strumenti finanziati, alle obbligazioni, ai titoli di stato.

Una considerazione resta però sempre impregiudicata: laddove il legislatore intervenisse precisando che possono costituire oggetto di pegno commerciale anche i beni immateriali registrati, l'unica possibilità per evitare le conseguenze negative di questa scelta (ossia la sovrapposizione di discipline speciali e di regimi pubblicitari) sarebbe quella di prevedere contestualmente una normativa di collegamento che disponga la predisposizione di un singolo registro ove iscrivere tutte le tipologie di pegni, così superando l'attuale frammentazione che non garantisce, a parere di chi scrive, un'effettiva intellegibilità per i terzi che, invece, devono essere incoraggiati nel concedere credito¹⁵³.

Tramite una pubblicità semplificata, unificata e trasparente, i terzi verrebbero onerati di consultare un singolo registro, a prescindere dalla natura del bene, così ovviandosi ai problemi discendenti dalla molteplicità di normative in punto di garanzie mobiliari non possessorie.

4. Valore del bene oggetto del pegno e sostituzione.

Tra le caratteristiche principali del pegno commerciale figura la possibilità di concordare tra le parti la possibilità per il debitore o per il terzo concedente il pegno di trasformare, alienare o, più genericamente, disporre del bene oppignorato, nel rispetto della specifica destinazione economica.

¹⁵³ Ferme restando le varie forme di pubblicità previste dalle singole normative, che assolvono a specifiche e proprie funzioni, Si potrebbe, infatti, ideare in via generalizzata un unico registro, ripartito in più sezioni, ove registrare tutti i tipi di pegni, dal pegno su prosciutti, su prodotti lattiero-caseari, su strumenti finanziari, al pegno su beni strumentali ex d.l. n. 59/2016.

L'articolo 1 del d.l. n. 59/2016 istituzionalizza così un pegno rotativo¹⁵⁴ in cui la garanzia si trasferisce in relazione alle vicende che riguardano il bene inizialmente gravato, il quale può essere surrogato senza che ciò implichi la nascita di una nuova garanzia.

Tale meccanismo si fonda sull'assunto che il bene non è rilevante in sé ma per la sua componente di valore, sicché esso è liberamente sostituibile per le finalità del debitore fintanto che la sostituzione non arreca pregiudizio alla garanzia del creditore.

Nel caso di roteazione il pegno ricade, rispettivamente, sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti la costituzione di una nuova garanzia a seguito di novazione della precedente.

Come immediatamente evincibile, si tratta di un meccanismo già noto al sistema, poiché idealmente equiparabile a quello del pegno rotativo nato nella prassi bancaria.

L'assimilabilità, però, è soltanto parziale e residuale. Ciò che accomuna i due istituti, infatti, è la roteazione della *res* sostituita con la *res* sostituita, ma nel pegno commerciale non vi è necessariamente roteazione di beni dello stesso tipo in quanto la legge consente che essa avvenga tra beni di generi diversi, diversamente dal pegno rotativo, ove la surrogazione opera tra titoli di credito o altri strumenti finanziari necessariamente dello stesso tipo. Nel pegno commerciale, ad esempio, può essere sostituito un bene materiale con un bene immateriale, un bene specifico con un bene fungibile (*res* e prezzo di vendita) e addirittura il bene può essere concesso in locazione ad un terzo soggetto.

¹⁵⁴ Tale ordinaria qualità è derogabile poiché il legislatore stabilisce che le parti possano pattiziamente escludere la rotatività della garanzia.

Oltre alla possibilità di mutare il bene oppignorato con altro bene di altro tipo, ciò che contraddistingue profondamente il pegno commerciale dal pegno rotativo è la circostanza che nel il d.l. n. 59/2016 non è previsto che il pegno debba conservare sempre il medesimo valore economico¹⁵⁵, di talché questo può aumentare, così come diminuire.

Di conseguenza, è idealmente possibile che l'atto di sostituzione possa ricadere sulla stabilità della prelazione e incidere (*in melius o in peius*) sulla conservazione del valore della garanzia.

Ciò posto, in dottrina si discute se la sostituzione debba avvenire nei limiti del valore dei beni originariamente dati in pegno, ovvero se in sede contrattuale le parti debbano predeterminare il valore entro il quale le sostituzioni dell'oggetto della garanzia debbano essere effettuate.

La circostanza è di non poco conto dal momento che, a differenza delle azioni e degli strumenti finanziari che hanno un preciso valore nominale, i beni che possono essere oggetto di pegno non possessorio non hanno necessariamente un listino di riferimento, di talché non è possibile paragonare in modo immediato il valore del bene sostituito con quello del quello sostituito.

¹⁵⁵ In realtà taluni ritengono di estendere al pegno commerciale quel dibattito che si era generato con riferimento al pegno rotativo e che vedeva fronteggiarsi due teorie: l'una che ancora il valore del bene sostituito a quello originario del bene sostituito, l'altra che, invece, lo lega al valore del bene sostituito al momento della sostituzione. A sostegno di tale ultima posizione si sottolineava che la teoria che lega il valore a quello proprio del bene al momento della costituzione della garanzia ha l'effetto di privare irragionevolmente il creditore degli eventuali aumenti di valore del bene *medio tempore* intervenuti (quali, ad esempio, i frutti o gli interessi). Tuttavia, ad avviso della scrivente, il silenzio normativo sul punto non può ritenersi una mera svista, sia perché il dibattito su questo profilo era stato tanto animato in relazione al pegno rotativo da rendere difficile pensare ad una mera dimenticanza del legislatore del 2016, sia perché la possibilità di svincolare il valore del bene sostitutivo da quello surrogato appare coerente con l'intero impianto normativo, oltre che con la *ratio* stessa dell'istituto.

Occorre infatti tener conto della circostanza che la legge consente non soltanto la sostituzione del bene, ma anche la sua trasformazione e confusione con altri beni (che nel processo produttivo possono essere uniti per creare un prodotto finale), di talché è coesistente alla stessa piena disponibilità la possibilità che la l'imprenditore facendone uso ne aumenti o (meno raramente) diminuisca il valore.

La potenziale differenza di valore tra bene oppignorato *ab origine* e bene sostitutivo pone l'interrogativo sulla capacità del vincolo di estendersi a tutto il bene sostituito anche se di maggior valore e sugli strumenti di tutela del creditore per il caso in cui, al contrario, lo scambio comporti una diminuzione della garanzia (perché ad esempio il bene sostituito ha un valore di mercato inferiore o, più semplicemente, un eguale valore ma una minore possibilità di realizzo).

Analizzando partitamente le varie questioni e procedendo dall'ipotesi di sostituzione con un bene di valore superiore è possibile notare come detta sostituzione si presti ad avere effetti negativi nei confronti degli altri creditori. In questa ipotesi, infatti, il creditore pignoratizio non subisce alcun pregiudizio ed anzi vede accresciute le sue *chances* di recupero, al contrario i terzi creditori vedono ridotto il patrimonio del debitore liberamente aggredibile.

La *par condicio* viene così sacrificata e ulteriormente vulnerata.

Si pone allora l'esigenza di integrare la disciplina del pegno commerciale e di bilanciare le varie posizioni.

In assenza allo stato di un contemperamento previsto dalla norma tra le diverse esigenze, utile può rivelarsi la disciplina dell'ipoteca, a cui d'altronde la norma stessa rivela di essere in parte ispirata laddove utilizza una terminologia che tipicamente le è propria parlando di "iscrizione del pegno" e di graduazione dei creditori "secondo l'ordine di iscrizione nel registro".

Ebbene, nel sistema ipotecario il bene gravato può assurgere a contestuale garanzia di più crediti. Su uno stesso immobile possono essere iscritte più ipoteche che prendono diverso grado a seconda della successione cronologica delle iscrizioni. Parimenti, il bene può essere asservito a garanzia per un debito inferiore rispetto a quello del bene nella sua interessa.

Applicando queste caratteristiche al pegno non possessorio, si potrebbe ritenere che la garanzia copra soltanto l'importo garantito e indicato

dalle parti, anche quando essa ha un valore superiore a quello del credito. In questo modo gli altri creditori avrebbero la possibilità di soddisfarsi sul bene oppignorato per il valore differenziale tra importo garantito con il pegno non possessorio e valore del bene, mentre resterebbe assoggettata alla tutela del creditore pignoratizio soltanto la porzione di valore del bene vincolata¹⁵⁶.

Quando invece per effetto della trasformazione, dell'alienazione o delle modifiche effettuate dal debitore il bene perde il proprio valore, il nocumento si riverbera in primo luogo sul creditore pignoratizio - che vede ridotta la propria garanzia - ed in via indiretta sugli altri creditori che, più in generale, subiscono la riduzione del patrimonio del debitore e si trovano a concorrere con il creditore privilegiato sul patrimonio residuale del debitore.

La norma non prevede espressamente alcun obbligo del debitore di mantenere inalterato il valore della garanzia offerta, di talché è rimessa all'autonomia delle parti la scelta di perimetrare nell'atto costitutivo gli atti dispositivi e di trasformazione possibili, fermo restando che, comunque, sussiste sempre in via generale l'obbligo del debitore di non approfittare del possesso del bene per arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori.

In realtà, lo strumento di tutela in questa ipotesi è già presente nella legge istitutiva del pegno non possessorio. Per il caso in cui il debitore non si adegui ai canoni di correttezza e di buona fede e abusi della disponibilità concessa elidendo la garanzia del creditore la legge di conversione prevede uno strumento di reazione in capo al creditore, sancendo "la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno".

¹⁵⁶ I creditori chirografari potrebbero così soddisfarsi sul *surplus* di ricchezza acquisita dall'imprenditore grazie alla manipolazione o alla vendita del bene oppignorato. Questa prospettiva, peraltro, risulta coerente con la qualificazione del pegno possessorio come un pegno sul valore del bene e non sul bene.

Il creditore, quindi, ha la possibilità di ricorrere in via d'urgenza al giudice per tutelarsi rispetto a comportamenti abusivi capaci di ridurre la garanzia, tanto più se non giustificati da un potenziamento del patrimonio aziendale (si pensi, oltre al caso di vendita del bene oppignorato a cui segue l'acquisto di un bene dal valore inferiore, anche al caso di gratuita attribuzione a terzi della facoltà di fruire del bene o di un utilizzo improprio e dannoso).

La disposizione in questione, tuttavia, non appare del tutto salvifica.

Se da un lato è certamente apprezzabile il fatto che il legislatore abbia inteso evitare dubbi prevedendo espressamente il ricorso ad uno strumento giudiziale, è pur vero che anche in difetto di esplicita previsione il creditore avrebbe potuto senza meno ricorrere agli strumenti già previsti dal codice di procedura civile azionando un normale ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Nonostante lo sforzo profuso, infatti, il legislatore è intervenuto laddove non era strettamente indispensabile ed ha invece omesso di intervenire dove invece era opportuno. La legge, appunto, prevede un mezzo di reazione giudiziale a posteriori, ma non disciplina dei meccanismi preventivi idonei ad evitare il comportamento pregiudizievole.

Ancora una volta, nel silenzio normativo, utile può essere l'intervento dell'interprete e dell'autonomia delle parti. Posto che la norma lascia ampio spazio alla libertà privata, residua il potere delle parti di inserire nel contratto di pegno non possessorio una forma di gradimento da parte del creditore rispetto agli atti dispositivi di carattere straordinario. In questo modo verrebbe lasciato inalterato il potere del debitore di fare uso del bene strumentale, mentre la possibilità di alienarlo o di trasformarlo verrebbe subordinata ad una previa valutazione di convenienza da parte del creditore.

Detta clausola rischierebbe senz'altro di arrestare (o quantomeno limitare) la circolazione del bene oppignorato e di produrre il disvolutato effetto di immobilizzare la ricchezza, considerato che con buone

probabilità non di rado il creditore opporrebbe il proprio diniego, ma è pur vero che non vi sarebbe alcun contrasto con la funzionalità principale dell'istituto, che non è tanto quella di far sì che il bene oppignorato resti nel circuito degli scambi, quanto quella di evitare che l'imprenditore perda la disponibilità del bene strumentale all'esercizio dell'impresa.

D'altra parte, sotto altro profilo, il fatto che l'istituto opera soltanto all'interno di rapporti di stampo imprenditoriale e quindi tra soggetti che di norma hanno una maggiore avvedutezza ed una maggiore propensione alle logiche economiche, dovrebbe far sperare in un atteggiamento di maggiore apertura da parte dei creditori pignorati, i quali d'altronde sono i primi a beneficiare delle scelte imprenditoriali economicamente proficue (poiché, arricchendo il patrimonio del debitore generano maggiori *chances* di recuperare il credito) e, pertanto, dovrebbero essere indotti a fare buon uso del loro potere, concedendo il loro *placet* a tutte quelle operazioni idonee a generare una nuova ricchezza o comunque ad evitare una perdita economica per il proprio debitore.

In questo modo si raggiungerebbe un equo bilanciamento tra l'esigenza del debitore-imprenditore di usare liberamente i beni oppignorati e quella del creditore di mantenere un ragionevole controllo sulle operazioni effettuate sulla garanzia dal debitore¹⁵⁷.

Un'altra questione si pone poi per il caso in cui all'alienazione del bene non segua l'acquisto di altro, ma il semplice pagamento del prezzo.

In quest'ultimo caso, consentito dalla legge, la *res* vincolata passa dal bene compravenduto al prezzo dell'alienazione; passa, quindi, da un bene specifico ed identificato ad un bene fungibile.

¹⁵⁷ Peraltro, ove il diniego del creditore non dovesse avere ragionevoli motivazioni e dovesse mostrarsi meramente pretestuoso, il debitore potrebbe adire l'Autorità Giudiziaria per ottenere un pronunciamento che, accertato l'abuso del diritto da parte del primo, gli consente di effettuare l'operazione voluta.

Questa ipotesi cela dei rischi.

Una volta trasformato il bene in denaro diviene difficile per il creditore distinguere il patrimonio vincolato (quindi la porzione di denaro sulla quale insiste la garanzia) da quello residuo, ma soprattutto preservarlo ed evitare che venga distolto.

In questo caso la posizione del creditore privilegiato appare sostanzialmente simile a quella di un normale creditore chirografario, essendo entrambi onerati di ricercare nel patrimonio del debitore la liquidità su cui soddisfarsi.

La naturale fungibilità del denaro comporta dei rischi di non poca evidenza; rischi a cui avrebbe potuto ovviare il legislatore ideando dei correttivi.

Tali correttivi possono comunque essere individuati dalle parti, facendo ricorso a quell'ampia autonomia loro concessa dalla norma¹⁵⁸. Ad esempio, esse potrebbero predisporre una forma di separazione patrimoniale mediante la costituzione di un apposito fondo non aggredibile da parte degli creditori chirografi e facilmente identificabile all'atto dell'escussione della garanzia in cui destinare i profitti dei beni gravati venduti. Ancor più semplicemente, poi, le parti potrebbero dedicare un conto corrente specifico¹⁵⁹.

¹⁵⁸ La circostanza che il legislatore non abbia dato indicazioni normative esplicite con riguardo alle modalità della sostituzione e della conservazione dei valori all'interno del congegno di sostituzione lascia comprendere quanto sia ampio il margine riconosciuto all'autonomia privata.

¹⁵⁹ In questo senso anche A. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, p. 17 per la quale "con riferimento al trasferimento della garanzia sul corrispettivo della vendita del bene originariamente assoggettato a vincolo occorre un ulteriore rilievo, sotto altro profilo. La disposizione di cui al comma 7-ter sopra riportata prevede, come detto, che il creditore pignoratizio possa ricercare a mezzo di ufficiale giudiziario il corrispettivo della vendita del bene impegnato sul quale si è trasferita la garanzia. È chiaro che ove la ricerca dia esito positivo il creditore non avrà alcuna difficoltà ad escutere la garanzia, ma è altresì evidente che una volta trasformato il bene in denaro il ritrovarlo nel patrimonio del debitore, in assenza di prescrizioni a ciò finalizzate, appare nulla più che una scommessa.

Viene da chiedersi in che cosa, a questo punto, la posizione del creditore titolare della garanzia si distinguerebbe da quella dei creditori chirografari. In altri termini: è sufficiente che dalle scritture contabili risulti che una somma di denaro è entrata nel

Tutte queste soluzioni, però, impongono attività ulteriori, anche onerose (si pensi alla costituzione di un patrimonio separato che presuppone un intervento notarile), che certamente possono essere utilizzate in assenza di un regolamento normativo di riferimento, ma che non rendono minore l'esigenza di un intervento chiarificatore che, d'altronde, sarebbe stato ragionevole aspettarsi nello stesso momento in cui il legislatore ha facoltizzato la surrogazione del bene con il suo prezzo di vendita.

Sempre all'autonomia privata sembrerebbe esser lasciata anche la regolamentazione del perimetro entro il quale circoscrivere il potere di alienazione del debitore.

Il funzionamento dell'istituto soffre infatti di una contraddizione di fondo relativa al meccanismo di sostituzione. Se da un lato il pegno non possessorio nasce con l'intento di consentire la costituzione in garanzia di beni aziendali di cui l'imprenditore conserva piena disponibilità,

patrimonio del debitore quale corrispettivo della vendita del bene impegnato perché il creditore possa far valere la prelazione acquisita con l'iscrizione del pegno?

Se così fosse, la naturale fungibilità del denaro non impedirebbe alla ragione di preferenza di operare, fermo restando che anch'essa sarebbe vanificata laddove, all'atto dell'escussione, il patrimonio del debitore fosse privo di liquidità residua.

Il rischio insito nella «genericità dei nessi identificativi del rapporto», già evidenziato dalla dottrina, fa emergere la necessità di correttivi. Al riguardo, non sembra azzardato immaginare meccanismi di segregazione patrimoniale che, in diverso contesto, caratterizzato da analoghe esigenze, ha portato a prescrivere la costituzione di un conto dedicato. Al datore della garanzia potrebbe farsi carico di accendere un conto corrente il cui saldo dovrebbe coprire, al momento del venire a scadenza delle obbligazioni garantite da pegno sul bene alienato, il valore del corrispettivo riscosso. Un simile meccanismo consentirebbe all'imprenditore di utilizzare le proprie risorse evitandogli immobilizzazioni antieconomiche, al tempo stesso assicurerebbe al titolare del pegno la soddisfazione del credito.

Viceversa non sarebbe egualmente coerente con la nuova figura imporre al concedente la costituzione di un libretto vincolato al creditore pignoratizio; per tale via, infatti, risulterebbe frustrata la ratio stessa della rotatività della garanzia, poiché al debitore verrebbe impedito qualunque utilizzo della somma di denaro ricavata dalla vendita del bene impegnato.

L'aver costruito la garanzia alla stregua di una garanzia rotativa avrebbe dovuto suggerire al legislatore di delineare esso stesso i detti accorgimenti, ma l'impressione è che si sia voluto dettare soltanto le linee essenziali della disciplina, intendendosi lasciare al datore del pegno e al creditore garantito la libertà di conformarla alle loro concrete esigenze. Il risultato è che il pegno senza spossessamento ha sì oggi fonte legale ma potrà trovare soltanto nel titolo, di matrice negoziale, il regolamento in grado di renderlo efficiente.

dall'altro è una garanzia di tipo mobiliare che, come tale, non può avere ad oggetto beni immobili; di talché ove il debitore sostituisse al bene oppignorato un bene immobile la garanzia pignoratizia non sopravvivrebbe¹⁶⁰.

È ragionevole pertanto ritenere che la norma sottenda un confine implicito al potere di trasformazione del bene, che non può essere alienato o usato per acquistare un bene immobile.

Si tratta di un limite di non poco conto considerato che sovente i beni immobili hanno un valore superiore a quello dei beni mobili, sicché la modifica o la trasformazione del bene mobile in un siffatto bene costituisce una forte compressione delle possibilità di accrescimento della ricchezza per il debitore-imprenditore che, anche in questo caso, avrebbe certamente presupposto un passaggio normativo da parte del legislatore del 2016.

Tuttavia, detto limite non può certo definirsi irragionevole, stante la profonda differenza che intercorre tra i beni mobili ed i beni immobili che si riflette necessariamente sul regime di circolazione e su quello relativo agli altri atti di disposizione.

5. La “debole” posizione dei terzi nel pegno non possessorio.

Premesso tutto quando già detto sui maggiori profili problematici afferenti alla struttura del contratto di pegno non possessorio, consta che per le sue caratteristiche il pegno commerciale ponga anche un problema di tutela dei terzi.

¹⁶⁰ D'altronde è chiaro che non si può immaginare lo spostamento del vincolo sull'immobile o sul bene mobile registrato, dal momento che si stravolgerebbero i limiti tipologici del pegno.

A partire dai profili più immediati, è possibile notare come la naturale rotatività del pegno non possessorio in astratto è capace di vulnerare gli altri creditori del debitore pignoratizio.

Si pensi al caso di un soggetto che concede un credito ad un debitore, istituendo un vincolo su un determinato bene mobile che al momento della garanzia risulta libero da pesi.

La normale rotatività del pegno commerciale e la natura non novativa della surrogazione comportano che se in un secondo momento il predetto bene viene oppignorato ex d.l. n. 59/2016 in sostituzione di altra *res* precedentemente vincolata sotto forma di pegno non possessorio (secondo, quindi, il meccanismo surrogatorio proprio dell'istituto in discorso), i diritti e le legittime aspettative del creditore riguardo al primo bene vengono pregiudicate da quelle del creditore titolare del pegno non possessorio, in quanto questo si innesta sul bene con effetti *ex tunc*.

Fino all'introduzione del d.l. n. 59/2016, nel nostro ordinamento le norme che consentono la sostituzione della garanzia non imponevano alcuna pubblicità della surrogazione e la giurisprudenza aveva tentato di ovviare al vuoto di tutela imponendo la forma scritta e la data certa ai fini della validità del patto di rotatività¹⁶¹.

Detto sistema tuttavia, già allora, aveva mostrato le proprie debolezze. La tutela del terzo basato su un documento di data certa è infatti una tutela debole perché consente unicamente un controllo *ex post* capace di consentire di verificare che non vi sia stata frode, ma non di evitarla in via preventiva.

In realtà, queste problematiche sono già emerse in altri ordinamenti dove la figura del pegno rotativo è prevista e disciplinata. Nel sistema anglosassone di *common law*, ad esempio, la tutela è assicurata da un

¹⁶¹ Vale a dire, il patto deve stabilire fin dall'origine tempi e modi di sostituzione della garanzia, questo per evitare la frode nei confronti dei terzi.

sistema di pubblicità della “garanzia flottante”, che viene iscritta in un pubblico registro.

Dall’esperienza tratta dal pegno rotativo e da quella desunta dagli altri ordinamenti esteri il legislatore ha quindi tratto la conclusione che soltanto un idoneo sistema pubblicitario è in grado di garantire effettivamente il terzo; sistema non a caso previsto nel d.l. n. 59/2016, in forza del quale il pegno non possessorio è opponibile e prende grado dal momento dell’iscrizione nel registro dei pegni non possessori da istituirsi presso l’Agenzia delle entrate.

L’iscrizione nel registro dei pegni non possessori, quindi, consente al contempo di tutelare i terzi e di prescindere dalla pubblicità attuata tramite lo spossessamento.

Si tratta di una forma di pubblicità molto diversa da quella attuata tramite la consegna del bene; basti pensare al fatto che è possibile gravare un bene con più vincoli e graduarli secondo l’ordine cronologico di iscrizione nel registro.

Sebbene l’istituto non abbia ancora trovato attuazione, è lecito sin d’ora immaginare che anche il sistema pubblicitario in questione non sarà in grado di ovviare alle problematiche evidenziate, se non ben ponderato.

Ai fini della tutela dei terzi, ad esempio, è senz’altro opportuno che oltre al contratto di pegno non possessorio debbano essere registrate anche le successive vicende surrogatorie, di modo tale da consentire ai terzi di conoscere i vincoli insistenti non soltanto sul bene oppignorato in origine, ma anche su quelli ad esso sostituiti.

Allo stato, la norma non specifica nulla al riguardo, prevedendo soltanto la necessità dell’iscrizione nel “registro dei pegni non possessori”¹⁶² e

¹⁶² L’iscrizione deve indicare il creditore, il debitore, se presente il terzo datore del pegno, la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito secondo quanto previsto dal comma 1 e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l’acquisto di un bene determinato, la specifica individuazione del medesimo bene. L’iscrizione ha una durata di dieci anni, rinnovabile per mezzo di un’iscrizione nel registro effettuata prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione della iscrizione può essere richiesta di comune accordo dal creditore

rinviano all'emanazione di un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro della Giustizia.

Sotto altro profilo, la naturale rotatività non novativa del pegno non possessorio è in astratto capace di vulnerare la posizione dei terzi che vantino diritti sui beni sostituti.

Dal momento che la sostituzione del bene agisce retroattivamente, infatti, se il pegno non possessorio si trasferisce su altro bene, il terzo che abbia già acquisito un diritto su detto bene si trova improvvisamente spogliato delle sue piene prerogative poiché il vincolo ex d.l. n. 56/2016 retroagisce alla data di costituzione del pegno non possessorio. In sostanza, sebbene la sostituzione venga effettuata dopo la nascita della legittima aspettativa o del diritto sul bene da parte del terzo, opera con effetto retroattivo e finisce, quindi, per prevalere.

Questo rischio può condurre a problemi di significativo impatto.

Tuttavia, talune semplici considerazioni applicative portano ad escludere che la questione in discorso possa realmente porsi nella prassi.

Il meccanismo surrogatorio non opera tra beni co-presenti nel patrimonio del debitore, ma tra beni che si avvicendano l'un l'altro.

Più in particolare, se il bene oppignorato viene trasformato o alienato il pegno si trasferisce, rispettivamente, sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che questo comporti costituzione di una nuova garanzia. La norma, pertanto, non prevede un indiscriminato potere di sostituire un bene con un altro, ma la circolazione del vincolo sul valore espresso da quel

pignorazio e dal datore del pegno o domandata giudizialmente. Le operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il registro, gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni nonché le modalità di accesso al registro stesso sono regolati con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro della Giustizia, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, prevedendo modalità esclusivamente informatiche.

bene. Il vincolo si trasferisce sui beni che nascono dalle operazioni di disposizione sul bene oppignorato.

Nel momento in cui il bene oppignorato si trasforma e dà origine ad altro bene, questo bene è contestualmente ed automaticamente vincolato; con la conseguenza che è difficile immaginare che terzi soggetti possano essere pregiudicati dalla natura retroattiva della surrogazione, posto che il bene sostitutivo costituisce una *res* “nuova” nel patrimonio del debitore, divenuta di sua proprietà tramite la cessione o la trasformazione del bene precedentemente presente e già oppignorato.

Ciò nondimeno, residuano delle ipotesi.

Si pensi al caso di un pegno su cosa futura. In questo caso il creditore titolare di un pegno “classico” su cosa futura avrebbe una posizione certamente recessiva rispetto al creditore garantito dal pegno non possessorio. Il pegno su cosa futura, infatti, dispiega effetti “prenotativi” sul bene, ma (seguendo l’insegnamento della giurisprudenza sviluppatasi in materia) si perfeziona soltanto nel momento in cui la *res* viene ad esistenza. Da ciò consegue che in siffatta ipotesi, mentre il creditore garantito da pegno su cosa futura risulterebbe titolare di una garanzia appena costituita (benché “prenotata” in tempi antecedenti), il creditore di pegno non possessorio risulterebbe titolare di un diritto di prelazione su quel bene di data più risalente, corrispondente a quella della costituzione della garanzia sul primo bene poi surrogato; il creditore titolare di pegno non possessorio, quindi, prevarrebbe su quello titolare di pegno su cosa futura.

Una simile situazione lascerebbe quindi aperta la possibile sussistenza di un profilo di responsabilità contrattuale del debitore per non aver adempiuto all’obbligazione di concedere il bene in garanzia assunta mediante il contratto di pegno su cosa futura e porta a concludere, ancora una volta, per un intervento del legislatore che renda più

facilmente intellegibile per i terzi la presenza di un simile “rischio”, onde poter liberamente assumere le proprie determinazioni.

6. Il *vulnus* alla tutela del creditore pignoratizio: comma 5, art. 1, Legge 119/2016.

Il regime di privilegio accordato al creditore pignoratizio è derogato da un’ipotesi di carattere eccezionale prevista al comma 5 dell'art. 1, laddove statuisce che, anche se anteriormente costituito ed iscritto, il pegno “non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo”.

In sostanza il legislatore prevede una deroga dal carattere eccezionale in forza della quale il finanziamento di un determinato bene destinato all'esercizio dell'impresa prevale sul pegno non possessorio che sia stato costituito sul bene medesimo, anche se anteriore.

Questa norma, dal dubbio contenuto precettivo¹⁶³, probabilmente avrà l’effetto di ridurre la capacità del pegno commerciale di garantire efficacemente il credito, considerato che nella maggior parte dei casi nella realtà imprenditoriale i beni sono acquistati mediante operazioni economiche che prevedono una dilazione del pagamento in favore del

¹⁶³ G. PETRELLI, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese*, op. cit. critica la previsione normativa, ritenendo che l’unica interpretazione che rende possibile l’applicazione della norma è quella secondo la quale il principio di priorità sia derogato soltanto nel caso in cui “il successivo creditore, al momento in cui è stato formalizzato l’atto di costituzione del secondo pegno non possessorio, non conosca o non sia in grado di conoscere l’esistenza di un pegno anteriore su quel dato bene (con applicazione del principio di buona fede)” poiché la relativa iscrizione non è, in quel momento ancora avvenuta; ovvero quando la prima iscrizione riporti una “descrizione” generica diversa dalla “specificazione individuazione” idonea ad identificare con precisione il bene. Diversamente, la norma premierebbe chi proceda all’iscrizione nella consapevolezza di ledere un diritto altrui, oltretutto oggetto di una precedente iscrizione.

debitore-acquirente e che quindi detta deroga rischia di essere di frequente applicazione.

Taluni ritengono che la disposizione in discorso possa trovare applicazione unicamente nel caso di pegno su cosa futura¹⁶⁴, posto che soltanto in questo caso sarebbero integrati i presupposti richiesti dalla norma, vale a dire l'iscrizione di un pegno non possessorio su un bene antecedentemente al suo acquisto a rate con riserva di proprietà in favore dell'alienante.

La riserva di proprietà, infatti, presuppone che il bene non sia all'interno del patrimonio del debitore. Ebbene, se il bene non è di proprietà del debitore non può neppure essere oppignorato (chiaramente al di fuori dal caso di concessione di pegno da parte di un terzo datore di garanzia) se non come bene di sua futura titolarità che diverrà pienamente vincolabile soltanto al momento del pagamento dell'ultima rata.

Sulla base di queste considerazioni, è stato ritenuto¹⁶⁵ che la portata applicativa della deroga espressa dal comma 5 sia in realtà limitata e comunque non tale da sminuire e disincentivare il ricorso al pegno commerciale.

¹⁶⁴ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.* pp. 12 ss “ebbene, vi è un presupposto inespresso senza il quale la disposizione appare, per vero, poco comprensibile: il pegno destinato ad essere preferito a favore di quello successivamente costituito non può che essere un pegno su bene futuro, perché non sarebbe possibile per il creditore costituire una garanzia su bene che essendo oggetto di riserva di proprietà non appartiene (ancora) al debitore. Dunque, la norma regola il conflitto tra il titolare di pegno su cosa futura e il proprietario della cosa il cui acquisto sia stato finanziato con la riserva di dominio, facendo prevalere l'interesse di quest'ultimo anche quando il patto ex art. 1524 c.c. non abbia data certa anteriore all'iscrizione della garanzia. Del pari, se il conflitto viene ad essere con il creditore che ha iscritto successivamente il pegno su bene del quale ha finanziato l'acquisto, non può che riguardare chi ha costituito in pegno un bene futuro. La portata dell'eccezione di cui al comma 5 dell'art. 1 non è tale, dunque, da minare il sistema della nuova garanzia, come da qualcuno paventato, ma certamente disincentiverà la costituzione di pegno su beni futuri soprattutto su quelli, come i macchinari dell'azienda, più spesso oggetto di acquisto attraverso la vendita a rate con riserva di proprietà”.

¹⁶⁵ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, p. 12 ss.

E' possibile però anche una seconda interpretazione che amplia le ipotesi di applicazione della deroga.

Posto che il pegno commerciale è un pegno rotativo in cui la garanzia si trasferisce dal bene oppignorato al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al sostitutivo acquistato con tale corrispettivo senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia, ben può realizzarsi il caso in cui con il ricavo della vendita del bene oppignorato il debitore-imprenditore acquisti un bene a rate con riserva di proprietà in favore dell'alienante. In questo caso il pegno commerciale anteriormente iscritto sulla *res* alienata dall'imprenditore per ottenere la liquidità necessaria all'acquisto del bene strumentale si trasferirebbe sul bene strumentale successivamente acquisito, con la conseguenza che la garanzia non sarebbe opponibile al soggetto che finanzia l'acquisto di quest'ultimo bene, poiché rientrante nella perimetro della deroga di cui al comma 5. Sulla base di queste considerazioni, non si concorda con quanti ritengono che la deroga prevista dal comma 5 dell'art. 1 avrà di fatto una portata applicativa tanto ristretta e, anzi, è prevedibile che il contenzioso che ne potrà derivare non sarà di poco conto.

7. Pegno non possessorio e il pegno codicistico: fattispecie a confronto.

Così ricostruita la struttura del contratto di pegno commerciale, è possibile tracciarne le principali differenze con il pegno classico.

La figura del pegno senza spossessamento presenta già nel suo *nomen iuris* un elemento di distonia rispetto alla fattispecie codicistica che all'opposto del pegno ex d.l. n. 59/2016 si fonda sulla *datio rei*.

Lo spossessamento codicistico assolve ad una funzione pubblicitaria del peso che grava sul bene a tutela dei terzi. Il fatto che il debitore non sia

nella disponibilità del bene consente infatti ai terzi di non confidare sulla titolarità del bene da parte del debitore.

Come anticipato, il pegno codicistico è un contratto reale e non formale, salvo però l'esistenza di un documento scritto. Ai fini della prelazione, infatti, quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58 il codice civile richiede un documento scritto contenente la sufficiente indicazione del credito garantito e della cosa data in garanzia. Ne deriva che il contratto in sé non postula peculiari formalità per la sua costituzione, ma le impone ai fini della prelazione.

Al contrario, il contratto di pegno non possessorio è un contratto formale e non reale che si iscrive in una fattispecie a formazione progressiva, in cui al meccanismo della *traditio rei* si sostituisce la registrazione del contratto, il che costituisce evidentemente la principale deroga alla disciplina di cui all'art. 2786 c.c. che richiede lo spossessamento per far sorgere in capo al creditore l'effetto tipico dello "*ius praelationis*". Come già ampiamente illustrato, il contratto di pegno commerciale, infatti, a prescindere dal valore del bene offerto in garanzia deve essere redatto in forma scritta a pena di nullità.

Dalle rispettive caratteristiche derivano taluni predicati significativi.

La circostanza che nel pegno codicistico il presupposto di validità del contratto sia dato dalla *traditio rei* fa sì che di norma detto pegno non possa avere ad oggetto una cosa futura. Se la cosa non esiste, d'altronde, non si può dar corso allo spossessamento che presuppone un'attività materiale sul bene. Tutt'al più, come già ipotizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il pegno di cosa futura può costituire un contratto ad effetti obbligatori, inteso quale primo atto di una fattispecie a formazione progressiva che si perfeziona soltanto nel momento in cui la *res* viene ad esistenza e viene consegnata al creditore o al terzo soggetto individuato d'intesa tra le parti.

Il pegno di cosa futura, quindi, può valere al più come un preliminare di pegno, in cui il debitore si obbliga a costituire il bene in pegno quando verrà ad esistenza.

Al contrario, la possibilità di vincolare beni non ancora venuti ad esistenza è invece direttamente prevista dalla norma nel caso di pegno commerciale¹⁶⁶.

Come già puntualizzato, la differenza in oggetto in realtà è il frutto di una profonda diversità ontologica di fondo fra i due istituti. Mentre il pegno classico è un pegno di cosa, il pegno commerciale si costituisce mediante il riferimento ad un valore complessivo¹⁶⁷; nel pegno non possessorio ciò che rileva è il valore della cosa, non la cosa in sé e questo è confermato dal fatto che il debitore ha la piena disponibilità del bene, se non diversamente previsto dal contratto¹⁶⁸.

Ciò posto, il pegno commerciale si pone come un nuovo modello di garanzia patrimoniale diametralmente opposto rispetto al pegno classico che, tuttavia, trae origine da questo e desume molti aspetti dalle declinazioni del pegno codicistico, come di seguito verrà meglio illustrato.

8. Il pegno non possessorio: una crisi di esperienze.

¹⁶⁶ Il comma 2 del d.l. n. 59/2016 prevede all'uopo che "il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, a esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo.

¹⁶⁷ Il che giustifica anche la naturale rotatività del pegno non possessorio. A parità di valore la sostituzione del bene non incide sulla tutela del creditore ed è neutrale rispetto agli interessi del creditore.

¹⁶⁸ Il pegno è senza spossamento per consentire al debitore di usare i beni e di sostituirli; si tratta in una buona sostanza di un pegno rotativo in cui però non vi è necessità del patto di rotatività con le relative caratteristiche previste dalla giurisprudenza di cassazione.

Come efficacemente stigmatizzato da autorevole dottrina, “ricco di novità il pegno non possessorio lo è davvero. La sua denominazione è persino riduttiva. Esso non è semplicemente un pegno senza trasferimento del possesso al creditore, ma anche un pegno rotativo, un pegno *omnibus*, un pegno su beni e crediti futuri, un pegno assistito da patto marciano ed altre modalità avanzate di autotutela esecutiva”¹⁶⁹.

Indubbiamente la maggiore assonanza intercorre tra il pegno non possessorio ed il pegno rotativo, che dai più ne è considerato l’archetipo.

Il pegno commerciale, infatti, in perfetta armonia con il dinamismo dell’attività d’impresa, è configurato come un pegno ordinariamente rotativo “ove non sia diversamente disposto nel contratto”, dal momento che il debitore (o il terzo datore di pegno) è autorizzato a trasformare, alienare o comunque a disporre dei beni gravati da pegno senza vulnerare la posizione del creditore, la cui garanzia trasla sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia.

Nel pegno extracodicistico la rotatività è inserita dallo stesso legislatore, sicché il pegno commerciale è rotativo a prescindere da uno specifico patto. Detto carattere è possibile perché la tutela dei terzi è assicurata dall’iscrizione nel registro pubblico.

Sia nel pegno rotativo che nel pegno senza spossessamento la sostituibilità del bene consente di ritenere che si tratti di un pegno di valore in quanto il debitore può disporre dei beni oggetto della vendita ed il pegno si trasferisce sui beni sostituiti o sul valore, con conseguente assimilabilità sotto detto profilo dei due istituti.

Ancora, il pegno senza spossessamento molto ha desunto anche dalla figura del pegno *omnibus* e, anzi, la circostanza che il pegno non

¹⁶⁹ M. CAMPOBASSO, *Pegno non possessorio: pegno ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2018, p. 704.

possessorio possa essere costituito a garanzia di crediti inerenti all'esercizio dell'impresa già esistenti o anche futuri, purché determinati o determinabili, rappresenta un riconoscimento normativo della legittimità della clausola “*omnibus*” nata nel contesto bancario e avallata con non pochi sforzi esegetici da parte della giurisprudenza.

Non poche, poi, sono le somiglianze tra il pegno senza spossessamento ed il pegno di cosa futura e di crediti (derivante dal *pignus nominis* romanistico), in cui il debitore fornisce al creditore come garanzia un bene non ancora esistente ed in cui il rapporto si caratterizza per l'obbligatorietà del vincolo assunto.

Ebbene, anche nel neonato pegno senza spossessamento è di fatto consentita la pignorabilità dei beni non ancora esistenti, ma mentre nel pegno di cosa futura, secondo la giurisprudenza di legittimità che ormai ne ammette la validità, sussiste una fattispecie a formazione progressiva in cui la garanzia si realizza soltanto con la venuta ad esistenza del bene, nel pegno senza spossessamento - parrebbe evincersi dalla norma - la garanzia è immediatamente costituita con la sottoscrizione del contratto.

In sostanza, il pegno non possessorio di cose future prende grado subito, a differenza di quello civilistico in cui, invece, il pegno prende grado e sorge soltanto se e quando il bene viene ad esistenza.

Nondimeno, il pegno non possessorio molto ha dedotto anche dal pegno irregolare dal quale, soprattutto, ha derivato l'applicazione della cautela marciana, prevista di fatto in entrambe le ipotesi normative.

La norma d.l. n.59/2016, infatti, autorizza il creditore a concordare con il debitore il proprio diritto a vendere il bene ed a rivalersi sul corrispettivo fino a concorrenza del credito, con obbligo di restituzione dell'eccedenza¹⁷⁰.

¹⁷⁰ L'introduzione del pegno senza spossessamento ha pertanto rappresentato un'ulteriore previsione normativa di patto commissorio con cautela marciana. Altre

Per altri versi, poi, il pegno non possessorio presenta analogie anche con le ipoteche mobiliari¹⁷¹. Dal meccanismo ipotecario è desunto il sistema pubblicitario. Così come l'ipoteca “dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi”.

In conclusione, con il d.l. n. 59/2016 il legislatore ha coniato un istituto nuovo nella sua complessità, ma nei suoi elementi, singolarmente identificati, frutto di una selezionata scelta delle caratteristiche ritenute “vincenti” di quelle fattispecie già presenti nel sistema e, soprattutto, delle varie declinazioni del pegno classico.

ipotesi sono il pegno irregolare, ma anche la nuova vendita sospensivamente condizionata all'adempimento di cui al 48 *bis* TUB.

Queste figure, per le loro caratteristiche, vengono da taluni ricondotte a fattispecie di proprietà temporanea, da altri invece ad alienazioni con funzione di garanzia non lesiva del divieto del patto commissorio, dal momento in cui il creditore trattiene per sé unicamente la somma garantita e non l'intero valore della *res*.

In tutte queste ipotesi, infatti, il creditore può vendere il bene e garantirsi con il corrispettivo che ritiene fino a concorrenza del credito con obbligo di restituzione dell'eccedenza; il creditore quindi non può arricchirsi, ma si soddisfa solo nei limiti del valore del credito, di talché opera la totale marcia.

¹⁷¹ Il parallelismo è evidenziato da A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2017, pp. 155 ss.

CAPITOLO III

L'INVERSIONE DI TENDENZA: DAL *FAVOR DEBITORIS* ALL'AUTOTUTELA "COMMISSORIA".

SOMMARIO: 1. Il potenziamento dell'autotutela esecutiva. -
2. L'autotutela esecutiva nel pegno non possessorio. - 2.1. La procedura
esecutiva nel pegno non possessorio. - 2.2. Il pegno non possessorio nel
fallimento. - 2.2.1. La revocabilità del pegno non possessorio. -
3. Nuovi modelli di garanzia patrimoniale e nuovi strumenti di tutela
del credito. - 3.1. Il marciando bancario ex art. 48 *bis* T.U.B. - 3.2. Il
credito immobiliare ai consumatori ex art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. -
3.3. Il prestito vitalizio ipotecario. - 4. L'autotutela "commissoria". -
4.1. La difficile individuazione della *ratio* del patto commissorio. -
4.2. Il ruolo della cautela marcianda.

1. Il potenziamento dell'autotutela esecutiva.

Notoriamente, i maggiori deterrenti alla concessione di finanziamenti sono primariamente rappresentati dalle rilevanti difficoltà registrate nel nostro Paese per il recupero stragiudiziale e giudiziale del credito. La procedura esecutiva, infatti, incide negativamente sulla disponibilità (*rectius* fiducia) dei creditori verso la concessione di prestiti, dal momento che, in caso di mancata restituzione della somma, il creditore è costretto ad anticipare i costi per la riscossione coattiva, oltre a doverne attendere i (lungi) tempi processuali e subire l'imprescindibile "aleatorietà" del buon esito; elementi – questi – che rendono in concreto incerta l'effettiva possibilità di soddisfare il credito.

Questi elementi si ripercuotono negativamente sul mercato creditizio, atteso che, come evidenziato in dottrina¹⁷², l'efficienza del medesimo in termini di rapidità di erogazione alle imprese è strettamente connessa proprio alla dinamica delle procedure esecutive.

Su tali presupposti, per rispondere alle difficoltà pratiche riscontrate, gli istituti bancari hanno iniziato a valorizzare in via quasi del tutto esclusiva le capacità reddituali del debitore (e dei coobbligati in solido), lasciando in secondo piano i beni offerti in garanzia, conseguentemente svalutando la funzione propria del pegno e dell'ipoteca quali strumenti

¹⁷² Cit. R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 762.

idonei a confortare i finanziatori, ormai non più fiduciosi nella prospettiva di una soddisfacente vendita all'asta del bene gravato¹⁷³.

Su tali premesse si comprende il motivo per il quale siano risalenti le sollecitazioni provenienti degli operatori finanziari e non, così come dei processualcivili, a potenziare l'autotutela esecutiva del creditore pignoratizio¹⁷⁴.

Dette spinte sono finalmente state recentemente recepite dal legislatore moderno, il quale ha dato avvio ad un importante processo di trasformazione della tutela esecutiva che dalla tradizionale procedura giudiziale volge verso forme di autotutela consensuale, dominate dall'autonomia privata e gestite al di fuori dal controllo giudiziale.

L'introduzione delle nuove forme di autotutela ha avuto un impatto positivo nel processo di finanziarizzazione. L'autotutela, infatti, costituisce una grande attrattiva per i finanziatori, attirati dal risparmio dell'attività processuale, dalla rapidità dell'intervento e dalla possibilità di esprimere finalmente la propria autonomia privata all'interno di dinamiche tradizionalmente dominate dalla sola logica del legislatore¹⁷⁵.

¹⁷³ Ciò nonostante, vi è un maggior ricorso alle garanzie reali rispetto a quelle personali. La perdita di attrattività delle garanzie reali deve fare i conti con il fatto che per un debitore è indubbiamente più agevole concedere in garanzia un bene piuttosto che ottenere che un terzo presti garanzia personale in suo favore.

¹⁷⁴ In tema, T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una categoria*, in *Il foro napoletano*, Napoli, 2019.

¹⁷⁵ In questo senso, cfr F. SPINACI, *L'evoluzione dei patti marciani*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica, scuola superiore dell'avvocatura, fondazione del consiglio nazionale forense*, n. 2/3, 2017 p. 101, che – tra le altre riflessioni – evidenzia anche come il nostro sistema conosca già altre forme di autotutela. Tra queste vi rientra il rimedio previsto dall'art. 1461 c.c. a mente del quale il contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia. Altro esempio è offerto dall'art. 1454 c.c. che consente alla parte adempiente di reagire all'altrui inadempimento mediante intimazione per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente, il contratto s'intende risolto. Particolarmente espressivo è poi il diritto di ritenzione ma, soprattutto, lo sono l'art. 2044 c.c. e l'art. 2045 c.c. che rispettivamente esonerano da responsabilità risarcitorie il soggetto che abbia arrecato un danno per legittima difesa o in stato di necessità, a determinate condizioni.

Si tratta certamente di un'opzione allettante per dare nuovo impulso ai processi economici e finanziari, ma che implica ontologici rischi di sopraffazione del debitore, oltre ad essere ideologicamente di difficile inserimento in un sistema garantista come quello italiano in cui, a ben vedere, il legislatore del 1942 pare aver assunto un atteggiamento di protezione nei confronti del debitore.

Il *favor debitoris* è, infatti, il principio generale che ispira molte disposizioni relative alla disciplina delle obbligazioni, nel contesto di un codice civile che risente di una concezione del rapporto obbligatorio inteso quale tendenzialmente asimmetrico, in cui il debitore è la parte debole, mentre il creditore è la parte forte¹⁷⁶.

Molte disposizioni codicistiche rivelano questa influenza.

Si pensi all'art. 1184 c.c. il quale stabilisce che se per l'adempimento è fissato un termine, questo si presume sempre a favore del debitore, qualora non risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi.

Allo stesso modo, indicativa è anche la disposizione di cui all'art. 1286 c.c. che in materia di obbligazioni alternative assegna al debitore la facoltà di scelta, salvo - anche in questo caso - che non sia diversamente previsto nel contratto.

Ancora, in punto di interpretazione del contratto, l'art. 1371 c.c. prevede che se, nonostante l'applicazione delle norme sancite per l'esegesi del contratto, il testo resta oscuro, questo deve essere inteso (i) nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e (ii) nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

¹⁷⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 2, 2015, pp. 72 s.s., ricostruisce le *rationes* delle varie disposizioni in una diversa ottica e giunge alla conclusione diametralmente opposta rispetto a quella della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria secondo la quale in realtà il nostro ordinamento sarebbe ispirato al principio del *favor creditoris*.

Nei contratti a titolo gratuito, poi, il rischio della perdita del denaro nel tempo grava sul creditore, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1277 c.c.¹⁷⁷.

Nondimeno, il *favor debitoris*¹⁷⁸ si esprime anche attraverso il principio della temporaneità dei vincoli. L'ordinamento, infatti, è contrario ai vincoli a tempo indeterminato e consente sempre di determinare la fine del rapporto in quanto il vincolo perpetuo grava sul debitore, il quale resta vincolato.

Dette disposizioni non sono state mutate dalla recente stagione riformista che ha portato all'introduzione dei nuovi strumenti di tutela del credito, ma ad oggi si assiste ad una concreta inversione di tendenza normativa poiché il legislatore, sospinto dalla necessità di incentivare il credito per favorire l'economia, ha innestato nell'impianto originario altre previsioni che introducono dei sistemi di maggior tutela del creditore, indubbiamente più sfavorevoli per il debitore. Si tratta infatti di istituti capaci di derogare alle caratteristiche su cui si basa il sistema della responsabilità patrimoniale delle garanzie e di tutela del debitore, sottraendo la fase esecutiva alla supervisione del giudice ed affidandola all'attività autosatisfattiva del creditore, nonostante tradizionalmente il nostro sistema ripudi forme di autotutela per evidenti esigenze di ordine pubblico¹⁷⁹.

Un esempio per tutti è offerto dalla legge delega n. 155/2017 per la riforma e la disciplina delle crisi di impresa e dell'insolvenza, laddove

¹⁷⁷ La norma infatti stabilisce che i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale. Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima.

¹⁷⁸ Alla luce del *favor debitoris* si giustifica anche la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 13 settembre 2016 n. 17989 sulla distinzione tra obbligazioni portabili e non portabili.

¹⁷⁹ In argomento, E. BETTI, *Autotutela*, in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959, p. 529.

all'art. 11 consente al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia, “anche in deroga al divieto del patto commissorio”¹⁸⁰.

Proprio in questo inciso è racchiusa la moderna tendenza del sistema, che muove verso una progressiva sistematizzazione della stragiudizialità dell'escussione della garanzia, anche in deroga ad un divieto così radicato nel nostro ordinamento come quello relativo al patto commissorio.

2. L'autotutela esecutiva nel pegno non possessorio.

Con il pegno non possessorio il legislatore ha introdotto una garanzia “flottante”, che prescinde dallo spossessamento, allo scopo di rendere possibile all'imprenditore di ottenere un credito senza doversi spogliare dei beni strumentali.

Alla perdita del carattere dell'immediatezza reso dalla diretta soggezione del bene al potere esecutivo del creditore pignoratorio senza il tramite della prestazione del proprietario, fanno da contrappeso ampie prerogative attribuite al creditore, al quale sono stati riconosciuti strumenti di riscossione del credito eccezionalmente incisivi, che prescindono dall'intervento dell'autorità giudiziaria¹⁸¹.

L'art. 1, d.l. n. 59/2016, prevede, infatti, un ventaglio di quattro possibili alternative per l'autotutela esecutiva del creditore, attivabili

¹⁸⁰ L'art. 11, comma 1, lettera d, prevede espressamente la possibilità di “consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito”.

¹⁸¹ Tutti questi interventi sembrano aver già inciso positivamente sulla percezione degli investitori. Significativo è il comunicato del Ministero dell'economia e delle finanze del 4 maggio 2016 che ha riportato di “ripercussioni positive sull'economia reale” derivati dagli interventi normativi “proprio in quanto le banche, rientrando più facilmente dei loro crediti, avranno maggiori spazi in bilancio per l'erogazione dei crediti”.

previo avviso scritto (atto di intimazione) al datore della garanzia e agli eventuali titolari di un pegno non possessorio iscritto successivamente.

Di queste alternative due sono direttamente riconosciute al creditore dalla legge e due sono rimesse alla contrattazione tra le parti, così facoltizzando eccezionalmente accordi che diversamente sarebbero senz'altro caduti sotto il divieto delle statuizioni commissorie.

In particolare, al creditore è sempre consentito:

- di procedere alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo ricevuto a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, restituendo invece l'eccedenza¹⁸². La norma, in questo modo, abilita il creditore a soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita stragiudiziale.

A questa facoltà è ovviamente approntato un controbilanciamento, volto ad evitare che il prezzo della vendita sia inferiore rispetto a quello idealmente ottenibile e che vengano, per questo, frustrate le aspettative del debitore e degli altri creditori che possano vantare diritti sul residuo valore del bene.

¹⁸² La norma nulla precisa in relazione alle modalità con le quali il creditore deve procedere alla restituzione del differenziale tra ricavo della vendita e valore del credito. Nel silenzio normativo taluni autori hanno ritenuto estendibili le disposizioni in punto di offerta reale al debitore di cui agli artt. 1209 e 1210 c.c. Di questo avviso S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p. 15, il quale evidenzia che la maggiore criticità discendente dalla lacuna normativa riguarda l'ipotesi in cui vi siano altri creditori oltre al creditore pignoratizio. Infatti, la norma prevede soltanto che il creditore debba notificare un avviso scritto ad eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto successivamente, ma non prevede alcunché rispetto agli altri creditori, né stabilisce se il residuo debba essere offerto loro. A parere di chi scrive, in assenza di indicazioni normative, l'unica opzione coerente è quella di ritenere che anche nel caso di presenza di altri creditori il residuo debba essere versato nelle mani del debitore il quale, secondo gli ordinari principi vigenti in punto di responsabilità patrimoniale, dovrà onorare i propri debiti e non dovrà disperdere il patrimonio o porre in essere atti in frode ai creditori. Diversamente, ove si ritenesse che il creditore privilegiato da pegno non possessorio debba versare il residuo agli altri creditori egli verrebbe ingiustamente gravato di cercare gli altri creditori e subirebbe così un ingiusto onere che realisticamente lo defaticherebbe dal concedere credito a fronte di pegno non possessorio, considerata anche la difficoltà dell'operazione richiesta dal momento che i creditori, ove non titolari di pegno non possessorio, non risultano da alcun pubblico registro.

In particolare, l'art. 1 dispone che la vendita debba essere gestita dal creditore tramite delle procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime compiute da operatori esperti nominati di comune accordo tra le parti o, in mancanza, designati dal giudice, assicurando al contempo con adeguate forme di pubblicità la massima informazione e partecipazione degli interessati¹⁸³.

L'autosoddisfacimento supera, quindi, il ricorso alla tutela giurisdizionale del creditore;

- di escutere i crediti oggetto di pegno fino alla concorrenza della somma garantita.

Qualora il contratto lo preveda espressamente, inoltre, il creditore ha la possibilità:

- di concedere in locazione il bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita¹⁸⁴;
- di appropriarsi dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, ove siano stabiliti anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene medesimo e dell'obbligazione garantita¹⁸⁵.

¹⁸³ Della vendita deve essere data adeguata pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c. a cura del creditore.

¹⁸⁴ In quest'ultima ipotesi, è chiaro che il contratto dovrà prevedere i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione.

¹⁸⁵ Il creditore insoddisfatto, quindi, può recuperare il finanziamento tramite la diretta appropriazione del bene oppignorato, in evidente deroga con il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. Il bene dato in pegno, infatti, diventa di proprietà del creditore al verificarsi dell'inadempimento, secondo il meccanismo commissorio.

Come anticipato, ci si trova, quindi, dinanzi ad una sorta di “esecuzione forzata privatizzata”¹⁸⁶, contemperata dalla previsione di rimedi posti a tutela di debitore e terzi.

Prima di poter procedere all’autotutela esecutiva, infatti, il creditore deve notificare un atto di intimazione al debitore e all’eventuale terzo e, peraltro, deve dare notizia dell’avvio della procedura anche agli altri titolari di pegno non possessorio che risultino iscritti nel registro dei pegni non possessori.

Altrettanto significativa, poi, è la previsione che consente al debitore ed al terzo datore di pegno di proporre opposizione alla procedura di escussione entro cinque giorni dal ricevimento dell’intimazione del creditore.

In tal caso, qualora concorrano gravi motivi, il giudice, dietro specifica istanza dell’opponente, può inibire alla parte creditrice di procedere con l’attività esecutiva adottando un provvedimento d’urgenza.

Qualora poi il creditore violi le modalità stabilite per l’escussione del pegno e disponga la vendita del bene ad un prezzo inferiore a quello di mercato, il comma 9 dell’art. 1, il d.l. 59/2016 riconosce al debitore ed al terzo datore di pegno la possibilità di ottenere giudizialmente tutela risarcitoria. Detta azione, tuttavia, è soggetta ad un regime temporale particolarmente rigido, potendo essere esperita soltanto entro tre mesi dalla ricezione dell’avviso scritto.

A ben vedere, tuttavia, l’eccezionale peculiare brevità del termine concesso per azionare entrambi i rimedi giudiziali è coerente con le caratteristiche del pegno non possessorio, che verrebbero del tutto frustrate se al debitore venisse concesso una più ampia scadenza per l’opposizione e, in quest’ottica, pienamente giustificabile.

¹⁸⁶ A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2017, pp. 10 ss.

2.1. La procedura esecutiva nel pegno non possessorio.

La procedura prevista per l'escussione del pegno non possessorio ricalca ideologicamente quella del pegno classico, tant'è che l'art. 2797 c.c. può essere considerato come l'archetipo dell'autotutela esecutiva¹⁸⁷. Nella disciplina codicistica, il creditore garantito da pegno che detiene il bene dato in garanzia può soddisfare la sua pretesa economica con due modalità differenti, scegliendo *i*) se avviare un'esecuzione forzata ordinaria (nella quale – chiaramente - non avrà necessità di effettuare il pignoramento, considerato che il bene è già in suo possesso) o se *ii*) procedere autonomamente alla vendita del bene oppignorato, previa intimazione al debitore (o la terzo datore di pegno) di saldare il debito, con espresso avvertimento che in caso contrario procederà alla vendita, per il tramite dell'ufficiale giudiziario.

In quest'ultimo caso, se il debitore non esegue la prestazione entro il termine breve di cinque giorni, qualora il bene abbia un prezzo determinato da listini di mercato, il creditore può predisporre direttamente la vendita tramite persona autorizzata¹⁸⁸, diversamente, se

¹⁸⁷ Di diverso parere L. MONTESANO – G. ARIETA, *L'esecuzione forzata*, vol. 3, tomo I, Padova, 2007, pp. 360-361, per i quali “si parla impropriamente di “esecuzioni” private o anche di “espropriazioni coattive” o, ancora, di forme di “autotutela esecutiva” per descrivere fenomeni che sarebbero in grado di realizzare, in favore di determinati soggetti, un risultato “simile” a quello di esecuzione forzata. Occorre, in realtà, intendersi sulla portata di questi fenomeni, che sono di fonte esclusivamente negoziale, presuppongono, cioè, l'assunzione di determinate obbligazioni nell'ambito di determinati rapporti giuridici sostanziali e si svolgono secondo regole fissate dalla legge sostanziale. In questo senso, l'improprietà dell'uso dell'espressione “esecuzione” appare evidente, in quanto questi fenomeni si svolgono previo esercizio di poteri e facoltà regolati dalla legge sostanziale e sempre sull'esclusivo presupposto che il bene da “liquidare” per la soddisfazione del credito sia nella materiale disponibilità del titolare di questi poteri e facoltà”.

¹⁸⁸ Se le parti avevano concordato delle specifiche modalità all'atto della costituzione del pegno, il creditore è vincolato al loro rispetto.

il bene non ha un valore di mercato certo, deve procedere a pubblico incanto¹⁸⁹.

Ancora - allo stesso modo di quanto accade per il caso di pegno non possessorio - il creditore può domandare al giudice che la cosa gli venga assegnata fino alla concorrenza del debito, previa stima del suo valore effettuata da soggetto all'uopo incaricato.

Ciò posto, emergono le importanti analogie che intercorrono tra il pegno commerciale ed il pegno classico e che rendono l'eccezionale autotutela esecutiva prevista nel pegno non possessorio maggiormente in linea con l'impianto normativo predisposto dal codice di rito, benché queste assonanze non sminuiscono comunque la specialità della nuova procedura di autosoddisfazione.

Anche nel pegno non possessorio l'azione deve essere anticipata da una previa intimazione rivolta al debitore (e, eventualmente, al terzo datore della garanzia) da parte del creditore, con la quale si ammonisce il debitore di consegnare entro 15 giorni il bene oggetto del pegno¹⁹⁰.

In caso di mancata consegna nel suddetto termine, il creditore può rivolgersi direttamente all'ufficiale giudiziario ed ottenere che questo intervenga secondo le modalità previste dal libro terzo, titolo III del codice di procedura civile, previa esibizione di copia dell'iscrizione del pegno nel Registro dei pegni non possessori, nonché dell'intimazione inoltrata ai sensi del comma 7.

Come manifesto, la procedura esecutiva contemplata dal riformatore del 2016 (così come quella ex art. 2979 c.c.) è fortemente semplificata, con

¹⁸⁹ Detta procedura, però, è interrotta dall'eventuale opposizione proposta nel termine di cinque giorni dal debitore, al quale la legge assegna così uno strumento di tutela avverso i comportamenti abusivi o illegittimi del creditore pignoratizio.

¹⁹⁰ La disciplina dell'escussione del pegno di cui al comma 7 dell'art. 1 è stata in parte modificata in sede di conversione. La legge n. 119/2016, infatti, è intervenuta aggiungendo i commi 7 *ter* e 7 *quater* concernenti rispettivamente la procedura per la materiale escussione del pegno e la disciplina dell'eventuale concorso della procedura di escussione del credito con altra procedura esecutiva.

deformalizzazione - a beneficio del precedente - dell'intero *iter* ordinariamente previsto dal codice di procedura civile nell'espropriazione generale. Basti pensare al fatto che mentre nell'esecuzione forzata ordinaria la vendita viene eseguita sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, nell'esecuzione forzata pignoratizia è gestita da un pubblico ufficiale incaricato dal creditore e, addirittura, ove vi sia il consenso del debitore, direttamente dallo stesso creditore¹⁹¹.

Così come avviene nel caso di pegno classico, per l'intervento dell'ufficiale giudiziario la legge non chiede nessuna peculiare formalità, neppure per l'istanza, che può essere formulata anche in forma meramente verbale.

Peraltro l'intervento dell'ufficiale giudiziario non deve essere anticipato dall'invio dell'atto di precetto ex art. 480 c.p.c. in quanto la legge esonera il creditore da questo incombente. Questa deroga, però, sembra esser stata temperata con l'obbligo di intimazione scritta (di cui si è discusso in precedenza) che, seppur con formalità diverse, assolve alla medesima funzione di anticipare l'imminente azione esecutiva al debitore e di consentirgli di evitarla con l'adempimento.

A ben vedere, le agevolazioni procedurali in questione non sono estranee al nostro sistema processuale, dal momento che (oltre che nel caso di esecuzione su pegno ex art. 2797 c.c.) perfino nel caso di esecuzione per consegna o rilascio di cosa mobile il procedimento dettato dal codice può essere azionato mediante semplice richiesta, anche verbale, rivolta all'ufficiale giudiziario. Non dissimilmente, anche nella procedura esecutiva per consegna di beni mobili (in cui l'attività si sostanzia nell'individuazione e nell'apprensione del bene richiesto dal creditore da parte dell'ufficiale giudiziario), salvo casi

¹⁹¹ F. REALMONTE, *Il pegno*, in Trattato di diritto privato, vol. 9, 1985, pp. 668-669.

eccezionali, la procedura si svolge in assenza del giudice, come avviene nel caso di escussione del pegno commerciale.

Ciò che invece maggiormente rileva è il fatto che l'escussione del bene concesso in pegno possa essere attivata in assenza di titolo esecutivo.

Si tratta di una previsione molto significativa e particolarmente sfavorevole per il debitore, soprattutto perché non compensata in altro modo, oltre che fortemente distonica rispetto a quanto previsto per le altre procedure esecutive che non ne prescindono mai e che, anzi, piuttosto, sovente richiedono la presenza di titoli esecutivi dotati di peculiare affidabilità. Nella procedura di rilascio o consegna (che pure, come si è visto, beneficia di un *iter* più semplificato, di norma scevro di intervento da parte dell'autorità giudiziaria) il legislatore, ad esempio, bilancia la facilitazione concessa subordinando l'azionabilità del procedimento al possesso da parte del procedente di titoli esecutivi dotati di una peculiare certezza, vale a dire titoli esecutivi formati in via giudiziali (quindi, principalmente sentenze) e atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale.

Ciò posto, si ripetono le stesse perplessità che erano già state paventate con riferimento alla procedura di esecuzione su pegno prevista dal codice di rito all'art. 2797 c.c., dove la norma testualmente non obbliga il procedente ad agire sulla base di un titolo esecutivo (talché taluni avevano ritenuto che la sua necessità potesse desumersi in via implicita in ossequio allo statuto generale in punto di espropriazione del codice di rito). Ancor più incisivamente il d.l. n. 59/2016 non lascia adito a dubbi circa la necessità o meno del titolo, prevedendo esplicitamente che l'azione esecutiva possa essere avviata anche senza¹⁹².

Si tratta senz'altro di una scelta giustificata dall'esigenza di garantire una maggiore celerità di recupero del credito, evitando quei passaggi

¹⁹² Di questo avviso, ad esempio. R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 762.

procedimentali che più costano in termini di tempo, anche in considerazione della peculiare “qualità” del creditore procedente.

Nonostante la possibilità di intravedere un logico fondamento nella previsione, si pone nondimeno il problema di ricondurre a logica il sistema.

In quest’ottica, le soluzioni proponibili sono due.

Privilegiando l’esistenza dell’accordo sotteso al contratto di pegno è possibile ritenere che non si tratti di vere e proprie forme di tutela esecutiva, ma piuttosto di fattispecie negoziali di regolamentazione dell’adempimento le quali seguono logiche private che nulla hanno a che vedere con l’esecuzione in senso stretto e che, per l’effetto, non devono essere inquadrare nella cornice prevista dal codice di procedura civile in punto di espropriazione forzata¹⁹³.

Laddove, invece, si escludesse di concordare su questa qualificazione¹⁹⁴, riconoscendo alle procedure ex art. 2979 c.c. ed ex art. 1, d.l.n. 59/2016, la natura di vere e proprie espropriazioni - benché speciali-, le possibilità sarebbero *i*) quella di ritenere che il legislatore abbia inteso derogare all'art. 474 c.p.c. al fine di agevolare il creditore pignoratizio o, in alternativa *ii*) quella di valorizzare le caratteristiche del contratto di pegno possessorio e riconoscerne sostanzialmente l’assimilabilità ad un titolo esecutivo.

D’altronde il comma 3 del d.l. 59/2016 prevede che nel contratto scritto di pegno non possessorio debba risultare a pena di nullità l’indicazione del creditore, del debitore e dell’eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l’indicazione dell’importo massimo garantito; di talché l’atto contiene in sé tutti gli elementi necessari per identificare il credito, tanto da poter

¹⁹³ In tal senso, L. MONTESANO – G. ARIETA, *L’esecuzione forzata*, vol. 3, tomo I, Padova, 2007, p. 362.

¹⁹⁴ Anche tenuto conto del fatto che esistono altre ipotesi in cui il creditore può procedere senza titolo esecutivo ed in cui non è revocabile in dubbio la natura espropriativa della procedura. Si pensi all’esecuzione su autoveicoli.

essere assimilato ad una forma di riconoscimento del debito da parte del debitore, inscrivibile tra i titoli esecutivi stragiudiziali “ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli¹⁹⁵” o tra le “scritture private autenticate” che, ex art. 474 c.p.c., abilitano il creditore a procedere all’esecuzione.

Sotto altro profilo, l’eccezionalità del pegno commerciale giustifica anche la previsione del nuovo comma *7-quater* dell’art. 1 d.lgs n.119/2016 che agevola il creditore titolare di pegno non possessorio rispetto a quello titolare di un ordinario pegno codicistico per il caso in cui la procedura esecutiva ordinaria e la procedura speciale pignorizia convergano su uno stesso bene.

In particolare, la norma prevede che se l’esecuzione ordinaria riconosciuta dal codice in favore degli altri creditori viene iniziata su un bene già oggetto del pegno commerciale debitamente iscritto, il giudice dell’esecuzione, dietro istanza della parte creditrice, autorizza il creditore all’escussione del pegno, stabilendo con proprio decreto tempistiche e modalità. L’eventuale eccedenza che dovesse residuare dalla soddisfazione del creditore pignorizio viene corrisposta in favore della procedura esecutiva e viene ripartita tra i creditori in ragione della natura del credito ed in proporzione, secondo le ordinarie regole in tema.

2. 2. Il pegno non possessorio nel fallimento.

¹⁹⁵ Il contratto di pegno non possessorio, infatti, viene ricevuto dall’ufficio del registro dei pegni non possessori. Si tratta, senza dubbio, di un’interpretazione “forzata” ma comunque astrattamente possibile soprattutto laddove la regolamentazione del registro dei pegni non possessori (non ancora adottata) dovesse prevedere che l’Agenzia delle Entrate debba procedere ad attestare che il contratto di pegno di cui gli istanti richiedono l’iscrizione è stato sottoscritto effettivamente da questi soggetti, dei quali accerti preventivamente l’identità.

Il fatto che il creditore pignoratizio benefici di una posizione di maggior favore non lo rende del tutto esente dalle regole concorsuali.

Nel caso in cui il debitore pignoratizio fallisca, ai sensi dell'art. 1, comma 8, il creditore garantito da pegno non possessorio può procedere in via esecutiva alla vendita della cosa oggetto di pegno seguendo le ordinarie modalità dettate dal comma 7 per l'escussione del pegno commerciale, previa ammissione allo stato passivo con contestuale riconoscimento della prelazione pignoratizia mediante provvedimento del giudice delegato.

Il controllo del giudice, finalizzato ad evitare vendite illegittime dei beni facenti parte del patrimonio del fallito, non si concentra soltanto sull'*an* del credito, ma anche sulla validità della garanzia. Il giudice, di conseguenza, deve vagliare l'effettiva esistenza tra le parti del contratto scritto di pegno non possessorio e deve verificarne la relativa registrazione presso l'apposito registro¹⁹⁶ in base alla nota di iscrizione prodotta dal creditore precedente ma, soprattutto, deve controllare l'effettiva possidenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla norma.

Il riconoscimento endo-fallimentare del credito assistito da pegno non possessorio costituisce una condizione imprescindibile perché il creditore possa procedere all'escussione della garanzia. La necessità del controllo giudiziale sui presupposti è volta ad assicurare che il suo intervento non sia dannoso¹⁹⁷ per la procedura, dal momento che l'eccedenza del ricavato rispetto all'ammontare del credito deve essere destinato alla procedura¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Questa prova è particolarmente rilevante dal momento che l'iscrizione nel registro è necessaria ai fini dell'opponibilità ai terzi, compresi quindi i creditori concorsuali.

¹⁹⁷ Il controllo è essenziale per evitare di attribuire una posizione di notevole favore rispetto a quella dei creditori concorsuali ad un soggetto in assenza dei rigidi requisiti di validità della garanzia non possessoria.

¹⁹⁸ Peraltro, qualora il creditore procedesse ad escutere la garanzia non possessoria nelle modalità previste dal contratto ma in assenza del provvedimento del giudice

Una volta ottenuta l'ammissione al passivo, il creditore può realizzare la garanzia pignoratizia in forma autonoma ed al di fuori dalla procedura concorsuale, nel rispetto dei limiti posti dal contratto di pegno¹⁹⁹. La procedura concorsuale, quindi, incide in questa fase soltanto sull'accertamento, non anche sulle modalità di escussione.

L'art. 1, comma 8, del d.l. n.59/2016 introduce una forma di autotutela esecutiva ancor più forte rispetto a quella già significativa prevista in favore dei creditori pignoratizi dall'art. 53 l.f.

Di norma, infatti, l'art. 53 della legge fallimentare²⁰⁰ subordina la possibilità per il creditore di procedere alla vendita extraconcorsuale del bene alla previa ammissione allo stato passivo fallimentare ed all'autorizzazione del giudice, il quale stabilisce con decreto il tempo della vendita, determinandone le modalità a norma dell'art. 107 l.f., dopo avere sentito il parere del curatore e del comitato dei creditori.

L'autorizzazione da parte del giudice delegato consente di assicurare il maggior realizzo dalla vendita del bene e di evitare trasferimenti del bene ad un prezzo nettamente inferiore rispetto al suo valore, nella prospettiva della ricostruzione effettiva del patrimonio concorsuale e della tutela della *par condicio creditorum*.

Al contrario, nel caso di pegno commerciale non è previsto che il giudice delegato debba regolamentare la vendita coattiva del bene

delegato di approvazione definitiva dello stato passivo avrebbe l'obbligo di restituire alla procedura quanto indebitamente percepito.

¹⁹⁹ A. NIGRO, *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, Intervento alla tavola rotonda su *Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano. Una rottura con il passato?*, tenutasi nell'ambito del Convegno di Alba del 19 novembre 2016, p. 11.

²⁰⁰ L'articolo, rubricato "creditori muniti di pegno o privilegio su mobili" prevede che i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 del codice civile possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione.

Per essere autorizzato alla vendita il creditore fa istanza al giudice delegato, il quale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, stabilisce con decreto il tempo della vendita, determinandone le modalità a norma dell'art. 107.

Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, può anche autorizzare il curatore a riprendere le cose sottoposte a pegno o a privilegio, pagando il creditore, o ad eseguire la vendita nei modi stabiliti dal comma precedente.

oppignorato, di talché la sua gestione compete al solo creditore pignoratizio che vi provvederà nelle forme sancite del comma 7 e secondo tempi e modalità che più riterrà congrui per la soddisfazione del proprio credito.

Una volta escussa la garanzia, la norma non cura di specificare (né nella disposizione fallimentare né in quella speciale di cui al d.l. n. 59/2016) se il creditore pignoratizio possa soddisfarsi in via diretta su quanto ottenuto o debba procedere autonomamente alla vendita per poi restituire al curatore le somme ricavate ed attendere che queste gli vengano assegnate nel piano di riparto.

Rivive, quindi, anche per il pegno non possessorio l'antica *querelle* già sviluppatasi in relazione al pegno codicistico.

Con riferimento al contratto di pegno ex art. 2784 c.c. la giurisprudenza di legittimità si è espressa escludendo che il creditore pignoratizio possa soddisfarsi in via definitiva al di fuori della cornice fallimentare, sostenendo che “l'art. 53 l.fall., se pure riconosce ai creditori privilegiati assistiti dal diritto di ritenzione la possibilità di procedere, pendente la procedura concorsuale, alla vendita del bene, non la configura come esplicazione di autotutela in senso proprio, come avviene al di fuori del fallimento, perché richiede l'accertamento del credito nelle forme dell'insinuazione allo stato passivo e perché assoggetta la vendita del bene gravato dal privilegio all'autorizzazione ed ai criteri direttivi del giudice delegato, a fronte della concorrente legittimazione del curatore; onde il ricavato dalla vendita, quand'anche il bene gravato sia venduto direttamente dal creditore, non viene immediatamente incassato in via autosatisfattiva dal medesimo, ma ripartito attraverso il piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione”²⁰¹.

Parte della dottrina avalla questa interpretazione e ritiene che il legislatore nel porre quale espressa condizione procedurale l'obbligo di

²⁰¹ Cass. Civ., sez. I, 18 dicembre 2006, n. 27044.

insinuarsi al passivo abbia inteso assoggettare anche il creditore pignoratizio non possessorio al concorso poiché “la facoltà di proseguire o intraprendere l'azione esecutiva, anche dopo la dichiarazione di fallimento, consente al creditore di conseguire dalla escussione una somma in via direttamente soddisfattiva, ma non certo [in via] immediatamente e definitivamente soddisfattiva”²⁰².

In buona sostanza, secondo questa prospettazione, il creditore pignoratizio beneficerebbe della possibilità di percepire immediatamente il ricavato dalla vendita del bene, ma per rendere finale la riscossione del credito dovrebbe attendere l'approvazione definitiva del piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Tale lettura, però, conduce a non poche complicazioni.

Si pensi soprattutto al caso in cui crediti di grado superiore a quello pignoratizio, come ad esempio le spese di giustizia maturate per la stessa procedura fallimentare (quindi il compenso del curatore), vadano ad intaccare il prezzo della vendita del bene oppignorato percepito dal creditore pignoratizio. In questa ipotesi, se effettivamente dalla vendita il creditore desume una soddisfazione soltanto temporanea, esso sarebbe addirittura costretto a rendere alle casse del fallimento quanto percepito in sede provvisoria, il che, con buone probabilità, darebbe luogo ad un nuovo filone di contenziosi.

Queste considerazioni, nonché la conclamata volontà del legislatore della riforma di agevolare la riscossione del credito mediante forme di autotutela esecutiva, inducono a preferire la diversa tesi secondo la quale il creditore pignoratizio desume dalla vendita del bene oppignorato una definitiva assegnazione del ricavato, a tacitazione del suo credito.

²⁰² R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc. 6, 2018, p. 793.

Diversamente, la norma, più che agevolare il creditore, lo onererebbe di procedere a sua cura e sotto la sua responsabilità ad effettuare la vendita del bene, per poi restituire il percepito alla procedura concorsuale e beneficiarne soltanto dopo l'approvazione del piano di riparto. Si tratterebbe di una conseguenza non poco paradossale dal momento che in questa chiave di lettura il creditore non trarrebbe alcun beneficio concorsuale dal pegno, ma soltanto delle maggiori responsabilità e dei gravami che invece non subirebbe ove la vendita venisse gestita direttamente dal curatore fallimentare, come accade nella generale procedura fallimentare.

Taluni autori²⁰³ estendono queste stesse conclusioni a livello sistematico, sostenendo che esse debbano essere replicate anche per il caso di pegno classico, ritenendo che oltre al d.l. n. 59/2016 anche l'art. 53 l.f. debba essere interpretato quale norma che autorizza i creditori indicati ad una soddisfazione diretta al di fuori dei riparti concorsuali.

Altra lacuna, poi, è ravvisabile laddove il comma 8 del citato decreto legge si riferisce testualmente soltanto al caso di fallimento del debitore. La circostanza che il riformatore non abbia adottato una

²⁰³ A. NIGRO, *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, Intervento alla tavola rotonda su *Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano. Una rottura con il passato?*, tenutasi nell'ambito del Convegno di Alba del 19 novembre 2016, p. 11.

Dello stesso avviso anche B. INZITARI, *Legge Fallimentare art. 51-63 - Effetti del fallimento per i creditori*, in Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli - il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, sub art. 53, p. 95, nonché C. AVOLIO, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2019, p. 267, secondo il quale "parrebbe piuttosto contraddittorio riconoscere al creditore garantito da pegno non possessorio ampie facoltà di soddisfacimento, dalla vendita fino all'appropriazione, onerandolo però di restituire al fallimento il risultato dell'escussione, ossia somme che in fase di riparto gli sarebbero riconosciute e riconsegnate dal curatore. A conclusioni non dissimili dovrebbe giungersi anche in relazione al pegno tradizionale: il creditore procedente tratterrà la somma ricavata fino a concorrenza del suo credito, restituendo alla curatela l'eventuale surplus realizzato".

formulazione più ampia, comprensiva di tutte le procedure concorsuali, lascia propendere per una circoscrizione al solo fallimento, nel rispetto del dato testuale.

Si tratta, d'altronde, di una normativa settoriale che prevede delle deroghe eccezionali, talché i canoni ermeneutici dettati dal legislatore nelle preleggi al codice civile non consentono l'estensione analogica anche alle altre procedure, nonostante detta esclusione sia foriera di evidenti disparità di trattamento che, tuttavia, non possono essere ovviate diversamente che per il tramite di un esplicito intervento correttivo dello stesso legislatore.

Nondimeno, la natura eccezionalmente derogatoria della disciplina in oggetto porta ad escludere altresì che l'autotutela esecutiva in costanza di fallimento sia esperibile anche quando non è il debitore a fallire, ma il terzo datore di pegno. Il comma 8 del d.l. n. 59/2016 parla infatti di "fallimento del debitore" e non anche di "fallimento del terzo datore di pegno".

Anche in questo caso, l'intervento del legislatore appare più che necessario, dal momento che, allo stato, l'eventuale fallimento del terzo datore di pegno vanificherebbe tutti i privilegi riconosciuti dalla legge al titolare di un pegno non possessorio, depotenziando di molto l'attrattività dell'istituto in commento e creando evidenti distonie nel sistema normativo.

2.2.1. La revocabilità del pegno non possessorio.

Il comma 10 dell'art. 1 stabilisce espressamente che "agli effetti di cui agli art. 66 e 67 della l.f. il pegno non possessorio è equiparato al pegno".

Tale previsione reinserisce all'interno della disciplina del pegno non possessorio le stesse problematiche che si erano profilate con

riferimento a quello classico in tema individuazione del *dies a quo* per il computo del periodo utile ai fini dell'azione revocatoria.

Già in tema di pegno rotativo la giurisprudenza aveva faticosamente escluso il carattere novativo della sostituzione dei beni oggetto del vincolo, ritenendo che ai fini dell'azione revocatoria dovesse tenersi conto del momento in cui il pegno viene costituito in origine. Ciò, poiché “il patto di rotatività del pegno costituisce fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito. Ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione²⁰⁴”.

Detta soluzione appare assolutamente replicabile anche con riferimento al pegno non possessorio, considerato che il legislatore del 2016 ha ideato un pegno naturalmente rotativo di carattere non novativo, il quale non pone dubbi in ordine all'opponibilità ai terzi della garanzia ed alla precisa individuazione del momento a partire dal quale il vincolo può

²⁰⁴ Cass. civ. sez. I, 1 luglio 2015, n.13508. In senso conforme anche Cass. Civ. 11 novembre 2003, n. 16914 secondo la quale “Le parti, con il c.d. "patto di rotatività" del pegno - la cui legittimità risulta anche dalle disposizioni di cui agli art. 87 d.lg. n. 58 del 1998, 34 d.lg. n. 213 del 1998 e 5 del regolamento Cee n. 1346 del 2000 - convengono sin dall'origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico, e, quindi, tale patto dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti e si perfeziona con la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni, nella continuità del rapporto originario, i cui effetti risalgono alla consegna dei beni originariamente dati in pegno; pertanto, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, la genesi del diritto reale di garanzia deve stabilirsi al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione.”.

dirsi impresso, visto che per la sua costituzione la legge richiede la forma scritta e per la sua opponibilità l'iscrizione in apposito registro.

Per il resto, non vi sono peculiari problemi nell'estendere al pegno non possessorio la disciplina dettata in tema di revocatoria fallimentare, ivi compresa l'esenzione da revoca ove il contratto sia concluso in esecuzione di un piano di risanamento attestato, ovvero di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, o ancora quando sia stato legalmente costituito dopo il deposito del ricorso *ex art. 161, l.f.*

3. Nuovi modelli di garanzia patrimoniale e nuovi strumenti di autotutela del credito.

Il distacco dal modello esecutivo processualcivilistico non caratterizza soltanto il nuovo pegno non possessorio, poiché la deroga operata con il d.l. n. 59/2016 si insinua all'interno di un disegno riformista ben più ampio e composito.

I recenti interventi del legislatore si caratterizzano tutti sul piano esecutivo dato che offrono una tutela eccezionalmente incisiva e non si limitano ad assegnare al creditore soltanto il potere di procedere ad esecuzione forzata sul bene anche nei confronti del terzo acquirente e di soddisfarsi sul prezzo ottenuto con preferenza rispetto agli altri creditori dello stesso debitore.

La progressiva generalizzazione di questa tendenza muove dalla crescente presa di coscienza circa l'inefficienza e l'inadeguatezza delle procedure esecutive, inadatte a soddisfare l'interesse del creditore, frustrato soprattutto a causa dei lunghi tempi della giustizia esecutiva²⁰⁵.

²⁰⁵ La tendenza del legislatore di introdurre nuovi modelli di tutela del creditore si evince chiaramente anche dal nuovo art. 2929 *bis* del codice civile, introdotto nel

Come già analizzato, nel pegno non possessorio il creditore può procedere autonomamente alla vendita del bene trattenendo per sé il profitto, può locare il bene e soddisfarsi sui canoni di locazione, riscuotere i crediti oggetto di pegno e, soprattutto, il contratto di pegno può riconoscere al creditore il potere di appropriarsi del bene fino a concorrenza della somma garantita²⁰⁶.

In tutti questi casi opera una deroga ad uno dei divieti cardine del nostro ordinamento, vale a dire il divieto del patto commissorio.

Questa caratteristica non è esclusiva del nuovo pegno non possessorio, ma, in realtà, è comune a tutti i nuovi strumenti di tutela del credito di recente introduzione, come si avrà modo di precisare di seguito, all'esito di una veloce ricognizione dei tratti caratterizzanti i nuovi istituti.

2015 con la legge n. 132/2015 e rubricato “espropriazioni di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o alienazioni a titolo gratuito”. Questa disposizione consente a talune condizioni al creditore di esperire il pignoramento diretto, senza previo esperimento dell'azione revocatoria.

Di norma il creditore pregiudicato da un atto di disposizione del debitore dovrebbe prima esperire l'azione revocatoria e, soltanto una volta ottenuta la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole per le sue ragioni, potrebbe agire in via esecutiva con il pignoramento del bene. La tutela del creditore ordinaria passa quindi per una doppia azione, con tutto ciò che questo comporta in termini di tempo e costi. Peraltro, sul creditore grava un onere probatorio arduo da assolvere.

La complessità del meccanismo revocatorio ha dimostrato di costituire un elemento idoneo a scoraggiare i creditori dalla concessione di finanziamenti. Per questo motivo di recente il legislatore ha introdotto il nuovo art. 2929 bis c.c. allo scopo, ancora una volta, di attribuire al creditore uno strumento di tutela effettiva onde incentivare gli investimenti, come puntualmente illustrato nella relazione di accompagnamento alla riforma. Si ha in questo caso un'unica azione, la c.d. “tutela esecutiva anticipata”, mediante la quale il creditore aggredisce direttamente il bene tramite il pignoramento, senza dover esperire preventivamente l'azione revocatoria. Il pignoramento immediato può essere effettuato soltanto quando il creditore è munito di un titolo di credito esecutivo, quando il credito è sorto prima dell'atto pregiudizievole e quando, soprattutto, l'atto pregiudizievole ha ad oggetto “atti di alienazione a titolo gratuito o atti costitutivi di un vincolo di indisponibilità”.

Per le sue caratteristiche l'istituto in questione non ha mancato di porre dei problemi - ben evidenziati dalla dottrina - per il caso in cui il bene esecutato senza esperire prima la revocatoria sia già stato acquistato dal terzo il creditore. La norma sarebbe incostituzionale se non si basasse su una presunzione di inefficacia di tutti gli atti dispositivi previsti dalla norma a titolo gratuito.

²⁰⁶ Le parti, però, devono aver concordato tale possibilità e individuato nel contratto scritto i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita.

3.1. Il marciano bancario ex art. 48 bis T.U.B.

La l. n.119/2016, oltre al pegno non possessorio, ha introdotto nel Testo Unico in materia bancaria e creditizia (c.d. T.U.B.) l'art. 48 bis²⁰⁷ rubricato “finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato”.

Detta norma, a fronte del finanziamento concesso agli imprenditori dalle banche o dagli altri soggetti autorizzati ex art. 106 T.U.B., consente che il credito sia garantito dal trasferimento sospensivamente condizionato di un immobile di proprietà dell'imprenditore o di altro terzo garante.

Il nuovo istituto è stato definito “un pagamento traslativo procedimentalizzato” “secondo un canovaccio che vede il *prius* (della clausola marciana) ed il *posterius* (del trasferimento solutorio) inframezzati da un inadempimento qualificato (comma 5°) che funge da presupposto innescente una serie vincolativamente gerarchizzata di atti”²⁰⁸.

La vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento²⁰⁹ null'altro è se non una delle più tipiche forme di stipulazione commissoria, in astratto vietata ex art. 2744 c.c.

²⁰⁷In tema, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano* e S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 – bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marcciani*, scritto con F. PIRAINO e T. RUINI, Torino 2017, rispettivamente pp. 1 ss e pp. 42 ss.

²⁰⁸S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 – bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marcciani*, scritto con F. PIRAINO e T. RUINI, Torino 2017, pp. 42 ss.

²⁰⁹ Affinché l'inadempimento possa giustificare l'attivazione del meccanismo commissorio il legislatore prevede che questo debba essersi protratto per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili, o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile o, ancora, per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento.

Nonostante la natura commissoria, le operazioni in questione non corrono il rischio di essere dichiarate nulle in quanto la norma esplicitamente dichiara di derogare all'art. 48 *bis* T.U.B.

Ciò stante, a prescindere da tutte le significative problematiche che una simile normativa ha generato, ciò che in questa sede rileva è che anche in tal caso il legislatore ha introdotto un nuovo modello di garanzia patrimoniale e con essa, contestualmente, un altro sistema di autosoddisfazione del credito.

In particolare, in questa ipotesi l'autotutela è particolarmente "severa" nei confronti del debitore perché con l'inadempimento il creditore diviene direttamente proprietario del bene senza ricorrere alle tutele giurisdizionali, nonostante in questo caso oggetto della garanzia sia addirittura un bene immobile, quindi un tipo di bene per il quale di norma il legislatore è solito adottare maggiori cautele.

Opera così una duplice eccezione a due regole fondamentali, vale a dire l'art. 2909 c.c. che vieta l'autotutela privata e prevede che tutti i diritti debbano essere tutelati in via giurisdizionale e l'art. 2744 c.c. a mente del quale è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore, principio ripreso ed esteso dall'art. 1963 c.c. in base al quale è nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito.

A differenza di quanto previsto per il credito immobiliare ai consumatori ex art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. (di cui si discorrerà di seguito), il legislatore qui non ha previsto espressamente che il trasferimento del bene abbia un effetto esdebitativo a favore del soggetto finanziato.

In assenza di un esplicito divieto, si potrebbe sostenere che la norma possa essere applicata analogicamente anche al c.d. marciando bancario.

Tuttavia, riconoscendo il giusto rilievo significativo al silenzio normativo serbato sul punto e, soprattutto, valorizzando la differente natura del soggetto finanziato nelle due ipotesi (imprenditore nel caso di finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato e consumatore nel caso di credito immobiliare) si dovrebbe propendere per l'esclusione dell'estendibilità analogica dell'effetto esdebitativo.

Peraltro, questa soluzione è avvalorata anche dalla natura dell'effetto esdebitativo; detto effetto null'altro è se non una forma di limitazione della responsabilità del debitore che, essendo assolutamente eccezionale stante il principio espresso dall'art. 2740 c.c., è di stretta interpretazione e non può essere applicato in via analogica a fattispecie che non lo contemplino espressamente ²¹⁰.

3.2. Il credito immobiliare ai consumatori ex art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B.

La stipulazione commissoria è ammessa anche dall'art. 120 *quinquiesdecies*²¹¹, comma 3, del TUB²¹². Si tratta di una norma di recentissima introduzione che attiene al mutuo immobiliare e più nello

²¹⁰ Cfr A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in Rivista di diritto civile 6/2017, p. 1413 e p. 1421. L'A. ritiene che il silenzio di cui all'art. 48 *bis* T.U.B. in tema di effetto esdebitativo sia significativo ma che cionondimeno rientri nel potere delle parti inserire nel patto marciano una clausola che lo preveda.

²¹¹ L'art. 120 *quinquiesdecies* rientra nel nuovo Capo I-bis, intitolato "Credito immobiliare ai consumatori" introdotto dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72, con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, attuazione della Direttiva 2014/17/UE – c.d. MCD, *Mortgage Credit Directive*, la quale ha definito un "quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti" i contratti di credito concessi "ai consumatori" per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile residenziale "e garantiti da ipoteca o altrimenti".

²¹² In tema, F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in I nuovi marciali, scritto con G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, T. RUINI e, Torino 2017, pp. 149 ss.

specifico al debito del consumatore²¹³, anch'essa di matrice europea, nata con l'intento di "incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia"²¹⁴.

Oggetto della disciplina è il caso in cui un consumatore contragga un mutuo e a garanzia ipotechi un bene immobile, acconsentendo al relativo trasferimento in proprietà al creditore in caso di suo inadempimento²¹⁵.

Anche questa norma principia con "fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c." e, quindi, risolve a monte qualsiasi dubbio circa la legittimità delle operazioni normate, autorizzandole esplicitamente sebbene di natura commissoria.

²¹³ Il comma 3 recita: "fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-*quater*".

²¹⁴ Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014: *Mortgage Credit Directive*.

²¹⁵ La particolare incisività della previsione e la circostanza che il suo destinatario sia il consumatore, soggetto tradizionalmente ritenuto meno capace di comprendere i rischi connessi alle operazioni giuridiche poste in essere, ha indotto il legislatore a prendere degli strumenti di tutela. Così, il comma 4 dispone, con riguardo al comma 3 della norma che: a) il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b) se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c) costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; mentre non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 40, comma 2; (articolo inserito dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72. d) il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all'inadempimento.

Pure in questo caso, però, il legislatore non manca di introdurre taluni bilanciamenti.

In primo luogo, il riformatore prevede che in caso di inadempimento del consumatore²¹⁶ la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene hanno un effetto esdebitativo, di talché si realizza automaticamente l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita sono inferiori al debito residuo²¹⁷.

Non poche sono le somiglianze tra l'istituto normato dall'art. 48-*bis* T.U.B. e quello di cui all'art. 120-*quinqüesdecies* T.U.B.; in entrambi i casi l'inadempimento comporta il trasferimento in favore del creditore di un immobile o di altro diritto immobiliare del debitore o di un terzo.

Come puntualizzato da attenta dottrina²¹⁸, quello che varia, soprattutto, è la caratteristica soggettiva del soggetto finanziato. L'art. 48-*bis* T.U.B. si riferisce esclusivamente alle operazioni che coinvolgono professionisti, mentre l'art. 120-*quinqüesdecies* si rivolge unicamente ai consumatori²¹⁹, il ché, secondo quanto sopra già evidenziato, si

²¹⁶ L'inadempimento peraltro viene stigmatizzato dal legislatore il quale prevede che esso rilevi soltanto quando il mancato pagamento riguarda un ammontare equivalente a diciotto rate mensili. In questo modo si evita che ogni forma di inadempimento lieve possa attivare la garanzia.

²¹⁷ M. TATARANO, *L'art. 120 quinqüesdecies, t.u. banc.* in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio n. 1-2017/C, Consiglio superiore del notariato, p. 25, rileva che "La circostanza rivela la preoccupazione del legislatore di calibrare la tutela del soggetto finanziatore in base alla gravità del mancato pagamento da parte del debitore nei termini stabiliti, e ciò in una logica di proporzionalità dei rimedi che rappresenta probabilmente la chiave di lettura dell'intera materia che qui interessa, e non solo, essendo il principio di proporzionalità di portata applicativa generale nel sistema".

²¹⁸ L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2018, pp. 445 ss.

²¹⁹ Fermo restano che in entrambi i casi il finanziatore è sempre necessariamente una banca o un altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, iscritto all'albo degli intermediari autorizzati dalla Banca d'Italia, di cui all'articolo 106 t.u.b.

giustifica il fatto che l'effetto esdebitatorio del trasferimento è sancito dall'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. ma non anche dall'art. 48 *bis* T.U.B.

3.3. Il prestito vitalizio ipotecario.

La stessa logica di rivitalizzare il circuito creditizio appartiene anche al prestito vitalizio ipotecario di cui all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, del d.l. 203/2005, riformato di recente dalla legge 2 aprile 2015²²⁰.

Questa norma, che rispetto alle altre è stata introdotta precedentemente, ha lo scopo di rendere possibile l'accesso al credito ai soggetti con più di sessant'anni di età²²¹ (che di norma per motivi anagrafici hanno difficoltà ad accedere al mutuo), a fronte, però, di una garanzia

²²⁰ Per quanto ivi di interesse, il comma 12-*quater* stabilisce che "I finanziamenti di cui al comma 12 del presente articolo sono garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e agli stessi si applica l'articolo 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'ipoteca di primo grado a garanzia del finanziamento di cui al comma 12 non può essere iscritta contemporaneamente su più immobili di proprietà del finanziato. Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, tale valore viene decurtato del 15 per cento per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso. Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652 c.c., primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto".

²²¹ In precedenza la norma era riservata agli ultrasessantacinquenni.

eccezionalmente incisiva, in grado di assicurare i finanziatori a concedere credito anche a costoro²²².

L'esigenza di rafforzare la posizione del creditore nasce soprattutto dal fatto che pegno ed ipoteca non sono più avvertiti dagli operatori come strumenti di garanzia che offrono una pronta soddisfazione coattiva del credito, stanti le lungaggini procedurali e sovente anche le difficoltà riscontrate nella vendita all'asta dei beni gravati.

Specularmente, l'età dei soggetti presi in considerazione dalla norma scoraggia il finanziatore dal fidare nella personale solvibilità del finanziato, dal momento che le sue aspettative di vita sono ridotte rispetto a quelle della popolazione più giovane.

Il legislatore, pertanto, prevede addirittura una forma di finanziamento garantita dalla possibilità di poter procedere alla vendita del bene per soddisfarsi sul ricavato al di fuori dalla procedura giudiziale.

L'eccezionalità dell'istituto è racchiusa nella stragiudizialità della vendita: ancora una volta il legislatore introduce uno strumento che si basa sull'autosoddisfazione del creditore.

A ben vedere, il meccanismo sotteso al prestito al consumatore è caratterizzato da un profilo di aleatorietà circa la scadenza del contratto e l'ammontare degli interessi.

La scadenza del mutuo coincide infatti con la morte del debitore; fino a quella data il debitore non deve pagare alcuna rata né alcun interesse. Gli interessi correlati al mutuo sono dovuti (*rectius*, calcolati) fino alla morte del mutuatario in quanto soltanto in questo momento scade il prestito, di talché il costo del finanziamento può essere in ipotesi anche molto elevato ove il debitore deceda in tarda età.

Questi interessi, peraltro, sono di norma capitalizzati poiché la legge, in totale (ed eccezionale) deroga al divieto di anatocismo di cui all'art.

²²² In tema, T. RUINI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in I nuovi marciari, scritto con G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI e F. PIRAINO, Torino 2017, pp. 105 ss.

1283 c.c., sancisce che “se non è previsto diversamente dal contratto si verifica la capitalizzazione degli interessi”.

Alla morte del debitore il creditore ha il diritto di richiedere il rimborso integrale in un'unica soluzione agli eredi. A tutela del creditore il legislatore gli attribuisce il potere di richiedere il pagamento integrale anche qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o vengano posti in essere atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

Qualora decorsi dodici mesi dall'evento gli eredi non abbiano saldato il debito il finanziatore può procedere autonomamente alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato²²³, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore. Le somme ricavate devono essere imputate a soddisfazione del credito e le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del credito, devono essere riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa, secondo lo schema della cautela marciiana.

Anche in questo caso, come previsto nel credito al consumatore ed a differenza di quanto invece avviene nel finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di proprietà sospensivamente condizionato all'inadempimento, la qualifica soggettiva del debitore ha indotto il legislatore a temperare la rigidità della norma assegnando alla vendita un'efficacia sempre satisfattiva, a prescindere dal fatto che effettivamente il prezzo percepito riesca a coprire per intero il valore

²²³ Nell'intento di bilanciare le contrapposte esigenze delle parti (il creditore ha interesse a vendere il bene in tempi solerti ad un prezzo equivalente al credito, mentre il debitore ha interesse ad ottenere il maggior realizzo per percepire il differenziale, sulla scorta della cautela marciiana), il legislatore, cosciente dell'usuale difficoltà che può incontrare un venditore nell'alienare un bene secondo il valore di mercato, ha previsto un meccanismo diretto a diminuire gradualmente il prezzo; trascorsi dodici mesi senza che si sia riusciti a vendere l'immobile è previsto un ribasso del prezzo del quindici per cento, e così via, per ogni ulteriori dodici mesi.

del credito. L'importo del debito residuo non può infatti superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute.

Anche in questo caso, quindi, all'autosoddisfazione del creditore fa fronte un tentativo di bilanciamento delle due posizioni da parte del legislatore.

4. L'autotutela "commissoria".

Tutte le riforme più recenti in materia di garanzia del credito esprimono una generalizzata tendenza a rafforzare gli strumenti di tutela del creditore facendo ricorso a fattispecie commissorie legalizzate.

La stipulazione commissoria è particolarmente capace di rinvigorire la fiducia dei creditori, trattandosi di una forma di autotutela esecutiva del creditore che gli consente di autosoddisfarsi senza far ricorso agli strumenti di tutela giurisdizionale che purtroppo ritardano incisivamente il recupero del credito.

Il livello di difesa del creditore viene quindi innalzato mediante l'introduzione di strumenti di autotutela esecutiva a carattere commissorio che, se da un lato si rivelano molto efficaci per quest'ultimo, dall'altro rischiano di pregiudicare la posizione del debitore.

Per questo motivo il legislatore accompagna sempre all'autotutela una forma di cautela marciana al fine di evitare l'eccesso di responsabilità del debitore e un indebito arricchimento del creditore che ottiene una somma superiore rispetto al credito.

Sia il pegno non possessorio sia le altre garanzie brevemente illustrate contengono infatti una pattuizione commissoria temprata dalla cautela marciana²²⁴.

Per il pegno non possessorio il d.l. n. 59/2016 all'art. 1 prevede che in caso di inadempimento del debitore il creditore può procedere alla vendita del bene ed alla ritenzione del corrispettivo al di fuori delle procedure esecutive immobiliari, “fino a concorrenza della somma garantita”, così introducendo una cautela marciana che evita l'eccesso di responsabilità e di garanzia in favore del creditore. Anziché procedere alla vendita del bene, ove previsto nel contratto, il creditore può anche appropriarsi del bene, a condizione che il patto commissorio preveda le modalità ed i criteri di valutazione del bene fino a concorrenza della somma dovuta

L'autotutela commissoria, quindi, è ammessa, ma con la cautela marciana.

La stessa logica caratterizza anche l'art. 48 *bis* del testo unico bancario, laddove introduce una stipulazione commissoria autorizzando un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del contratto di finanziamento da parte dell'imprenditore.

Anche in questo caso il legislatore prevede dei temperamenti al potere di autosoddisfazione del creditore.

Il valore del bene su cui il creditore va a soddisfarsi deve essere stimato da un perito terzo ed imparziale in modo tale che sia possibile procedere all'alienazione senza frustrare il diritto del debitore ad ottenere il giusto differenziale tra valore del bene e valore del credito.

Nondimeno, il credito immobiliare al consumatore di cui all'art.120 *quinquiesdecies* del T.U.B. consente che il bene ipotecato passi in proprietà dell'intermediario finanziario in caso di inadempimento del debitore, così introducendo un patto commissorio tra consumatore e

banca, all'interno, quindi, di un rapporto per definizione asimmetrico. Questo stesso meccanismo è riprodotto anche nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario di cui alla legge n. 44/2015 che ha modificato l'art. 11 *quaterdecies* del d.l. n.203/2005. Il debitore mandante conferisce al creditore mandatario l'incarico di vendere il bene dopo la propria morte in caso di inadempimento da parte degli eredi, conferendo alla banca un mandato *in rem propriam post mortem*. In tutte queste ipotesi il creditore si soddisfa nei limiti del proprio diritto di credito con obbligo di restituire l'eccedenza di valore. La *ratio* resta sempre quella di implementare gli strumenti di tutela per il creditore e di consentire il recupero del credito per ridare spinta alla circolazione della ricchezza.

4.1. La difficile individuazione della *ratio* del patto commissorio.

A ben vedere, in tutte le nuove soluzioni previste, il legislatore risolve il conflitto endemico tra creditore e debitore introducendo un nuovo modello, basato da un lato sulla deroga al divieto del patto commissorio²²⁵, posto a tutela del creditore, e, dall'altro, sulla limitazione del potere di autosoddisfazione, prevedendo che il creditore può escutere stragiudizialmente il bene a condizione che il suo valore sia determinato in modo oggettivo, con obbligo di restituire l'eccedenza

²²⁵ I contributi in materia di patto commissorio sono numerosi. Tra i tanti, si vedano C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, M. D'Amelio, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, pp. 450 ss., L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pp. 206 ss.

del valore secondo la cautela marciiana²²⁶.

Si tratta di un filo comune che caratterizza tutti i nuovi strumenti previsti dal legislatore, di talché le recenti garanzie del credito coinvolgono necessariamente il dibattito sul divieto del patto commissorio²²⁷, sulla sua *ratio* e sulla funzione del patto marciano. Il

²²⁶ Si tratta di un tema ampiamente discusso che a tutt'oggi non trova una soluzione univoca ma una pluralità di posizioni spesso antitetiche. Come puntualmente rilevato da F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche* in Rivista di diritto civile, 2000, v. 46, n. 2, pp. 253-292 “chiunque si accosti ai numerosi contributi dottrinali in merito alla *ratio* del divieto del patto commissorio non potrà mancare di notare come le diverse soluzioni proposte siano indice di un dato tanto inconfutabile quanto pregnante di significato: quello della mancanza, a tutt'oggi, dell'individuazione di una *ratio* certa della proscrizione di cui all'art. 2744 c.c., di una *ratio* cioè che sia in grado di imporsi univocamente a tutti gli interpreti”.

²²⁷ Molti sono anche i contributi di autori che si sono posti il problema di distinguere tra patto commissorio e prestazione in luogo dell'adempimento (*datio in solutum*). Nella *datio in solutum* il creditore si soddisfa con una prestazione diversa da quella prevista *ab origine*, mediante un contratto che produce un effetto solutorio. Il debitore, d'accordo con il creditore, destina a quest'ultimo un suo bene, quale surrogato della prestazione dovuta, programmando una perdita immediata e definitiva della proprietà del bene.

In entrambi l'effetto solutorio deriva dall'esecuzione di una prestazione diversa, ma mentre la *datio in solutum* è sempre valida, il patto commissorio è sempre nullo.

Il motivo attiene alla causa. La *datio in solutum* ha una causa solutoria, evincibile dal fatto che il contratto si colloca temporalmente nella fase di inadempimento dell'obbligazione, per evitarne le conseguenze. Il patto commissorio, invece, ha una causa di garanzia che trapela dal fatto che l'accordo si colloca in una fase che precede l'inadempimento. Le parti “programmano” gli effetti dell'eventuale inadempimento del debitore.

Discorso diverso deve essere fatto riguardo alla distinzione tra *datio in solutum* e patto marciano. Mentre la convenzione marciiana contempla l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'(eventuale) eccedenza tra il valore del bene e il debito, la *datio in solutum* costituisce un surrogato dell'adempimento.

Per A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in Rivista di diritto civile 6/2017, p. 1404 la differenza tra *datio in solutum* e patto marciano insiste sul fatto che la prima è caratterizzata da una causa solutoria, “mentre la convenzione commissoria e quella marciiana assolvono ad una funzione di autosoddisfacimento del creditore e perciò ricadono nell'area non dell'adempimento dell'obbligazione bensì in quella della realizzazione (coattiva) provata del credito, ossia dell'autotutela esecutiva”. peraltro, prosegue l'A. (p. 1406) la differenza tra *datio* e patto marciano è radicale e tale da non consentire nessun tipo di accostamento sostanziale, atteso che “la convenzione marciiana contempla l'obbligo del creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del bene e il debito, e che tale obbligo è invece incompatibile con la *datio in solutum*, stante la sua causa solutoria. In altre parole, la *datio in solutum*, costituisce un surrogato dell'adempimento, il patto marciano il surrogato di un'esecuzione forzata sui beni del debitore”.

A favore della qualificazione della dazione in pagamento come “negozio solutorio” si pronunzia una parte della dottrina v., fra gli altri, A. di MAJO, Dell'adempimento

sempre maggiore ricorso ad opera del legislatore a fattispecie commissorie con cautela marciiana ha generato un interrogativo sulla possibilità di ritenere ancora assoluto il divieto di cui all'art. 2744 c.c. o finalmente possibili e lecite statuizioni convenzionali appositamente bilanciate.

Tale questione impone una previa analisi circa l'effettiva *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio. Soltanto una volta identificata questa è infatti possibile comprendere se la cautela marciiana è effettivamente in grado di paralizzare gli effetti disvolti che sottendono la positivizzazione del divieto e, conseguentemente, di facultizzare il ricorso a statuizioni convenzionali o se, invece, essa presupponga sempre per la sua operatività una copertura legislativa (come di fatto avviene per il pegno senza spossessamento)²²⁸.

Il patto commissorio presuppone sempre la presenza di tre elementi:

- un'obbligazione che deve essere adempiuta;
- la previsione di un rapporto accessorio di garanzia (pegno, ipoteca o anticresi);
- un patto in base al quale il debitore si impegna a trasferire la proprietà del bene in caso di mancato adempimento dell'obbligazione.

Si tratta di un meccanismo molto antico, presente già nel diritto romano²²⁹, che tuttavia è stato rifiutato dal nostro sistema²³⁰ per ragioni

in generale, nel Comm. Scialoja- Branca, Art. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 347.

²²⁸ La *ratio* è fondamentale per comprendere le nuove figure tipiche di stipulazione commissoria introdotte dal legislatore e, con esse, la figura atipica del patto marciiano.

²²⁹ La denominazione "patto commissorio" deriva dal diritto romano. Il patto commissorio figura nella costituzione imperiale di Costantino del 324 dove ne viene sancito il divieto, molto probabilmente in ragione di motivazioni etico-religiose. In origine la *lex commissoria* autorizzava il creditore a trattenere in proprietà la cosa ricevuta in garanzia qualora il debitore non avesse adempiuto alla propria obbligazione. Si trattava di una clausola che poteva essere inserita in tutti i contratti a prestazioni corrispettive, ma che era frequente soprattutto nel *pignus* e nella *fiducia cum creditore*.

non indicate dal legislatore e ricostruite in modo diverso dalla giurisprudenza e dai molti autori che se ne sono occupati²³¹.

Se da un lato aleggia ancora il dubbio circa la *ratio* del divieto in questione, dall'altro vi è unanimità di consensi circa il fatto che la norma imponga un divieto di risultato²³² e che pertanto essa debba trovare applicazione ogni volta che l'operazione produce l'effetto disvoluto, anche al di fuori dalle ipotesi di pegno ed ipoteca testualmente previste dall'art. 2744 c.c.

Infatti, "l'art. 2744 c.c. costituisce una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore. Detta norma esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della *par condicio creditorum*"²³³.

Secondo una prima prospettazione, alla base del divieto del patto

²³⁰ Il divieto non opera soltanto nel caso di pegno ed ipoteca, come potrebbe *prima facie* sembrare dal testo dell'art. 2744 c.c. La giurisprudenza, infatti, qualifica come stipulazione commissoria non soltanto quel patto che riguarda il bene dato in pegno o in ipoteca, ma qualunque garanzia (c.d. "patto commissorio autonomo") mediante la quale si raggiunge l'effetto disvoluto dalla norma, vale a dire il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia ed in dipendenza dell'inadempimento del debitore. Si tratta, quindi, di un divieto di risultato in cui si prescinde dal nome del contratto, dalla forma, dall'oggetto e dalla sua struttura e si guarda unicamente al risultato raggiunto con l'operazione.

²³² Cfr Cass. civ. SS. UU. 3 aprile 1989, n. 1611. "Nè vale obiettare che l'art. 2744 è suscettibile soltanto di interpretazione letterale, qualora si consideri, in conformità di autorevoli opinioni espresse in dottrina e dalla stessa giurisprudenza di questa Corte, che la norma è ispirata dall'esigenza, comune a molti istituti del nostro ordinamento giuridico, di difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della *par condicio creditorum*. È il risultato perseguito che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati, con la conseguenza che la nullità non deriva dalla natura di questi, ma costituisce l'effetto imposto dalla legge, dell'impiego fattone, al fine di realizzare il risultato vietato".

²³³ Cass. Civ. sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675 con nota di G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Giurisprudenza Contratti in generale*, 12/2012, pp. 1023 ss.

commissorio vi è il divieto di autotutela privata²³⁴, che si esprime anche attraverso la tipicità delle garanzie reali²³⁵.

Altra teoria²³⁶ rinviene la *ratio* nel fatto che la stipulazione commissoria avvantaggia uno dei creditori alterando la *par condicio creditorum*, dal momento che il creditore che ha ottenuto in garanzia il bene si soddisfa in via preferenziale su questo rispetto agli altri²³⁷. Il principio del *numerus clausus* delle garanzie reali, però, può essere alterato solo nei casi previsti dalla legge e pertanto la stipulazione commissoria non è consentita in quanto altera la *par condicio creditorum* al di fuori dai casi di garanzie reali previste dalla legge.

Taluni più semplicemente, riducono l'entità del problema, ritenendo che il legislatore abbia soltanto inteso punire la tutela eccessiva del creditore che sommi il trasferimento commissorio ed una garanzia reale tipica²³⁸. *In brevis*, questa tesi rinviene nella disposizione in commento l'espressione del principio secondo il quale sarebbe immanente al

²³⁴ E. Betti, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, pp. 689 ss. e 699 ss. secondo il quale "l'autotutela esecutiva consensuale è ufficialmente ammessa dal nostro ordinamento soltanto nelle forme della compensazione volontaria, della cessione dei beni e dell'anticresi".

²³⁵ Questa teoria è però contestata da quanti rilevano come nel codice civile siano presenti molti istituti che di fatto facoltizzano forme di autotutela tra privata. Tra queste, oltre alla compensazione, figura anche il contratto di cessione dei beni ai creditori di cui all'art. 1977 c.c., in forza del quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti, evitando così il ricorso alla procedura esecutiva. In tal senso, C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 187 ss.

²³⁶ Tra i vari, F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., p. 159, sempre F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Rivista di diritto commerciale*, II/1916, pp. 887 ss., ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 53, F. TALASSANO, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 368.

²³⁷ Anche tale lettura è stata criticata in quanto la sanzione prevista dall'art. 2744 c.c. non è considerata coerente con le altre previsioni codicistiche che, invece, assegnano ai creditori lesi dalle azioni pregiudizievoli dei loro debitori la possibilità di esperire un'azione revocatoria ed ottenere l'inefficacia relativa degli atti, non la nullità del contratto. Si veda al riguardo C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 214 ss.

²³⁸ C. Varrone, *Il trasferimento* cit., pp. 74 ss., 83 ss., M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio* cit., p. 6.

sistema il principio necessaria adeguatezza della garanzia rispetto al credito.

Similmente, vi è poi chi ritiene che l'art. 2744 c.c. assolve ad una funzione di carattere più generale, volta ad evitare in via preventiva (tramite la sanzione della nullità) il diffondersi di un patto potenzialmente usurario e quindi socialmente pericoloso, che se fosse lecito si presterebbe a divenire clausola di stile e a sostituire le tradizionali tecniche di garanzia reale²³⁹. Il motivo alla base, quindi, sarebbe da ricondurre ad un principio generale di adeguatezza tra garanzia e credito che costituisce un limite generale all'operatività del divieto del patto commissorio.

Affascinante, poi, è la tesi di coloro i quali valorizzano il profilo causale. Con la stipulazione commissoria le parti pattuiscono che in caso di inadempimento il bene viene trasferito in proprietà al creditore; il patto commissorio, pertanto, produce un effetto traslativo basato su una causa di garanzia. Non si tratta, dunque, di un ordinario negozio di garanzia, perché di norma i negozi con causa di garanzia si limitano a tutelare il creditore soltanto dinanzi all'ipotesi dell'inadempimento, ma non dispiegano effetti traslativi. La stipulazione commissoria invece, pur essendo a scopo di garanzia, paradossalmente, soddisfa l'interesse del creditore all'inadempimento poiché tramite questo egli può diventare proprietario del bene gravato (e tendenzialmente appropriarsi di un *surplus*). Oltre a questo paradosso, ciò che rileva è l'inettitudine della causa di garanzia a giustificare un trasferimento di proprietà; mediante il patto commissorio infatti le parti elevano la funzione di garanzia a causa dell'eventuale negozio di trasferimento che discende

²³⁹ Tra questi, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 216 ss. e M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, cit., p. 127 e V. ROPPO, *Divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, UTET, Torino 1997, XIX, p. 561.

dall'inadempimento del contratto”²⁴⁰. Anche il tipo di sanzione comminata dall'art. 2744 c.c. appare perfettamente in linea con questa prospettiva, posto che ogni volta che la causa non è meritevole ex art. 1322 c.c. il contratto è nullo. Ad avvalorare ulteriormente tale ricostruzione va anche il fatto che la sanzione della nullità è un rimedio eccessivo se volto soltanto a salvaguardare il debitore da una convenzione che può presentarsi per lui svantaggiosa, anche perché non sempre il debitore ne è effettivamente pregiudicato.

Proprio sulla base di questa considerazione si muove un'altra teoria (teoria non patrimonialistica) che riconduce la *ratio* all'esigenza di tutelare la libertà morale del debitore, inteso come parte vulnerabile del rapporto di credito, indotto alla stipulazione dalla prospettiva dell'adempimento. Il divieto del patto commissorio sarebbe diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie tali da renderlo incline ad accettare accordi in basi ai quali il creditore possa sottrarsi alla fondamentale regola della *par condicio creditorum* e far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi. “La parte economicamente più debole, [infatti, può essere portata] ad accettare un prezzo ben inferiore al giusto, pur di ottenere la somma voluta e trovarsi poi nella impossibilità di riscattare il bene - evento questo non essenziale per realizzare la fattispecie vietata, ma possibile a verificarsi”²⁴¹. In questo caso i profili patrimonialistici non rilevano, tant'è che anche la norma tralascia il rapporto di valore tra cosa in

²⁴⁰ “Il trasferimento della proprietà trova obiettiva giustificazione nel fine della garanzia, causa inconciliabile con quella della vendita, posto che il versamento del danaro non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, nonostante le apparenze, in quanto suscettibile di evolversi, a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta. Il motivo per il quale il legislatore la sanziona, pertanto, è dato dall'inadeguatezza causale che la caratterizza”, Cass. civ. SS. UU. 3 aprile 1989, n. 1611.

²⁴¹ Cass. civ. SS. UU. 3 aprile 1989, n. 1611.

garanzia e credito. Il patto commissorio è vietato *tout court* a prescindere dal fatto che ci sia proporzione o sproporzione. Alla base di questa teoria vi è anche una considerazione di carattere sistematico. Se l'obiettivo perseguito dal legislatore fosse stato quello di colpire la sproporzione tra il valore della cosa data in garanzia ed il credito garantito, la reazione alla stipulazione commissoria non sarebbe stata quella della nullità, perché quando l'ordinamento reagisce ad una sproporzione tra valori e interessi in gioco reagisce con altri strumenti. Si pensi al contratto concluso in stato di bisogno o di pericolo, in cui il legislatore contrasta la sproporzione legata all'approfittando della debolezza di una parte assegnandole la possibilità di agire tramite l'azione di rescissione e non tramite un'azione di accertamento della nullità del contratto. Allo stesso modo, anche quando la clausola penale è manifestamente eccessiva l'ordinamento non interviene sancendo la nullità, ma consentendo la riduzione della clausola ad equità.

Ciò posto, secondo questa prospettiva, la circostanza che l'art. 2744 c.c. preveda il rimedio della nullità lascia intendere che l'obiettivo non è quello di colpire la sproporzione patrimoniale²⁴². In realtà, l'ordinamento reagisce alla sproporzione patrimoniale tramite la nullità anche in un'altra ipotesi, ossia nel caso di usura, ai sensi dell'art. 1815 c.c. Sulla base di questa considerazione, secondo un'ulteriore ed ultima posizione, è allora possibile ipotizzare un'altra soluzione fondata sul raffronto tra art. 1815 c.c. e art. 2744 c.c.; in entrambi i casi il legislatore tutela la parte debole del rapporto, vale a dire il debitore, e reagisce alla sproporzione tra le prestazioni sancendo la nullità dell'accordo. Mentre però l'art. 1815 c.c. sanziona l'usura pecuniaria, l'art. 2744 c.c. colpisce l'usura "reale".

Il patto commissorio, quindi, è vietato perché costituisce una forma di usura reale in cui il creditore sfrutta la debolezza del debitore e si fa

²⁴² C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 204 ss.

concedere in garanzia un bene dal valore superiore al credito garantito. La stipulazione, in questa prospettiva, è vietata perché realizza un arricchimento del creditore non giustificato, ottenuto tramite lo sfruttamento della debolezza del debitore che, sospinto dalla necessità del credito, è disposto a concedere un bene dal valore superiore al valore del bene garantito, confidando nella capacità di adempimento²⁴³.

L'adesione all'una o all'altra teoria ha dei significativi riflessi anche per quanto concerne le nuove figure di garanzie reali, ma soprattutto è di centrale importanza per comprendere se sia oggi possibile consentire ai privati di ideare fattispecie commissorie con cautela marciانا non espressamente autorizzate dal legislatore.

4.2. Il ruolo della cautela marciانا.

La cautela marciانا è un mezzo che soddisfa l'esigenza di tutela del creditore al di fuori degli strumenti giudiziali²⁴⁴. Si tratta di una convenzione in base alla quale in caso di inadempimento il bene passa in proprietà del creditore, previa stima effettuata da un terzo al

²⁴³ In questo caso l'effetto è un eccesso di garanzia per il creditore perché il bene dato in garanzia vale di più e un eccesso di responsabilità per il debitore che risponde con un bene dal valore superiore. L'effetto è un arricchimento ingiustificato del creditore in danno del debitore inadempiente.

²⁴⁴ S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 – bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciانا bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in I nuovi marciاني, scritto con F. PIRAINO, G. D'AMICO e T. RUINI, Torino 2017, p. 54, definisce il patto marciانا come una *datio in solutum* preventiva, mentre F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciانا*, nello stesso volume, p. 196, esprime un parere diametralmente opposto secondo il quale il patto marciانا ha una natura profondamente diversa da quella della prestazione in luogo dell'adempimento. Mentre la *datio in solutum* appartiene alla dimensione dei surrogati dell'adempimento, il patto marciانا presuppone l'inadempimento, dando vita ad “un meccanismo esecutivo di natura privata e dunque stragiudiziale”.

momento dell'inadempimento e con obbligo, in capo al creditore, di restituire al debitore l'eventuale l'eccedenza tra il valore del bene e l'importo del credito²⁴⁵.

Il patto marciano, quindi, tutela il debitore evitando l'arricchimento del creditore in quanto è volto ad assicurare che l'autotutela esecutiva resti nei limiti del credito.

Si tratta di un istituto antichissimo che tuttavia non è mai stato inserito nel codice civile, sebbene numerose siano le ipotesi contemplate nella legislazione speciale (oltre che nel codice civile, come appresso meglio si illustrerà).

Il problema che qui si intende sondare è se al di fuori dalle ipotesi in cui essa è prevista dal legislatore (in cui per ovvi motivi non si pone alcun dubbio circa la sua validità) è legittimo un contratto atipico caratterizzato da una stipulazione commissoria assistita però da una cautela marciana.

In poche parole, la questione attiene alla possibilità di introdurre in via convenzionale uno strumento di autotutela esecutiva commissoria del creditore bilanciato dalla cautela marciana.

Ebbene, come anticipato nel precedente paragrafo, la risposta al quesito dipende dalla *ratio* del divieto del patto commissorio.

Ove infatti si intendesse leggere dietro al divieto di cui all'art. 2744 c.c. l'esigenza di tutelare la libertà morale del debitore prescindendo dall'arricchimento economico del creditore, il patto commissorio sarebbe sempre vietato, a meno che non espressamente consentito in deroga al divieto di cui all'art. 2744 c.c.²⁴⁶, anche se temperato dalla cautela marciana, in quanto questa non è in grado di paralizzare l'approfittamento "morale".

²⁴⁵ Il fondamento della cautela marciana è quello di evitare indebiti arricchimenti a beneficio del creditore tramite la stima del bene in garanzia da parte di un terzo in modo tale da individuare un valore di mercato e consentire che il creditore si soddisfi e renda l'eventuale eccedenza al debitore.

²⁴⁶ Come accade nelle nuove fattispecie già analizzate.

Al contrario, se si rinviene nell'art. 2744 c.c. un fondamento patrimoniale, nel senso che la norma intende evitare l'arricchimento ingiustificato del creditore, allora, posto che il patto marciano è in grado di scongiurarlo, il patto marciano è sempre valido, anche quando non è previsto dalla legge ma è frutto della libertà negoziale delle parti. Secondo questa logica, quindi, l'autotutela commissoria sarebbe sempre ammessa, purché temperata da meccanismi in grado di evitare la sproporzione.

Quest'ultima chiave di lettura legittimerebbe la generalizzazione del pegno non possessorio anche al di fuori dal contesto imprenditoriale e, in via sistematica, l'apertura ad un sistema ove le garanzie reali non costituiscono più un *numerus clausus* ed ove i privati sono liberi di fornire garanzia di adempimento nel modo che più ritengono opportuno.

A suffragio di questa ipotesi consta che la giurisprudenza²⁴⁷ non sembra

²⁴⁷ Fra le varie, Cass. civ. sez. I, 28 gennaio 2015, n.1625 "Il patto marciano che preveda, al momento dell'inadempimento, un procedimento tale da assicurare la stima imparziale del bene entro tempi certi esclude la violazione del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto di sale and *lease back*, al quale sia apposto". Ancora, Cass. civ. sez. I, 28 gennaio 2015, n.1625, "...*omissis*...Più di recente, il medesimo concetto è stato di nuovo espresso, sebbene ancora in via incidentale, escludendosi la violazione dell'art. 2744 c.c. in presenza di un patto marciano "in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito" (Cass. 9 maggio 2013, n. 10986).

Si ritiene, dunque, che il c.d. patto marciano sia strumento idoneo a scongiurare l'illiceità, permettendo l'uso di uno contratto finanziario, come il *lease back*, ritenuto vantaggioso dagli utilizzatori: si riconosce così la "ragionevolezza commerciale" dell'intera operazione per entrambe le parti, rispondendo essa alle peculiari "esigenze del mercato" che esige, in dati casi, l'anticipata monetizzazione del valore del bene in favore dell'utilizzatore-venditore, senza che egli però ne perda il godimento o se ne privi definitivamente.

In tal senso, si reputa, da molti interpreti, che la cautela marciana riesca a superare i profili di possibile illiceità del *lease back*, in quanto prevede, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia quale presupposto del consolidarsi dell'effetto traslativo iniziale, evenienza che si verificherà qualora il valore del bene sia equiparabile all'importo del credito inadempito (nonché del danno da inadempimento); mentre, ove tale importo sarà inferiore, verrà quantificata la differenza e sarà pagato un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo. Ciò garantirebbe contro il pericolo che il

aver mai dubitato della validità del patto marciano e che, da canto suo,

debitore subisca una lesione in conseguenza del trasferimento con funzione di garanzia: la stima imparziale del valore del bene ad opera di un terzo e l'obbligo, da parte del creditore, di restituire l'eccedenza al debitore assumono, quindi, il compito di escludere l'abuso, e con esso l'operatività del divieto di patto commissorio e la conseguente illiceità[...omissis...]. Fondamento dell'effetto salvifico è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione dei valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato), e, dall'altro lato, la sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco.

Così come in altre fattispecie - per l'art. 1851 c.c., in presenza di un pegno irregolare a garanzia, "la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti"; nella cessione dei beni ai creditori, l'art. 1982 c.c. attribuisce il residuo al debitore; quanto alle garanzie reali tipiche, ad esempio, l'art. 2798 c.c. ammette l'assegnazione al creditore della cosa oggetto del pegno solo previa "stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato", l'art. 2803 c.c. prevede la riscossione del credito dato in pegno, ma, se il credito garantito è scaduto, "il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente o, se si tratta di cose diverse dal danaro, può farle vendere o chiederne l'assegnazione" secondo la norma ora citata e l'art. 2804 c.c. sancisce che il creditore pignoratizio non soddisfatto può in ogni caso chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno "fino a concorrenza del suo credito"; più in generale, tutto il sistema del processo esecutivo per espropriazione forzata e di quello fallimentare mira ad assicurare la tutela, sotto il profilo indicato, del debitore - l'ordinamento permette la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, purché sia tutelato pure il diritto del debitore a pagare al creditore quanto in effetti gli spetti [...omissis...].

Perché la c.d. clausola marciana possa conseguire il ricordato effetto legalizzante del contratto di *lease back*, occorre pertanto che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il *surplus* gli sarà senz'altro restituito.

Non è invece necessario che la clausola marciana subordini, altresì, alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore: invero, così come per il divieto ex art. 2744 c.c., anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza [...omissis...].

anche la dottrina²⁴⁸ propende per la sua legittimità.

D'altronde, oltre alle numerose ipotesi presenti nella legislazione speciale, lo stesso codice civile contempla delle fattispecie marciane. Si pensi agli accordi cauzionali o, ancora, al contratto di cessione dei beni ai creditori in cui i creditori hanno l'obbligo di restituire l'eccedenza.

Lo stesso vale anche per l'art. 1851 c.c. in base al quale quando il debitore garantisce un'anticipazione bancaria mediante pegno irregolare la banca creditrice in caso di inadempimento è tenuta a restituire al debitore solo la somma, o quella parte di merci o titoli, eccedenti l'ammontare dei crediti garantiti.

Parimenti, nel pegno di crediti di cui agli artt. 2803 e 2804 c.c., alla scadenza prevista, il creditore può riscuotere il credito pignorato e trattenere la somma necessaria al soddisfacimento delle sue ragioni, previa restituzione dell'eventuale residuo al debitore.

Similmente, anche nella procedura esecutiva sono evincibili dei meccanismi idealmente assimilabili al funzionamento della cautela marciانا. Nel caso di vendita all'asta, infatti, il bene esecutato viene alienato sulla base di una stima di valore effettuata da un perito ed il differenziale tra l'ammontare dei crediti per i quali si è proceduto e il ricavo della vendita deve essere reso al debitore.

La somiglianza è ancora più netta nel caso in cui il creditore chieda ed ottenga dal giudice dell'esecuzione l'assegnazione del bene pignorato: anche in questo caso, infatti, la differenza di valore deve essere rimborsata al soggetto pignorato.

²⁴⁸ U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505, M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, cit., pp. 113 ss. e 125 ss., G.F. MINNITI, *Patto marciانو e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 29 ss, nonché C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, cit. pp. 202 ss, il quale ritiene che il fondamento della liceità del patto marciانو consiste nel fatto che, mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciانو essa assurge a contenuto tipico del contratto andando ad integrare un vero diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza.

Da questa trattazione prende origine la riflessione circa il ruolo che l'autonomia privata potrà rivestire nel moderno diritto delle garanzie.

Il fervido interventismo normativo consente due diverse interpretazioni.

Da un lato è possibile ritenere che il fatto che il legislatore abbia introdotto le nuove fattispecie principiando ogni volta la norma con la dicitura “in deroga al divieto del patto commissorio” o “ferma restando la disposizione di cui all’art. 2744 c.c.” lasci intendere che abbia voluto evitare di indebolire il divieto del patto commissorio e lo abbia anzi irrobustito sulla scorta del principio secondo il quale “l’eccezione fa la regola”.

Da un altro lato, è però innegabile che il quadro moderno sia tanto frammentato e traforato di eccezioni da indurre a ritenere che il cammino verso una rivisitazione del sistema delle garanzie reali (e non solo) sia stato ormai intrapreso. In tal senso depongono le sempre più numerose fattispecie di parte speciale, ma soprattutto quella nutrita giurisprudenza che ha sovente fatto salve pattuizioni commissorie poiché assistite da cautela marciiana.

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE DI ARMONIZZAZIONE NEL DIRITTO

UNIONALE.

SOMMARIO: 1. Il pegno negli altri ordinamenti. - 1.1. Il diritto tedesco. - 1.2. Il diritto francese. – 1.3. Il diritto belga. – 1.4. Il diritto olandese. - 1.5. Il sistema spagnolo: *la prenda*. - 1.5.1. *La prenda sin desplazamiento*.- 1.6. Il sistema di *common law* inglese. - 2. L'armonizzazione degli ordinamenti europei in materia di garanzie mobiliari: realtà o utopia?

1. Il pegno negli altri ordinamenti.

Con l'introduzione del d.l. n. 59/2016 è stata intrapresa nel nostro ordinamento una importantissima fase di ammodernamento del sistema delle garanzie mobiliari al conclamato fine di operare un contemperamento di tre valori giuridici: *i*) la promozione dei finanziamenti alle imprese, *ii*) la conservazione delle potenzialità aziendali del soggetto finanziato e *iii*) la sicurezza del sistema bancario.

Oltre ai significativi riflessi sul piano del diritto interno, in parte già generati ed in parte di futura prospettiva, specularmente, il nuovo pegno potrebbe

dispiegare degli effetti anche nel diritto unionale, dal momento che con l'introduzione di una forma (benché settoriale) di pegno non possessorio l'Italia ha compiuto un passo nella stessa direzione già intrapresa da altri stati europei, così assottigliando le numerose differenze che intercorrono a tutt'oggi in materia di garanzie mobiliari e rimuovendo quello che da molti è considerato un ostacolo ad un efficiente utilizzo del pegno a garanzia dei finanziamenti all'impresa²⁴⁹.

Come già evidenziato in dottrina, volgendo lo sguardo oltralpe, è possibile notare come lo spossessamento sia stato abbandonato (o non sia mai stato introdotto) in numerosi paesi stranieri che non ancorano più la garanzia alla consegna materiale del bene.

La presenza di forme di garanzia mobiliari avulse dal requisito dello spossessamento è infatti riscontrabile, ad esempio, in Francia, in Olanda, in Spagna ed in Belgio.

Su queste premesse, appare oggi maggiormente verosimile il progetto di armonizzare a livello unionale la materia delle garanzie mobiliari del credito e di gettare le basi per una normazione unitaria che, senza meno, gioverebbe alla sicurezza degli scambi intracomunitari ed all'effettiva creazione di quell'anelato mercato unico²⁵⁰.

²⁴⁹ PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, pp. 10 ss.

²⁵⁰ In Spagna ad esempio da tempo la dottrina spinge in questa direzione. Cfr A. B. VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, Thomas Ruters, Bagoas na brètema, 2017, p. 50, “no se trata tan solo de dirimir una summa divisio imaginaria, cual es, la de primar o bien las concepciones màs clàsicas del derecho de garantias que abrigan nuestras leyes, sobre todo, nuestros còdigos frente a la ruptura de crear una ùnica garnatia mobiliaria, cincelada en molde ùnico pero flexible, sino que tambièn, si somos capaces internacionalmente de armonizar y estructurar de verdad, cuando no unificar, un sistema homogèneo de garantias mobiliarias y que doten de transparencia y seguridad, integridad y expectativa la vida y fases de toda garantia sea donde sea fuera donde duere su realizaciòn. Se trata de buscar y obtener figuras de garantia adecuadas a la realidad actual, productivas o no impeditivas de generaciòn de riqueza por parte del deudor y continuidad de la empresa, que superen las limitaciones que hoy aùn acusan demasiadas figuras reales de gaantia tanto en su esfera contractual y selectiva, como en el ebjeto de bienes y activos que sirven como taes. Renunciar a la posesiòn de un bien afecto al tràfico productivo, industrial y comercial es algo que no està al alcante de todo deudor pero tambièn que no aporta nada al acreedor en realidad” vale a dire, in italiano, “non si tratta solo di risolvere una *summa divisio* immaginaria, ossia dare priorità alle concezioni più classiche del diritto delle garanzie che le nostre leggi, in particolare i nostri codici, devono

Dopo l'avvio dell'Unione bancaria, infatti, “l'ulteriore passo verso l'integrazione europea è rappresentato da un'unione del mercato dei capitali che, nei progetti degli organi politici dell'Unione europea, possa sostenere l'economia reale e incrementare l'attrattività della piazza finanziaria europea, favorendo lo sviluppo di canali di finanziamento alternativi al credito bancario, in particolare per le piccole e medie imprese, e garantendo, al contempo, una maggiore stabilità del sistema finanziario europeo e una migliore tutela degli investitori”²⁵¹.

1.1. Il diritto tedesco.

In Germania la difficoltà di stigmatizzare normativamente una fattispecie non possessoria di pegno non ha defatigato l'autonomia privata la quale, forte della tradizionale ampia area di manovra riconosciuta a giurisprudenza e dottrina, ha adottato strumenti diversi da quelli tipici.

affrontare di fronte alla creazione di un'unica garanzia mobiliare, incasellata in un modello unico ma flessibile, ma anche, se siamo in grado a livello internazionale di armonizzare e strutturare veramente, quando non unificati, un sistema omogeneo di garanzie mobiliari che doti di trasparenza, sicurezza, integrità e aspettativa la vita e le fasi di ogni garanzia, ovunque essa sia, e là dove soffre nella sua realizzazione. Si tratta di trovare e ottenere figure di garanzia adeguate alla realtà attuale, produttive o che non impediscano la generazione di ricchezza da parte del debitore e la continuità della società, che superino i limiti che oggi accusano ancora troppe figure reali di garanzia sia nella loro sfera contrattuale, come in relazione ai beni. Rinunciare al possesso di un buon affetto per il traffico produttivo, industriale e commerciale è qualcosa che non è alla portata di tutti i debitori e che in realtà non contribuisce in alcun modo al creditore”.

²⁵¹ Così, D. SICLARI, *European capital markets union e ordinamento nazionale*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2016, p. 481, il quale prosegue ricordando che “come noto, la Commissione europea ha di recente pubblicato un Libro Verde dal titolo “*Building a Capital Markets Union*” ed ha condotto contestualmente una consultazione pubblica, all'esito della quale è stato emanato un apposito *Action Plan*, per individuare le azioni necessarie a migliorare l'accesso ai finanziamenti per tutte le imprese e i progetti infrastrutturali in Europa, aiutare le PMI a reperire finanziamenti con la stessa facilità delle grandi imprese, creare un mercato unico per i capitali eliminando gli ostacoli agli investimenti transfrontalieri nonché diversificare le fonti di finanziamento dell'economia e ridurre il costo della raccolta di capitali. Nella prefigurata Unione dei mercati dei capitali ci sarà un mercato unico dei capitali per tutti gli Stati membri, senza ostacoli agli investimenti transfrontalieri all'interno dell'Unione, che potrà essere in grado di attirare investimenti provenienti da tutto il mondo, rafforzando così la competitività dell'Eurozona”.

In realtà già sul finire del XIX secolo la pratica commerciale e bancaria tedesca conoscevano forme di garanzie mobiliari non possessorie²⁵², per lo più relative alla vendita di beni mobili con riserva di proprietà (§ 455 BGB) o al trasferimento in garanzia di crediti o di beni mobili con costituito possessorio (§ 930 BGB).

Il sistema che si è sviluppato maggiormente è stato però quello del trasferimento fiduciario della proprietà di beni mobili a scopo di garanzia, con l'intento di riconoscere al creditore una più facile forma di soddisfazione del suo diritto (in quanto in caso di inadempimento si ha una mera conferma del suo *dominium*) e di lasciare il debitore nel possesso del bene, concedendogli di sottrarsi agli effetti negativi della pubblicità che naturalmente consegue allo spossessamento della *res*²⁵³.

Dette forme di ricorso al trasferimento fiduciario della proprietà raggiungono il risultato di realizzare una garanzia reale atipica senza spossessamento e, quindi, l'uso della proprietà a scopo di garanzia²⁵⁴.

Nel nostro ordinamento giuridico, queste ipotesi sarebbero senza dubbio passate sotto la lente del divieto di cui all'art. 2744 c.c. mentre nel sistema

²⁵² Cc.dd. *besitzlose Mobiliarsicherheiten*.

²⁵³ F. FIORENTINI, *Le garanzie reali atipiche*, in Rivista di diritto civile, 2000, pp. 255 ss "nell'ordinamento tedesco, con riferimento alle garanzie mobiliari tipiche, si presentano, in linea di principio, gli stessi problemi che affliggono il sistema italiano. Il modello legale del pegno su cosa mobile e su crediti (§§ 1204–1258 BGB) – richiedendo per la nascita della garanzia, nel primo caso, lo spossessamento del debitore, al quale si accompagna un conseguente divieto di ricorrere al costituito possessorio nell'intento di evitare la formazione di garanzie occulte, e nel secondo caso la notificazione al debitore – si è rivelato di difficile utilizzazione nella prassi imprenditoriale. Per superare quest'*impasse*, l'autonomia privata, supportata da una tradizione che riconosce un marcato rilievo al diritto consuetudinario e giurisprudenziale, ha fatto ricorso a strumenti diversi da quelli tipici – quali la vendita di beni mobili con riserva di proprietà (§ 455 BGB) o il trasferimento in garanzia di crediti, o di beni mobili con costituito possessorio (§ 930 BGB) – che nelle loro forme c.d. "prolungate" ed "ampliate" ottengono il risultato di costituire una garanzia reale atipica senza spossessamento, per la quale non si pongono problemi di validità alla luce del divieto del patto commissorio (formalizzato anche nel sistema tedesco dai §§ 1149 e 1229 BGB in relazione alle ipoteche e al pegno, ma di fatto incapace di bloccare le alienazioni a scopo di garanzia sul piano operativo".

²⁵⁴ In tema, F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, A. CHIANALE, F. FIORENTINI, E. GUERINONI, A. MOJA, A. REALI, G. STELLA, V. TAGLIAFERRI, Milano, 2014, pp. 30-36, ²⁵⁴ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, IV/2006, p. 501; F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. Priv.*, III/2006, pp. 1191 ss.

transalpino non sono entrate in conflitto con il divieto del patto commissorio in quanto ritenuto sostanzialmente incapace di bloccare le alienazioni a scopo di garanzia sul piano operativo, benché anche qui espressamente sancito dai §§ 1149 e 1229 BGB²⁵⁵ in relazione alle ipoteche e al pegno²⁵⁶. L'esperienza tedesca dimostra come in un ordinamento giuridico molto vicino al nostro sia stato possibile raggiungere una conclusione più elastica e moderna dei conflitti tra creditori e debitore, controbilanciando questa flessibilità con un pregnante controllo giudiziale circa la proporzionalità dell'operazione giuridica svolta *ex post*. Si tratta senza dubbio di una tendenza che va accentuandosi anche nel nostro ordinamento giuridico in cui, ad un'iniziale ostilità aprioristica verso ogni pattuizione che prevedesse il trasferimento della proprietà del bene, oggi va progressivamente sostituendosi un atteggiamento maggiormente flessibile volto a privilegiare la causa negoziale e l'effettiva intenzione delle parti.

1.2. Il diritto francese.

La riforma francese delle garanzie mobiliari rappresenta l'esperienza più sintomatica sia perché si tratta di un ordinamento dal quale il nostro sistema giuridico ha sempre massimamente desunto ispirazione (soprattutto per quanto concerne il sistema delle garanzie del credito e della responsabilità patrimoniale) sia perché la riforma delle garanzie che ivi è stata attuata

²⁵⁵ Art. 1149 BGB: "Il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata.". Questa disposizione deve essere letta alla luce dell'art. 134 BGB, che dispone la nullità di qualsiasi negozio giuridico che urti contro un divieto imposto dalla legge, salvo che legge non disponga diversamente.

Art. 1229 BGB: "Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratorio, qualora non venga soddisfatto, o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o essere trasferita la proprietà della cosa, è nullo".

²⁵⁶ In tema, cfr M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999, pp. 81 ss, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 218, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 398.

rappresenta senza dubbio una vera e propria rivoluzione, considerati i presupposti da cui ha preso le mosse.

Su tali premesse, detta riforma può senza meno costituire un esempio per l'ordinamento italiano, tradizionalmente più statico ed ancorato a quelle stesse strutture tradizionali recentemente rinnovate in Francia.

Il sistema delle garanzie reali francesi, infatti, era fondato sulla loro soggezione al principio di tipicità, sulla speculare presenza di uno statuto normativo delle garanzie fondato su un rigido formalismo, sul divieto del patto commissorio e sulla qualificazione delle garanzie reali come delle eccezioni al principio della responsabilità patrimoniale universale del debitore, come tali prive di flessibilità ed inidonee ad adattarsi agli schemi negoziali proposti dalla pratica²⁵⁷.

In un primo momento (come d'altronde avvenuto anche in Italia) la pratica negoziale ha portato all'emersione di garanzie mobiliari non possessorie (*gage sans dépossession*), poi avallate dalla giurisprudenza e, soltanto infine, dalla legge. Il cammino verso la legittimazione delle garanzie mobiliari non possessorie è infine culminato nell'*ordonnance* del 23 marzo 2006 con la quale è stata attuata un'importantissima e radicale riforma legislativa del settore.

Più nello specifico, la riforma in questione ha riguardato il nuovo Libro IV del *Code civil* dedicato alle garanzie (*des sûretés*) ed ha portato al

²⁵⁷ In tema, F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, A. CHIANALE, F. FIORENTINI, E. GUERINONI, A. MOJA, A. REALI, G. STELLA, V. TAGLIAFERRI, Milano, 2014, pp. 37 – 42, la quale, con riferimento al diverso profilo del divieto del patto commissorio rileva come “la dottrina comparatistica ha posto in luce una marcata dissociazione tra i formanti del sistema francese: le norme che in Francia recepiscono il divieto del patto commissorio (artt. 2078 e 2088 Code civ.; 93 Code com.; 742 Code proc. civ. ancien), se da un lato vengono fedelmente conservate dagli interpreti – togati e non – sul piano delle verbalizzazioni come regole inderogabili di ordine pubblico, dall'altro vengono utilizzate, a livello operativo, non tanto come norme cardine del sistema della responsabilità patrimoniale, quanto come norme che appartengono al diritto delle obbligazioni e che ne esprimono un principio generale di esigenza di controllo di proporzionalità tra le prestazioni. Mercè tali regole si governano fisiologie e patologie del rapporto creditore–debitore, dalla natura delle pretese reciproche alla valutazione del comportamento del creditore, fino alla disciplina degli obblighi restitutori”.

riconoscimento ufficiale del pegno non possessorio come categoria generale, dapprima previsto soltanto da norme speciali ed eccezionali.

Prima che la riforma del 2006 intervenisse in proposito, infatti, la costituzione del pegno era necessariamente ancorata allo spossessamento della *res* e presupponeva la *traditio rei*, alla stregua di quanto a tutt'oggi avviene nell'ordinamento italiano.

Con l'introduzione del nuovo Libro IV, invece, la Francia ha positivizzato la validità del pegno non possessorio, qualificandolo come contratto non più necessariamente reale ma anche consensuale, predisponendo così un sistema binario ove, affianco al classico pegno manuale (a cui, quindi, l'ordinamento francese non ha definitivamente abdicato) si pone il pegno non possessorio quale strumento alternativo per i privati.

Per la sua costituzione il nuovo pegno richiede un atto scritto dal quale sia puntualmente evincibile il credito garantito ed il bene (o i beni) costituiti in pegno, mentre lo spossessamento della *res* non è considerato una *condicio* di validità ma un semplice presupposto di opponibilità del vincolo alternativo alla registrazione del contratto di garanzia.

In buona sostanza, il sistema francese, operando una riforma radicale ed organica, pare aver definitivamente “accettato” che le garanzie tipiche necessitassero di una riorganizzazione strutturale e, in questa stessa prospettiva, è giunto sino a riconoscere addirittura la legittimità del patto marciano inscrivendone la disciplina nella parte generale del diritto della responsabilità patrimoniale, al precipuo fine di venire incontro alle nuove richieste provenienti dagli operatori e dalle prassi negoziali.

1.4. Il diritto belga.

Anche il sistema belga tende evidentemente verso un nuovo ripensamento consensualistico del pegno.

Così come avvenuto in Francia, ugualmente in Belgio le garanzie mobiliari non possessorie si sono sviluppate mediante legislazioni speciali.

Tra le prime fattispecie figura la *gage sur fonds de commerce* introdotta nel 1919, con la quale il legislatore belga aveva inserito una garanzia appositamente pensata a beneficio della la piccola e media impresa nel credito agrario.

In tempi più recenti, sulla scia della riforma effettuata nel sistema francese, dal quale l'ordinamento belga è fortemente influenzato, anche in Belgio è stata avviata una riforma organica, volta ad abbandonare quella confusionaria proliferazione di leggi speciali derogatorie del principio della realtà delle garanzia per abbracciare definitivamente il riconoscimento della natura non possessoria del pegno.

Frutto di questo processo è l'*avant-project de loi modifiant le code civil en ce qui concerne les suretés réelles mobilières* approvato il 15 giugno 2012, poi divenuto legge l'11 luglio 2013 ed entrato in vigore nel 2014, con cui il governo belga ha abbracciato l'abbandono dello spossessamento del pegno, subordinando la costituzione della garanzia alla redazione di un atto scritto *ad probationem*, da registrarsi elettronicamente mediante un sistema *on line* che consente una più ampia conoscenza della presenza di altri vincoli sul debitore, così ponendo il creditore nella condizione di poter valutare la situazione del soggetto di finanziato.

1.4. Il diritto olandese.

Anche nel diritto olandese il pegno ha una natura consensualistica. In realtà, come avvenuto anche negli altri ordinamenti, la possibilità di una garanzia non possessoria nasce soltanto in epoca moderna; vigente la prima codificazione olandese del 1838, infatti, la validità del contratto di pegno era rigidamente ancorata allo spossessamento della *res*, mentre la prassi commerciale aveva visto un forte sviluppo del ricorso alla proprietà in forma di garanzia.

Soltanto con il codice del 1992 è stata effettuata un'importante inversione di tendenza giacché, ispirandosi al sistema tedesco, anche il codice olandese ha elevato a norma il pegno consensuale senza spossessamento, disancorandosi definitivamente dall'idea del contratto reale.

La peculiarità di questo contratto rispetto a quello previsto negli altri sistemi europei (ivi compreso quello italiano ex d.l. n. 59/2016) riguarda il fatto che nel pegno olandese all'assenza dello spossessamento non fa da contraltare alcun registro ove il contratto deve obbligatoriamente essere registrato ai fini pubblicitari.

Il pegno olandese, infatti, è costituito mediante un atto notarile o mediante un atto privato che viene successivamente registrato ai soli fini fiscali e non anche per motivazioni legate alla sua opponibilità ai terzi²⁵⁸.

1.6. Il sistema spagnolo: *la prenda*.

Tra i paesi europei che già prevedono forme non possessorie di garanzia mobiliare deve essere annoverata la Spagna, anch'essa in anticipo rispetto all'Italia quanto all'introduzione normativa di un pegno non possessorio. Mentre, infatti, il primo pegno non possessorio italiano è stato quello su prosciutti del 1985, in Spagna, già dal 1954, con la *Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, successivamente riformata dalla *Ley n. 41 del 2007*²⁵⁹ è stato inserito un pegno non possessorio di carattere speciale e strettamente settoriale (*prenda sin desplazamiento*).

²⁵⁸ In tema, F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, A. CHIANALE, F. FIORENTINI, E. GUERINONI, A. MOJA, A. REALI, G. STELLA, V. TAGLIAFERRI, Milano, 2014, pp. 36-37.

²⁵⁹“Viceversa il legislatore italiano, salvo gli sparuti interventi indicati (cui va aggiunto, in punto di rotatività, anche quello in materia di vincoli su strumenti finanziari dematerializzati originariamente previsto dall'art. 34, comma 2°, d.lgs. n. 213 del 1998), per molti anni non ha operato alcuna sostanziale forma di innovazione, rimanendo in tal modo ancorato al passato”, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.2, 2017, p. 231.

A livello generale, nel sistema spagnolo, *la prenda* è in tutto e per tutto assimilabile al nostro contratto di pegno, trattandosi di un diritto reale di garanzia in forza del quale il debitore consegna il possesso della cosa gravata al creditore affinché, in caso di inadempimento dell'obbligazione, questi possa essere reintegrato nel suo diritto patrimoniale tramite l'alienazione della cosa mediante asta pubblica (art. 1866 c.c.).

Più nello specifico, nel caso in cui il debitore non onori la prestazione, il creditore può procedere alla vendita del bene, sia in via giudiziale, nei modi e nelle forme disciplinate dal codice civile spagnolo, sia in via stragiudiziale, tramite l'intervento di un notaio che procede ad asta pubblica²⁶⁰.

Anche in Spagna, il pegno è un contratto in cui la *traditio* (il *desplazamiento*) costituisce un requisito essenziale, finalizzato ad assolvere ad una duplice esigenza: consentire al creditore il controllo sul patrimonio del debitore e attuare la pubblicità della garanzia²⁶¹.

L'art. 1863 c.c. spagnolo stabilisce a tal riguardo che per costituire il contratto di pegno è necessario che il creditore (o un terzo individuato tra le parti di comune accordo) acquisti il possesso del bene gravato. Il creditore pignoratorio, quindi, trattiene la proprietà del bene finché il debitore non onora il credito²⁶² ed assume su di sé l'onere di curare la *res* con la diligenza

²⁶⁰ M. P. B. De QUIROS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, p. 60.

²⁶¹ A. M. LOPEZ, A. M. VELARDE; A.F. AREVALO, A. DIAZ MORENO, *Leciones de derecho civil, derechos reales e hipotecario*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012, p. 251.

²⁶² C. LASARTE, *Derechos reales y derecho hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 18 "Así conceptada, la prenda es la figura más antigua y primaria de los derechos reales de garantía y, al mismo tiempo, una institución preventiva de marcado carácter antieconómico, en cuanto realmente sustrae del tráfico y del mercado el aprovechamiento y la utilización de las cosas objeto de pignoración. Semejante consecuencia negativa, como hemos visto en el tema anterior, ha traído consigo, de una parte, su relativa intrascendencia en la economía contemporánea y, de otra, ha determinado la creación de las nuevas figuras mobiliarias de derechos reales de garantía", ossia, "così concepito, il pegno è la figura più antica e più importante dei diritti reali di garanzia e, allo stesso tempo, un'istituzione preventiva di marcata natura antieconomica, poiché sottrae traffico e al mercato la circolazione e l'uso degli oggetti oppignorati. Una conseguenza così negativa, come abbiamo visto nel precedente argomento, ha portato, da un lato, conseguenze sull'economia contemporanea e, dall'altro, ha determinato la creazione di nuove figure mobiliari di diritti reali di garanzia".

del buon padre di famiglia, rispondendo al debitore per la sua eventuale perdita o deterioramento.

Se il pegno produce degli interessi, questi vengono trattenuti dal creditore ed imputati alla restituzione degli interessi che maturano sul credito e, soltanto ove il credito non produca interessi, alla somma capitale.

Il creditore, inoltre, può esercitare le azioni che competono al proprietario della cosa pignorata per reclamarla e difenderla contro i terzi.

La forte assonanza tra il contratto di pegno spagnolo ed il contratto di pegno codicistico italiano emerge immediatamente sotto questi profili, mentre invece permane una significativa differenza tra i due istituti sotto il profilo dell'opponibilità ai terzi.

Nel sistema spagnolo, infatti, l'art. 1865 c.c. stabilisce che, al fine di evitare che la costituzione del contratto di pegno venga strumentalizzata per distrarre beni dal patrimonio del debitore, la garanzia è opponibile ai terzi creditori soltanto se il pegno è stato concesso mediante una scrittura pubblica, in grado di offrire certezza circa la data di costituzione. Fondamentalmente, quindi, il contratto si perfeziona tra le parti con la consegna, ma verso i terzi ha effetto soltanto con la scrittura pubblica²⁶³.

1.5.1. *La prenda sin desplazamiento.*

Come anticipato, affianco al contratto tipico di pegno, il sistema spagnolo conosce forme particolari previste da normative di parte speciale.

Con la legge del 16 dicembre 1954, "*De Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*", l'ordinamento spagnolo ha introdotto una peculiare forma di pegno senza spossessamento che opera in via speciale soltanto su beni tassativamente indicati dalla legge.

²⁶³ In realtà, la dottrina spagnola si è interrogata sulla funzione della scrittura pubblica, se elemento costitutivo del contratto di pegno o strumento di conoscibilità legale.

Tra questi beni vi rientrano i frutti ancora non maturi e le raccolte previste entro l'anno agricolo in cui si è concluso il contratto, gli animali e i prodotti derivati, le macchine e gli attrezzi delle aziende agricole, i crediti e gli altri diritti che corrispondono ai titolari dei contratti, le licenze e le concessioni o subconcessioni amministrative, sempre che la legge ne consenta il trasferimento a terzi, le collezioni di oggetti di valore artistico e storico (*prenda artística*) come i dipinti, le sculture, le porcellane o i libri, in tutto o in parte²⁶⁴.

La peculiarità di questo istituto consta nel fatto che i beni oppignorati possono restare in deposito presso il debitore concedente, il quale può continuare a farne uso durante il rapporto di credito senza arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore pignoratizio.

La *ratio* sottesa alla deroga allo spossessamento viene individuata dalla dottrina nella necessità di rendere possibile l'utilizzo di un bene produttivo e di evitare inutili e nocive stasi dell'attività, consentendo al debitore di dare impulso alla produttività dell'azienda e creare una nuova ricchezza con la quale onorare il debito assunto²⁶⁵.

²⁶⁴ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, Edisofer S.r.l., Madrid, 2010* “No son pignorable sin deplazamiento nada más que esas cosas, pero ni siquiera lo son siempre, sino sólo cuando no puedan ser objeto de hipoteca mobiliaria y no hayan sido hipotecados inmobiliariamente juntamente con el inmueble en el que están”, ossia, “non sono assoggettabili a pegno senza spossessamento beni diversi da questi, ma anche questi beni non lo sono sempre, ma soltanto quando non possono essere soggetti a un'ipoteca mobile e non sono già stati gravati da ipoteca immobiliari insieme alla proprietà in cui si trovano”.

²⁶⁵ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, Edisofer S.r.l., Madrid, 2010*, “La razón de ser de la figura, como ya se ha dicho, se halla en que de la posesión de ciertas cosas no es posible en la práctica o es especialmente inconveniente que se desprenda el pignorante. Pues bien, ante ello la prenda sin deplazamiento, sustituye la entrega de la posesión por una inscripción en el Registro correspondiente y por ciertas obligaciones que sobre conservación, inmovilización e indisponibilidad de la cosa se imponen al que la sigue poseyendo, y ciertos derechos de fiscalización sobre la misma que se conceden al acreedor”, vale a dire, “la ragion d'essere della figura, come già detto, è che il possesso di certe cose non è possibile nella pratica o è particolarmente scomodo per il pignorante privarsi di alcuni beni. Il pegno senza spossessamento sostituisce la consegna del possesso con un'iscrizione nel Registro corrispondente e attribuisce determinati obblighi alla persona rimasta nel possesso del bene che deve curarne la conservazione, l'immobilizzazione e l'indisponibilità e, contestualmente, riconosce determinati diritti di ispezione al creditore”.

A differenza di quanto previsto per il nostro pegno non possessorio dal d.l. n. 59/2016, per il quale uno dei presupposti di operatività dell'istituto è che il credito da garantire sia inerente all'attività imprenditoriale del debitore, la *prenda sin desplazamiento* può essere utilizzata per garantire crediti di ogni tipo e non soltanto crediti che originano dall'attività agricola aziendale.

Il contratto di *prenda sin desplazamiento* si costituisce tramite una scrittura pubblica e viene iscritto in un registro speciale denominato *Inscripciones de Prenda sin Deplazamiento* che rappresenta una sezione del *Registadores de la Propiedad*, tenuto dal Ministero della Giustizia spagnolo e dalla Direzione Generale dei Registri e del Notariato²⁶⁶.

Senza l'autorizzazione del creditore il debitore non può alienare i beni oggetto di pegno senza spossessamento²⁶⁷.

Ad ogni modo, nonostante detta fattispecie spagnola di pegno non possessorio appaia *prima facie* funzionale alle esigenze cui intende rispondere, consta che il ricorso da parte degli operatori del settore interessato sia notevolmente limitato e pressoché nullo. Probabilmente questo dipende dal fatto che la tassonomia dei beni oppignorabili è molto rigida e non estensibile in via di interpretazione.

Ad ogni modo, per le finalità che qui si intende perseguire, vale a dire verificare in una prospettiva comparatistica se una garanzia mobiliare non possessoria costituisca un *novum* nel panorama unionale o se, al contrario, gli ordinamenti europei hanno già confidenza con una simile fattispecie di pegno, è senz'altro positiva la previsione normativa di una fattispecie di pegno senza spossessamento, benché in disuso, poiché dimostra una potenziale capacità del sistema spagnolo di aderire ad una armonizzazione europea che si fondi sul presupposto dell'abbandono della *datio rei* quale presupposto di validità del pegno.

²⁶⁶ A. VEIGA COPO, *Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82, pp. 33 ss.

²⁶⁷ C. G. DE PAREJA OTON, *Derechos reales e hipotecario*, Dukinson s.l., Madrid 2019, pp. 238, 239, 240.

1.6. Il sistema di *common law* inglese.

Nonostante la recente uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, è comunque utile comprendere in questa veloce panoramica anche un breve riferimento al modello di *common law* inglese, dal momento che anche a fronte del recesso dal progetto politico unionale questo Stato resta sempre uno dei maggiori propulsori dell'economia europea, di talché non si può escludere un suo coinvolgimento in un progetto di armonizzazione delle garanzie mobiliari del credito, che rinomatamente fortemente incidono sul funzionamento dell'economia.

Fino al 1870 l'esperienza giuridica britannica conosceva soltanto il *mortgage* e il *pledge*.

Il *mortgage* aveva ad oggetto beni immobili ed altri beni determinati, la cui proprietà veniva trasferita al creditore; il *pledge*, invece, riguardava beni mobili il cui possesso veniva trasferito al creditore (il quale acquisiva contestualmente il diritto di venderli in caso di inadempimento) finché il credito non fosse stato ripagato.

Successivamente, affianco a questi, l'ordinamento inglese ha consentito la concessione in garanzia non solo di singoli beni mobili o di determinate categorie di beni (*fixed charge*), ma anche dell'intero patrimonio societario o di parte sostanziale dello stesso introducendo la *floating charge*, con l'obiettivo di evitare la sottrazione dei beni al possesso della società e le conseguenti ricadute negative sul ciclo produttivo aziendale²⁶⁸.

Si tratta di una garanzia tipica, di natura non possessoria, riservata alle società di capitali ed avente ad oggetto la stessa azienda sociale oppure un complesso di beni, quali, ad esempio, il magazzino e i macchinari

²⁶⁸ Il meccanismo ideato prevede che al verificarsi di una condizione indicata nell'atto costitutivo della *floating charge* questa passi dalla condizione di "floating" a quella di "fixed", tramite l'immediata cristallizzazione e fissazione della garanzia stessa su di un bene specifico facente parte del patrimonio del debitore.

A fronte del carattere “flottante” della garanzia, la pubblicità rappresenta un elemento fondamentale nel sistema delle garanzie mobiliari senza spossessamento.

In buona sostanza, il diritto inglese ha ideato un modello generale di garanzia mobiliare che molto ha ispirato gli altri Paesi europei e che, per quanto riguarda l’Italia, già tempi addietro aveva consentito di leggere in una chiave di maggior favore il pegno rotativo, permettendo agli operatori di desumere dall’esperienza inglese degli spunti utili a suffragarne la legittimità e l’utilità.

2. L’armonizzazione degli ordinamenti europei in materia di garanzie mobiliari: realtà o utopia?

Alla luce del quadro così brevemente delineato, appare evidente la diffusione nei paesi europei di garanzie mobiliari senza spossessamento del debitore-imprenditore secondo meccanismi che, benché variegati, sono tutti predeterminati al fine di facilitare l’accesso al credito, soprattutto nel contesto imprenditoriale.

I recenti sviluppi sembrano quindi aver assottigliato quelle diversità esistenti tra i vari ordinamenti nazionali che per tanto tempo hanno inibito una riflessione comunitaria in tema di garanzie mobiliari del credito.

Sulla base di questa premesse, l’auspicata armonizzazione dei sistemi europei non appare più una mera utopia, ma un progetto realmente perseguibile che, d’altronde, non trova ostacoli a livello unionale nell’articolo 220 del Trattato istitutivo dell’Unione Europea, che riserva in via esclusiva la competenza in materia di diritto di proprietà ai singoli Stati membri²⁶⁹.

²⁶⁹ Come puntualmente evidenziato da D. SICLARI, *European capital markets union e ordinamento nazionale*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2016, p. 481 d’altronde, l’articolo in discorso non ha mai rappresentato un ostacolo per l’armonizzazione nel settore

Ciò nondimeno, senza dubbio, se davvero si intende ambire ad un progetto comune non si può non tener conto dei forti particolarismi che a tutt'oggi vedono contrapporsi le varie esperienze giuridiche.

In quest'ottica, la strada maggiormente percorribile, allora, non è quella di uniformare le garanzie mobiliari *tout court*, ma quella di sperimentare almeno una prima armonizzazione nel settore imprenditoriale, assecondando - da un lato - le recenti evoluzioni nazionali che hanno visto l'introduzione di sistemi non possessori in questo settore (e che quindi hanno dimostrato di essere fertili in questo ambito per una "copertura di norme europee") e - dall'altro - intervenendo su un settore (quello imprenditoriale) da sempre più incline a recepire le spinte europee.

In buona sostanza, nel panorama imprenditoriale il cammino verso il ravvicinamento dei sistemi delle garanzie mobiliari ha effettive probabilità di giungere a meta, senza necessità di attendere ulteriormente una piena uniformazione "dal basso" dei sistemi giuridici che, oltre ad essere allo stato aleatoria, ritarderebbe eccessivamente l'ormai improcrastinabile esigenza di predisporre una trama di regole comuni per la tutela del credito, innegabile motore dell'economia, necessarie per un mercato comunitario in cui vi sia una piena libertà di circolazione degli operatori.

Infatti, un sistema in cui le garanzie del credito sono disciplinate in modo frammentario tra le varie legislazioni nazionali rischia di defatigare gli operatori economici e inibirli dal muoversi liberamente nel mercato europeo, inducendo costoro piuttosto a chiudersi dietro le frontiere nazionali e ad operare solo laddove conoscono pienamente rischi e benefici, lasciando così rivivere e persistere una barriera doganale virtuale il cui dazio è rappresentato dall'alea dell'investimento.

dei marchi e brevetti ed in genere del diritto industriale, benché pacificamente facenti parte della materia proprietaria.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

PROSPETTIVE DI RIFORMA NEL DIRITTO INTERNO.

Una considerazione conclusiva sembra dipanare automaticamente dall'analisi e dalle valutazioni svolte in questo scritto: il diritto italiano,

connotato da un atavico immobilismo strutturale, necessita oggi di una radicale rivisitazione e sistematizzazione.

L'impianto codicistico non è stato mai adeguato alle esigenze dei traffici moderni e globalizzati e questo ha portato sia il legislatore sia la giurisprudenza a cercare di ovviarvi mediante interventi di legislazione speciale che, se da un lato hanno avvantaggiato i settori in cui sono intervenuti, dall'altro, essendo numerosi, hanno generato un sistema in cui sono ormai più frequenti le applicazioni delle eccezioni che non quelle della regola codicistica.

In realtà questa circostanza non coglie di sorpresa considerato che le prime operano nei settori dove realmente il ricorso alla garanzia mobiliare è in uso (bancario, finanziario, commerciale) e dove quelle stesse esigenze di maggiore flessibilità che hanno occasionato la nascita della disciplina *ad hoc* sono nate e sono state – a giusta ragione – recepite²⁷⁰.

L'attuale disciplina giuridica nazionale pecca allo stato di organicità e di incisività. Da un lato, infatti, non vi è un'unica collocazione sistematica delle garanzie mobiliari, regolate, anzi, da una pluralità di fonti che ostacolano la chiarezza; dall'altro, l'ampio novero di requisiti formali previsti dalla disciplina codicistica in materia, insieme all'estesa applicazione (ed alle diverse interpretazioni) del divieto del patto commissorio e della clausola marciiana, ha creato uno scenario complesso e discontinuo che nuoce al mercato del credito e origina di frequente contenziosi tra creditori privilegiati e creditori chirografari.

A fronte dell'intervento del 2016, resta quindi ancora inalterata l'ambizione di un progetto di riforma ben più esteso e sistematico, mediante il quale intervenire su quei profili più critici del nuovo istituto che si è tentato di stigmatizzare in questo lavoro, ma, soprattutto, riorganizzare l'intero sistema delle garanzie mobiliari recependo – tra l'altro e finalmente - a

²⁷⁰ Al contrario, tra i privati maggiore è il ricorso all'ipoteca piuttosto che al pegno.

livello normativo la legittimità della cautela marciana, dotandola di una propria disciplina generale, come già avvenuto in Francia²⁷¹.

L'idea, d'altronde, è quella propria del disegno di legge n. 1151 del 2019, rubricato "Delega al Governo per la revisione del codice civile"²⁷², con il

²⁷¹ Questo auspicio è stato espresso anche da R. CATERINA nel suo intervento dal titolo "Le nuove forme di garanzia del credito" durante il Convegno nazionale dell'associazione dei Civilisti Italiani sul tema "Il diritto patrimoniale. Una rivisitazione: le revisioni", Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma TRE, 14-15 giugno 2019.

²⁷² Il testo integrale, reperibile sul sito www.giustizia.it, quanto alla tematica delle garanzie mobiliari recita "si prevede, altresì, la disciplina di nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali in ambito bancario e finanziario, nonché la definizione delle modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario, al fine di assicurare adeguate forme di tutela dei beneficiari. La prima misura tiene conto delle esigenze di ricorso al credito e delle attuali condizioni di accesso.

Il sistema del credito bancario è stato interessato da interventi normativi recenti che hanno già tipizzato forme di garanzia atipiche, perseguendo peraltro in primo luogo l'obiettivo di favorire la realizzazione del credito con forme di autotutela del creditore che prescindono dal ricorso all'esecuzione coattiva disciplinata dal codice di rito civile.

Con la legge 2 aprile 2015, n. 44, è stato modificato l'articolo 11-quaterdecies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, in materia di prestito vitalizio ipotecario, nel quale l'ipoteca presenta tratti peculiari che la distinguono dalla tradizionale garanzia reale accessoria al credito, onde realizzare, oltre alla finalità anzidetta, finalità soprattutto assistenziali, accentuate dalla recente riforma.

Col decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72, di attuazione della direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, è stato introdotto nel titolo VI del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il capo I-bis (Credito immobiliare ai consumatori), il cui articolo 120-quinquiesdecies consente di variamente modulare il contratto di finanziamento a favore del « consumatore », prevedendo forme di autotutela del « finanziatore » in caso di inadempimento del finanziato aventi ad oggetto beni immobili dati in garanzia, anche in deroga al divieto di patto commissorio, ma con la cautela del cosiddetto patto marciano.

Alle imprese è invece rivolto l'istituto cui all'articolo 48-bis del citato testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dall'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, cioè il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato, secondo un meccanismo anche in tale ipotesi basato sull'istituto del cosiddetto patto marciano.

Ancora, va ricordato il pegno non possessorio previsto dall'articolo 1 dello stesso decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, sempre al fine di incentivare il finanziamento alle imprese, con attribuzione della garanzia sui mezzi di produzione e sulle merci e con il cosiddetto revolving (con applicazione normativa del cosiddetto patto di rotatività del pegno, noto alla prassi ed alla giurisprudenza).

Il disegno di legge delega tende ad incrementare lo strumentario a disposizione di privati ed imprese per un migliore e più efficace accesso al credito, prestandosi a ricomprendere diverse tipologie di strutture atipiche di garanzia del credito, sia reali che personali.

quale è stato proposto il conferimento di un'ampia delega al Governo ad adottare, entro 12 mesi dalla data di entrata della legge, su proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della Giustizia, uno o più decreti legislativi per la revisione ed integrazione del codice civile.

Per quanto nello specifico qui di interesse, detto provvedimento all'art. 1, lettera o) si propone di disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario.

Come puntualmente riassunto nella relazione tecnica di accompagnamento, il disegno di legge reca una delega di carattere ordinamentale concernente diversi ambiti che riguardano "le associazioni e fondazioni, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti allo svolgimento di attività lucrative e alle procedure di liquidazione; gli accordi tra nubendi, coniugi e uniti civilmente volti a regolamentare i rapporti personali e quelli patrimoniali; la materia delle successioni, con particolare riguardo ai diritti riservati ai legittimari e ai patti successori; la materia dei contratti con particolare riguardo all'obbligo della parte di comunicare, nel corso delle trattative informazioni determinanti per il consenso, al ricorso a pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o scorrette, alla invalidità delle clausole dei patti o accordi che risultino in contrasto con i diritti della persona aventi

Il criterio direttivo è quello del recepimento normativo di prassi o schemi negoziali che si siano già consolidati « nell'uso bancario e finanziario ». Indice di siffatta diffusione si ha, oltre che nei relativi protocolli operativi, nelle numerose pronunce giurisprudenziali in tema di garanzie atipiche (dalle alienazioni a scopo di garanzia, compresi la cessione di credito a scopo di garanzia e il mandato all'incasso o il *sale and lease back*, alle garanzie personali atipiche, primo fra tutti il contratto autonomo di garanzia, e non escluse le discusse figure della lettera di patronage e delle clausole di *covenant*).

La prassi tende a colmare le lacune e le inadeguatezze che il sistema tradizionale mostra sia in ragione dell'attuale situazione economica interna sia in ragione dell'internazionalità degli scambi, che hanno comportato una profonda trasformazione del contesto socio-economico rispetto a quello nel quale si è tradizionalmente collocato il sistema codicistico, connotato dalla garanzia generica dell'articolo 2740 del codice civile e dal divieto di patto commissorio dell'articolo 2744 del codice civile. La prassi, meglio l'uso, bancario e finanziario, diviene perciò oggetto di considerazione per l'introduzione normativa di nuove forme di garanzia del credito".

rango costituzionale, al diritto delle parti alla rinegoziazione di contratti in caso di eccessiva onerosità nonché alla disciplina di nuovi schemi contrattuali. Ulteriori criteri direttivi attengono al coordinamento di eventuali ipotesi di concorso, cumulo e sovrapposizioni di diverse forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale, nonché alla razionalizzazione di forme di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, per alcuni casi, contrattuale. Il disegno di legge detta ulteriori disposizioni di delega, sempre di carattere ordinamentale, che attengono alla disciplina di nuove forme di garanzia del credito, nonché alla definizione delle modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario”.

A ben vedere, si tratta di un progetto assai ambizioso che coinvolge vari settori della disciplina civilistica – tra loro anche molto eterogenei - e che soprattutto dimostra di essere incentrato sulla generale esigenza di modernizzare il sistema, di abdicare a principi statici ormai tramontati e in particolar modo di riconoscere finalmente la validità di pattuizioni ed istituti accettati di fatto ma ancora osteggiati in astratto. In altri termini il criterio direttivo, pur declinato in tutte le diverse fattispecie ed aree interessate, resta sempre quello di recepire a livello normativo prassi o schemi negoziali che si siano già consolidati o che sono avvertiti come una nuova esigenza di tempi moderni.

Alla data di ultimazione di questo scritto detto disegno di legge non è ancora stato approvato ma durante la Seduta della Commissione Giustizia del Senato n. 113 del 30 luglio 2019 è stato programmato lo svolgimento di un ciclo di audizioni sul provvedimento in seno alla 2^a Commissione permanente Giustizia al fine di vagliare l’effettiva percorribilità del programma e la sua eventuale strutturazione.

Senza dubbio, nell’attesa di un progetto tanto impegnativo quanto ambizioso, sarebbe auspicabile quantomeno l’adozione *medio tempore* del tanto richiamato Registro dei pegni non possessori che, finalmente, potrebbe

iniziare alla pratica il pegno non possessorio²⁷³ e, probabilmente, ove ben congegnato, risolvere anche molte di quelle problematiche discendenti dall'assenza di un collegamento con le altre garanzie mobiliari, possessorie e non.

L'occasione, infatti, potrebbe essere propizia per intervenire a più ampio raggio e introdurre un apposito registro elettronico pubblico per tutte le garanzie mobiliari non possessorie, che garantisca il coordinamento di tutti i registri cartacei ed elettronici esistenti, che sia in grado di censire tutti i diritti di garanzia e di mettere fine ai conflitti di priorità in base all'ordine cronologico di iscrizione nel registro medesimo.

Si tratta di un profilo che, se sartorialmente disegnato non sul solo pegno commerciale ma sull'intero sistema delle garanzie mobiliari non possessorie, potrebbe segnare il definitivo abbandono della *datio rei* quale presupposto di validità del vincolo.

È bene, infatti, ricordare che la certezza della pubblicità costituisce l'elemento su cui si poggia la futura fortuna del pegno non possessorio posto che il reale superamento dell'attuale concezione statica della garanzia può seguire soltanto ad una piena ed effettiva sicurezza nella circolazione del credito.

Allo stato nessun decreto è stato ancora ufficialmente adottato; il Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari del 5 giugno 2019 n. 198²⁷⁴ riporta però di un primo schema di regolamento finalizzato a dettare le disposizioni attuative, composto da 14 articoli²⁷⁵ e predisposto dall'Agenzia

²⁷³ Ad oggi, infatti, la circostanza che il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia non sia ancora stato adottato impedisce il ricorso – proficuo – da parte dei privati al nuovo pegno non possessorio, facendo sì che a ben tre anni di distanza dalla sua introduzione costituisce ancora lettera inattuata.

²⁷⁴ Reperibile *online* al sito <https://www.camera.it>.

²⁷⁵ Come riportato dal Garante per la protezione dei dati personali nel “*Parere su uno schema di decreto di natura regolamentare che disciplina l’istituzione del Registro dei pegni mobiliari non possessori, nonché le modalità per le operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione dei dati in esso contenuti - 21 giugno 2018*” lo schema sottoposto al suo parere consta di 14 articoli e “l’articolo 1 dispone l’istituzione, presso l’Agenzia delle Entrate, del “registro informatico per l’iscrizione dei pegni mobiliari non possessori”, di seguito denominato “Registro pegni”. Il Registro è

tenuto, in formato elettronico, da apposito ufficio posto sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia, ed è diretto da un conservatore, nominato dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate. Il medesimo articolo, inoltre, tenuto conto del numero delle formalità che verranno richieste al nuovo registro, prevede la possibilità di istituire in futuro, con apposito provvedimento, anche sezioni distaccate del Registro. L'articolo 2 dello schema individua le informazioni che devono essere inserite nel registro, vale a dire le formalità presentate, da riportare giornalmente nel Registro secondo l'ordine di ricezione. Nel Registro viene indicato il giorno della richiesta e il relativo numero d'ordine, nonché i dati essenziali delle formalità, quali la persona del richiedente e le persone per cui la richiesta è fatta, la data del titolo presentato con la domanda, l'oggetto della richiesta. E' previsto che il conservatore tenga anche la raccolta delle domande. L'articolo 3 individua le modalità per richiedere l'iscrizione delle formalità nel Registro. La presentazione delle domande, che debbono essere sottoscritte digitalmente da una delle parti o da un suo rappresentante ed essere corredate dal titolo costitutivo della garanzia, deve avvenire per via telematica, coerentemente con la prevista tenuta informatizzata del Registro. Nelle domande di iscrizione vanno indicati, in particolare, gli elementi previsti dall'articolo 1, comma 6, del decreto-legge n. 59 del 2016, e nello specifico: le generalità del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo datore del pegno; la descrizione del credito garantito, con la specificazione se tale credito sia presente o futuro, e la descrizione del bene dato in garanzia, con la specifica individuazione dello stesso, ove trattasi di bene determinato, ovvero con gli elementi per la relativa individuazione, in relazione alle varie fattispecie che possono venire in rilievo (beni presenti, futuri, materiali, immateriali, azioni ed obbligazioni, crediti); viene inoltre richiesta l'indicazione di ulteriori elementi, desumibili dallo stesso articolo 1 del decreto-legge o correlati alla natura reale della garanzia, necessari alla certa individuazione del credito ovvero dei beni gravati e della relativa situazione giuridica, oppure funzionali alle esigenze di certezza e accessibilità di quanto reso pubblico nel registro. Il comma 3, dell'articolo 3, individua poi la forma minima che devono rivestire gli atti al fine dell'esecuzione delle formalità nel Registro: deve trattarsi di atti pubblici ovvero di scritture private autenticate o accertate giudizialmente o sottoscritte digitalmente, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, oppure di provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Il comma 4, prevede altresì, la facoltà, per le parti, di redigere il titolo unitamente alla domanda, con sottoscrizione digitale dei contraenti, nel formato definito con apposito provvedimento interdirigenziale, da emanare di concerto fra l'Agenzia delle Entrate e il Ministero della Giustizia. L'articolo 4 dello schema, in coerenza con l'articolo 1, comma 6, del decreto-legge n. 59 del 2016, che prevede il termine di dieci anni per l'iscrizione, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione, individua le modalità per richiedere la rinnovazione, mutuando dall'omologo istituto previsto nell'ambito della pubblicità immobiliare. In tema di cancellazione del pegno mobiliare non possessorio, l'articolo 5 dello schema dispone che detta cancellazione sia eseguita dal conservatore a seguito della presentazione della relativa domanda, unitamente all'atto contenente il consenso del creditore, quando consentita dallo stesso, o al provvedimento definitivo con cui viene disposta, quando ordinata giudizialmente. L'articolo 7 demanda ad un apposito provvedimento interdirigenziale, emanato dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate di concerto con il Ministero della Giustizia, l'approvazione delle specifiche tecniche da utilizzare per la redazione delle domande e dei titoli, nonché per la relativa trasmissione al conservatore del Registro. Inoltre, allo scopo di agevolare le verifiche sulla sussistenza dei previsti requisiti soggettivi, sono previste forme di cooperazione applicativa con il registro imprese, le cui modalità attuative verranno fissate con apposito provvedimento interdirigenziale (Agenzia delle entrate-Ministero dello sviluppo economico). Le disposizioni di cui all'articolo 8 sono volte a precisare i compiti del conservatore, chiarendo quali verifiche è tenuto a compiere al fine di iscrivere ovvero annotare nel Registro le formalità presentate, mentre l'articolo 9 contiene previsioni di carattere procedimentale, concernenti le modalità di certificazione dell'avvenuta esecuzione delle formalità richieste, nonché di conservazione dei documenti depositati. Le disposizioni dell'articolo 10 sono

delle Entrate in esito a varie interlocuzioni ed incontri fra rappresentanti dei Dicasteri concertanti, nonché alla luce delle osservazioni formulate al riguardo dal Dipartimento della Ragioneria dello Stato.

Detto schema è stato sottoposto al parere del Garante per la protezione dei dati personali (che non ha rilevato particolari profili di criticità sotto il profilo della protezione dei dati personali ma che ha comunque sollevato dei rilievi tecnici) e, a valle di questo, al Consiglio di Stato che, tuttavia, ha sospeso l'adozione del parere richiesto, reputando necessario un supplemento di istruttoria da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze con audizione degli *stakeholder*, “considerato l'impatto della normativa sul traffico dei beni di impresa, gli effetti della garanzia nonché le esigenze di certezze sottese alla circolazione del bene vincolato”.

Il testo ufficiale non è ancora stato condiviso e reso pubblico, ma l'auspicio resta quello di un registro che – oltre a non violare i dati sensibili che innegabilmente andrà a contenere e a tutelare i segreti commerciali e non delle aziende e degli imprenditori che effettueranno le registrazioni – si preoccupi di affrontare le problematiche che si è tentato di focalizzare.

dirette a disciplinare le modalità di consultazione del Registro e quelle per la certificazione delle relative risultanze. In particolare, si prevede che il Registro e la raccolta delle domande sono consultabili da chiunque, per via telematica, individuando le indicazioni da fornire all'atto della visura. Parimenti telematiche sono le richieste e il rilascio di certificazioni, che possono essere generali, concernenti cioè la totalità delle formalità eseguite a carico di un determinato nominativo, ovvero speciali, in quanto limitate a specifiche categorie di beni, nonché di copie autentiche”.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO MANUEL, *Derecho civil*, Madrid, 1989.
- AMBROSINI STEFANO, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*
in Crisi d'impresa e fallimento, 2016.

- ANDRIOLI VIRGILIO, *Divieto del patto commissorio*, in Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca, Art. 2740-2899, Bologna-Roma 1945.
- ANELLI FRANCO, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 398
- ANGELICI CARLO, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992.
- APICE UMBERTO, *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, vol. I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino 2011.
- APICE UMBERTO, *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, vol. III, *Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino 2011.
- ARETA GIOANNI, MONTESANO LUIGI, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2007.
- AVOLIO CARLA, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2019.
- BALDUCCI DANIELE, *Cessione e conferimento di azienda*, Milano, 2007.
- BARILLA' GIOVANNI BATTISTA, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4/2017.
- BETTI EMILIO, *Autotutela*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.
- BIANCA C. MASSIMO, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.
- BIANCA C. MASSIMO, *Diritto civile*, vol. 7, *Le garanzie reali, la prescrizione*, Milano 2012.

- BISCARDI ARNALDO, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976.
- BOERO PIETRO, *Le ipoteche*, Torino 1999.
- BOZZI GIUSEPPE, *Le garanzie atipiche*, Varese, 1999.
- BRODI ELISA, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional paper)* della Banca d'Italia, n. 356, settembre 2016.
- BUSSANI MAURO, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impresa*, 1/1997.
- BUSSANI MAURO, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999.
- CAMPOBASSO MARIO, *Pegno non possessorio: pegno ma non troppo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2018.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 156.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929
- CARRASCO PERERA ANGEL, *Los derechos de garantia en la ley concursal*, Navarra, 2004.
- CARRASCO PERERA ANGEL, CORDERO LOBATO ENCARNA, LOPEZ MANUEL J. MARINO, *Tratado de los derechos de garantia*, Navarra, 2015.
- CHIANALE ANGELO, *L'ipoteca*, Torino, 2017.

- CHIANALE ANGELO, *Patto marciano: osservazioni alla bozza di decreto attuativo in consultazione*, disponibile su www.dirittobancario.it.
- CHIANALE ANGELO, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.
- CHIANALE ANGELO, TERLIZZI GIULIA, CAMPOLOTTARO SIMONE, MARTELLI MATTEO, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2018.
- CHINÈ GIUSEPPE, FRATINI MARCO, ANDREA ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016.
- CIPRIANI NICOLA, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 7/2017.
- CRISCUOLO FABRIZIO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGERI GIOVANNI, Napoli, 2008.
- D'AMICO GIOVANNI, PAGLIANTINI STEFANO, PIRAINO FABRIZIO e RUINI TIZIANA, *I nuovi marciani*, Torino 2017.
- DELL'ANNA MISURALE FRANCESCA, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Rivista di diritto bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*.
- DE DIEGO CLEMENTE FELIPE, *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1659.

- DE SANTIS LAURA, *Il ruolo e la tutela del possesso dalle origini alle moderne implicazioni in termini di pegno non possessorio*, in *De Iustitia*, 4/2016.
- DI MARCELLO TOMMASO, *Flussi di risorse e finanziamento d'impresa*, Milano, 2010.
- DI MARCO GIANPAOLO, CAMPIDELLI, SILVIO, *Convertito in legge il Decreto Banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio* in *Quotidiano Giuridico* del 30 giugno 2016.
- DI MARZIO MAURO, *sub art. 2784-2807 in Commentario al codice civile* a cura di CENDON PAOLO, Milano, 2009.
- DI SABATO DANIELA, *I privilegi in Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da PERLIGERI GIOVANNI, Napoli, 2008.

- FIORENTINI FRANCESCA, in *Trattato dei diritti reali*, Milano 2014.
- FIORENTINI FRANCESCA, *La riforma francese delle garanzie reali*, in *Notariato*, IV/2006, p. 501.
- FIORENTINI FRANCESCA, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. Priv.*, III/2006, pp. 1191 ss.
- FIORENTINI FRANCESCA, *Le garanzie reali atipiche*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, pp. 255
- FORCHIELLI PAOLO, *I contratti reali*, Milano, 1952.
- FRAGALI MICHELE, *Del Mutuo*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966.

- FRASCA RAFFAELE e ROSELLI FEDERICO, *sub artt. 2784.2807 in La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* a cura di RUPERTO SAVERIO, Milano, 2012.
- FUSARO ANDREA, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Chieri (To), 2015.
- GABRIELLI ENRICO, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.
- GABRIELLI ENRICO, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile, Vol 5, I diritti reali*, diretto da SACCO RODOLFO, Milanofiori Assago, 2005.
- GABRIELLI ENRICO, *sub art. 2784-2807*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI ENRICO, Milanofiori Assago, 2015.
- GABRIELLI ENRICO, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002.
- GALGANO FRANCESCO, VIALE MIRELLA, *Trattato di diritto commerciale e diritto dell'economia: le garanzie bancarie*, Padova 1994.
- GALGANO FRANCESCO, MARRELLA FABRIZIO, *Trattato di diritto commerciale e diritto dell'economia: diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova 1994.
- GALGANO FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*, vol. 2, Milanofiori Assago (MI), 2015.
- GAMBARO ANTONIO, MORELLO UMBERTO, *Trattato dei diritti reali*, Vol. V, Milano, 2014.
- GAZZONI FRANCESCO, *Qualche dubbio sulla struttura del pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. notariato*, 2000.
- GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2013.

- GHIA LUCIO, PICCININI CARLO, SEVERINI FAUSTO, *Trattato delle procedure concorsuali, le azioni revocatorie, i rapporti preesistenti*, Milanofiori Assago (MI) 2010.
- GIGLIO DANIELE, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XIV 2016.
- GORLA GINO, ZANELLI PIETRO, *Del pegno. Delle ipoteche*, in Comm. Cod. civ. Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1992.
- INZITARI BRUNO, *Legge Fallimentare art. 51-63 - Effetti del fallimento per i creditori*, in Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976.
- LACRUZ BEREDEJO JOSE' LUIS, SANCHO REBULLIDA FRANCISCO DE ASIS, LUNA SERRANO AGUSTIN, DELGADO ECHEVERRIA FRANCISCO, RAMS ALBESA JOAQUIN, *Derecho reales*, Madrid, 2004.
- LAMANNA FILIPPO, *“Decreto banche”: ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare* in *Il Civilista*, Milano 2016.
- LAURINI GIANCARLO, *Sulla clausola di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminabili*, in Banca Borsa, 1967.
- LOBUONO MICHELE, *I contratti di garanzia* in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da PERLIGERI GIOVANNI, Napoli, 2007.

- LUMINOSO ANEGLO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2017.

- MACARIO FRANCESCO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie di credito*, in *Questione giustizia* 2/2019.
- MAGAZZÙ ANDREA, *L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito*, in *Banca Borsa*, 1956, II.
- P. MARANO PIERPAOLO, *Pegno bancario e fallimento*, in *Banca bor. tit. cred.*, fasc. 1, 2000.
- MARI DANIELE, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis tub*, in *Rivista del Notariato*, fasc.6, 2016.
- MARINO ROBERTA, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 6, 2018.
- MASTROPAOLO FULVIO *Contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO PIETRO e GABRIELLI ENRICO, Milanofiori Assago, 2006.
- MINNITI GIUSEPPE F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997.
- MONTECCHIARI TIZIANA, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una categoria*, in *Il foro napoletano*, Napoli, 2019.
- MURINO FILIPPO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio* in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.2, 2017.

- NIGRO ALESSANDRO, *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, Intervento alla tavola rotonda su *Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano. Una rottura con il passato?*, tenutasi nell'ambito del Convegno di Alba del 19 novembre 2016.

- ORSINGHER LUCIA, SALOMONE LUIGI, *Manuale del pegno e delle ipoteche*, Matelica (Mc), 2007.

- PATTI ADRIANO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU-MESSINEO, Milano, 2003.

- PATRONI GRIFFI UGO, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Varese, 2012.

- PAGLIANTINI STEFANO, *Diritto e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Rivista di diritto civile*, luglio-agosto 2018.

- PENA MANUEL, DE QUIROS BERNALDO, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1999.

- PETRELLI GAETANO, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese* (estratto), in www.gaetanopetrelli.it.

- PIEPOLI GAETANO, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

- PUGLIESE GIOVANNI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991.

- RESCIGNO PIETRO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIX, tomo I, Torino, 1997.

- RESCIGNO PIETRO, GABRIELLI ENRICO, *Trattato dei contratti*, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- RISPOLI GIORGIO, *I nebulosi confini del divieto del patto commissorio*, disponibile su www.magistraturaindipendente.it.
- ROPPO VINCENZO, *Divieto del patto commissorio*, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, UTET, Torino 1997
- RUBINO DOMENICO, *Determinatezza e determinabilità del credito garantito dalla costituzione di pegno*, in Banca Borsa, 1952.

- SACCO RODOLFO, DE NOVA GIORGIO, *Il contratto*, Milanofiori Assago (MI), 2016.
- SACCO RODOLFO, CATERINA RAFFAELE, *Il possesso*, Milano, 2014.
- SANFILIPPO CESARE, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002.
- SANTOSUOSSO DANIELE U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei d.lgs 17 gennaio 20033, non. 5 e 6*, Milano, 2003.
- SICLARI DOMENICO, *European capital markets union e ordinamento nazionale*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2016.
- STELLA GIOVANNI, *Il “pegno non possessorio” alla luce delle disposizioni del Decreto Legge n. 59/2016*, disponibile online <https://www.paradigma.it/wp-content/uploads/2017/12/STELLA.pdf>.
- STOLFI GIUSEPPE, *Sul pegno per crediti indeterminati*, in Scritti giuridici, Milano, 1980.

- SPINACI SPINACI, *L'evoluzione dei patti marciali*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica, scuola superiore dell'avvocatura, fondazione del consiglio nazionale forense*, n. 2/3, 2017.
- TALASSANO F., *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III.
- TARANTINO GIANLUCA, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, commento alla sentenza Cass. Civ. 3 febbraio 2012 n. 1675, in *Dejure online*.
- TATARANO MARCO, *L'art. 120 quinquiesdecies, t.u. banc.* in *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, Studio n. 1-2017/C, Consiglio superiore del notariato.
- TUCCI GIUSEPPE, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997.
- VACCA LETIZIA, *Garanzia e responsabilità, concetti romani e dogmatiche attuali* in *Il giurista europeo*, diretto da GAROFALO LUIGI, Torino, 2015.
- VALPUESTA GASTAMINZA EDUARDO, *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcellona, 2011.
- VEIGA COPO, *Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82.
- VELGA COPO ABEL B., *La prenda de acciones*, Madrid, 2002.
- VELGA COPO ABEL B., *Tratado de la prenda*, Navarra, 2011.

- VON BAR CHRISTIAN, CLIVE ERIC, SCHULTE-NÖLKE HANS, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, (DCFR),
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
- VIZZONI LAVINIA, *Osservatorio spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.3, 2018.