

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Estratto dal n. 3/2018

La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori.

Francesca Dell'Anna Misurale

Direzione scientifica:

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'Antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Gian Luca Greco, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffei, Ugo Malvagna, Luca Mandrioli, Rainer Masera, Alessandro Melchionda, Roberto Natoli, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Francesco Tesauo

Direzione esecutiva:

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

Comitato editoriale:

Francesco Albertini, Francesco Autelitano, Stefano Daprà, Eugenia Macchiavello, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Stefania Stanca

La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori.

SOMMARIO: 1. Premessa. Occasione e delimitazione dell'indagine. – 2. L'evoluzione del quadro normativo di riferimento. La nuova garanzia pignorizia delineata dal legislatore: superamento dello spossessamento e valorizzazione dell'autonomia privata. – 3. Gli aspetti critici della disciplina tra esigenze interpretative e integrazione negoziale.

1. Sono trascorsi quasi due anni dall'emanazione del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito il successivo 30 giugno con legge n. 119, che ha introdotto una nuova garanzia reale mobiliare di natura non possessoria nell'ambito di «Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti».

Di là dagli ambiziosi proclami e dalle buone intenzioni¹, la nuova garanzia mobiliare non possessoria è rimasta lettera morta perché la mancata adozione del registro informatico necessario per assicurarne l'opponibilità ne ha impedito fino ad oggi l'utilizzo.

È di questi giorni la notizia che nel tentativo di vincere l'immobilismo seguito al varo della nuova legge², l'Associazione bancaria italiana e la Confederazione generale dell'industria italiana hanno sottoscritto un «Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia» con il quale si propongono, tra l'altro, di «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»³.

Ci si può domandare perché il legislatore non abbia reputato di avvalersi, così come aveva fatto con l'art. 46 TUB per la opponibilità del privilegio, del registro già tenuto presso il Tribunale per la trascrizione ex art. 1524 c.c. del patto di riservato dominio⁴. Eppure, le ragioni che segnalavano l'urgenza di

¹ Cfr. al riguardo il giudizio di E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali*, a cura di E. Gabrielli e S. Pagliantini, in *Giur.it.*, 2017, p. 1715, per il quale «una strada lastricata di buone intenzioni è stata così percorsa dal nostro legislatore con un passo incerto e maldestro».

² Ove il termine per l'emanazione della normativa secondaria era fissato in trenta giorni (v. art. 1, comma 6).

³ L'accordo tra Abi e Confindustria può leggersi sul sito dell'Associazione Bancaria Italiana: www.abi.it

⁴ Eventualmente prevedendone l'ammodernamento nell'ottica dell'informatizzazione.

un intervento riformatore del sistema delle garanzie mobiliari erano ben delineate nella Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del Decreto Banche⁵.

Ci si trova, dunque, dinanzi al paradosso di un *iter* legislativo iniziato nel 2016 con decretazione di urgenza ma ancora incompleto.

In questo *tempo sospeso* in cui la dottrina non può che confrontarsi con se stessa, privata com'è del naturale dialogo con la giurisprudenza che segue l'applicazione di una nuova disciplina, non è inutile ricordare quanto già lunga sia stata l'attesa del rinnovato quadro normativo per poi indugiare sugli aspetti che destano maggiori perplessità.

2. La disciplina del pegno ha subito negli ultimi trent'anni, a cavallo cioè tra il vecchio e il nuovo millennio, una profonda evoluzione.

Gli interventi legislativi e giurisprudenziali sono stati sollecitati da dottrina attenta⁶ alle istanze di rimeditazione degli istituti provenienti dalla realtà socio-economica ed hanno delineato una pluralità di modelli legali della garanzia, ai quali si ricollegano altrettanti statuti normativi.

Il dato immediatamente ricavabile dalla disciplina delle figure non codicistiche di pegno introdotte già nel 1984 (pegno sui prosciutti) e nel 2001 (pegno sui prodotti lattiero caseari) è la perdita di centralità dello

⁵ Secondo la Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l., 3 maggio 2016, n. 59, «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. 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». Il testo integrale si legge sul sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it

⁶ Fra tutti cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1996; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998; ID., *Rotatività della garanzia*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002, p. 933. Nonché, in un orizzonte più ampio, A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p. 304, ss.

spossestamento, sostituito, nella legislazione speciale, da meccanismi idonei ad evitare immobilizzazioni antieconomiche dei beni, ovvero (è il caso del pegno su strumenti finanziari dematerializzati) a conciliare l'opponibilità della garanzia con l'assenza di fisicità della *res*.

Le perplessità in ordine all'adeguatezza dello spossamento a soddisfare le esigenze legate alla costituzione della garanzia sono assai risalenti nel tempo. Già nel vigore delle disposizioni del codice Pisanelli e del codice di commercio del 1882⁷, la dottrina si interrogava sull'attuabilità di una garanzia mobiliare che conservasse al debitore il possesso della cosa oppignorata salvaguardando la fondamentale necessità di conciliare le esigenze del credito con quelle dell'economia. È dapprima nel settore del credito agrario (per la intuitiva ragione che fino al dopoguerra la nostra economia era prevalentemente agricola) che si pone l'esigenza di superare lo spossamento per non privare l'agricoltore del possesso e quindi dell'uso delle scorte vive e morte perché questo avrebbe significato disarticolare l'azienda agraria⁸.

Il problema assumeva, tuttavia, ben altra portata man mano che il ricorso al credito esterno, prevalentemente bancario, diveniva nel nostro paese la forma usuale di finanziamento alle imprese⁹ per la endemica sottocapitalizzazione delle società¹⁰.

⁷ I due codici prevedevano lo spossamento rispettivamente agli artt. 1878-1890 e 454-460.

⁸ Sul punto cfr. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 58 ss. e spec. 59, ove si legge: «Può bastare a costituire il diritto di pegno su cose mobili *che non ammettano la tradizione materiale*, una *tradizione simbolica*, però si richiede incondizionatamente l'*applicazione di segni che rendano evidente il pegno*» (corsivo dell'a.). Ma il problema è già segnalato nel 1911 da F. FERRARA, *La vendita per acconti e il «pactum reservati dominii»*, in *Foro it.*, 1911, I, c. 494, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, il quale osserva che «nelle vendite di beni mobili, ove il credito personale è insufficiente, si sente la necessità di trovare una garanzia reale. Questa secondo il nostro sistema è data dal pegno, ma tale forma è inidonea e non si presta allo scopo, perché esige lo spossamento delle cose oggetto di garanzia nelle mani del debitore e, si comprende che se chi acquista degli oggetti che gli servono [...] dovesse poi per garanzia del prezzo darli allo stesso venditore o a terzi, tanto varrebbe che non li comperasse».

⁹ In G. TUCCI, *Garanzia (III Diritti di garanzia-dir.comp.)*, Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1988, p. 591, il rilievo che «l'esigenza di ricorrere in maniera fisiologica al credito sia per incrementare l'attività di impresa sia per aumentare la diffusione dei beni di consumo durevoli ha sconvolto nella nostra, come in tutte le altre esperienze giuridiche collegate ad una economia di mercato, il sistema delle garanzie ed ha dato luogo ad una rilevante proliferazione delle garanzie mobiliari non possessorie».

¹⁰ Sul problema v. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, I, p. 3.

La sensazione generalmente avvertita è che lo spossamento contrasti anche con l'interesse del creditore, sul quale logicamente si riflette la diminuzione della capacità produttiva del debitore¹¹, finendo in ultima analisi per colpire l'economia in genere per la quale il bene impegnato diviene un bene morto¹².

Il pegno, dunque, strutturalmente concepito per garantire la sicurezza del credito in un'ottica insensibile alle ragioni dello sviluppo produttivo e legata a un modello di economia statico¹³ ispirato da logiche di sfruttamento dominicale dei beni, non poteva che rimanere confinato nell'ambito sempre più ristretto delle transazioni compatibili con le sue caratteristiche, mentre la pratica per il finanziamento delle imprese ha cercato altrove strumenti che tenessero conto del valore di garanzia dei beni mobili utilizzati per la produzione, senza distoglierli alla loro destinazione all'attività di impresa.

Si pensi alla larga utilizzazione della vendita a rate con riserva della proprietà, oppure al *leasing* (comunque non in grado di soddisfare tutte le esigenze sottese alla costituzione di una garanzia reale). Non avevano invece ingresso nella pratica i trasferimenti a scopo di garanzia in virtù del divieto del patto commissorio¹⁴.

Si è discusso fin qui dell'ostacolo che lo spossamento ha rappresentato alla costituzione del pegno su beni per i quali la sottrazione materiale al

¹¹ In argomento v. G. TRAPANI, *Il pegno c.d. mediante compossesso e il pegno senza spossamento*, Milano, 1963, p. 120 il quale reputa che «lasciando al debitore il possesso del bene e permettendogli di proseguire la sua attività produttiva, gli si offre il migliore incentivo per indurlo ad estinguere il debito contratto».

¹² L'espressione è di F. FERRARA Jr., *Ipoteca mobiliare*, Roma, 1932, p. 129.

¹³ Al riguardo L. PIAZZA, *Garanzia (I diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani XIV*, Roma, 1988, p. 4 osserva che «il credito fondato sulle garanzie reali rappresenta la forma meno evoluta dell'economia creditizia, che si giustifica in un arcaico contesto sociale ed economico, statico e chiuso, nel quale possono considerarsi indifferenti l'immobilizzazione della ricchezza e l'inaccessibilità al mercato delle sempre più vaste categorie di persone che, in vario ruolo, aspirano ad operarvi». L'osservazione, è generalmente condivisa in dottrina, da ultimo v. R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in questa rivista, n. 2, 2018, ove il rilievo che indubbiamente «l'attitudine in primo luogo del pegno a conservare beni appartenenti al patrimonio del debitore congelandoli ovvero sottraendoli alla circolazione ed emarginandoli dall'attività economica è espressione di una economia essenzialmente statica o per lo meno estremamente lenta».

¹⁴ Anche sulla portata del divieto commissorio è intervenuto il decreto legislativo convertito con l. 119 del 2016 inserendo l'art. 48 *bis* nel TUB che ammette i trasferimenti a scopo di garanzia. Ma v. pure l'art. 120-quinquiesdecies introdotto dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72 che attua l'art. 28 della Direttiva europea n. 2014 del 2017. Per un esame di questa novità legislative v. N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 994 ss.

debitore è tecnicamente possibile ma si palesa, per la sua insensibilità al valore d'uso del bene, inadeguata alle esigenze del mondo economico. Tuttavia, lo scenario è ben più complesso perché da tempo i beni hanno assunto forme nuove¹⁵ tanto da rendere addirittura un *nonsense* discorrere a loro riguardo di spossessamento; vi sono beni non suscettibili di apprensione materiale come le informazioni¹⁶, i modelli di comunicazione o di distribuzione commerciale (il c.d. patrimonio invisibile delle imprese)¹⁷, oppure gli strumenti finanziari immessi in gestione accentrata o gli strumenti finanziari dematerializzati.

Questo, dunque, il quadro che in passato ha determinato i primi interventi legislativi.

A partire dagli anni Ottanta, le regole alternative di costituzione della garanzia hanno riguardato alcuni settori merceologici: quello dei prosciutti con la l. n. 401 del 1985, che ha introdotto il meccanismo segnalativo del contrassegno indelebile¹⁸, e quello dei prodotti lattiero caseari, ai quali la l. n.

¹⁵ Sul processo di configurazione di nuovi beni cfr. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970. Rifletteva sulla opportunità di una nuova classificazione dei beni già S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, rist. 1964, p. 334 per il quale «le basi naturalistiche della distinzione tra beni immobili e beni mobili sono state erose e distrutte dalla evoluzione economica, sociale e giuridica».

¹⁶ G. VISINTINI, *I nuovi beni come oggetto di garanzia*, in G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visintini, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 81. In argomento v. anche A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1990, p. 37 ss. il quale riconduce la nascita di nuovi beni al cambiamento epocale verificatosi a seguito del passaggio da un'economia di manufatti ad un'economia c.d. di servizi ove lo scambio economico non riguarda più solo cose corporali. Di estremo interesse sono le osservazioni formulate dall'a. in ordine alle difficoltà di utilizzare le categorie tradizionali, «tutte racchiuse nell'opposizione tra beni oggetto di diritti reali, da un lato, e prestazioni oggetto di rapporti obbligatori, dall'altro», per regolare «le idee fruttuose, le notizie, le informazioni».

¹⁷ In proposito C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in *Fallimento*, 2002, p. 927 osserva che sono questi beni «che sempre più frequentemente vengono a costituire la vera ricchezza dell'impresa (tanto che oggi si comincia a parlare di impresa "invisibile")».

¹⁸ La legge 24 luglio 1985, n. 401, recante «Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata», introduce nel sistema una figura di pegno speciale che prescinde dalla consegna del bene da parte del produttore al finanziatore, ma assicura ugualmente a quest'ultimo una garanzia reale idonea a giustificare l'erogazione del credito a condizioni meno onerose. Le ragioni della scelta del settore merceologico devono ricondursi, da un lato, al rilievo economico assunto fra gli anni '70 e '80 dalla produzione interna del prosciutto in conseguenza dell'apertura dei mercati americani ai prodotti italiani a denominazione di origine

122 del 2001 estende l'applicabilità delle modalità di costituzione stabilite dalla prima¹⁹.

Altre leggi speciali hanno disciplinato la costituzione del pegno sugli strumenti immessi in gestione accentrata e sugli strumenti dematerializzati, prevedendo dei meccanismi scrittorali²⁰.

Si tratta di interventi settoriali, eppure in grado di svelare la capacità del sistema di soddisfare le esigenze sacrificate dal paradigma del pegno di configurazione codicistica. Il passo ulteriore poteva compiersi in due diverse direzioni. In primo luogo si sarebbe potuto accordare all'autonomia privata il potere di costituire garanzie mobiliari senza spossessamento al di fuori dai casi specificamente previsti dalla legge, individuandone essa stessa nuovi strumenti per la opponibilità. Sarebbero state legittimate, per tale via, figure di garanzie reali conformate alla disciplina legale dalla fonte negoziale semmai demandando a quest'ultima, sulla falsa riga dei nuovi modelli legislativi, l'individuazione dello strumento di opponibilità più idoneo (si pensi al meccanismo contemplato dall'art. 1396 c.c. o dall'art. 1341 c.c.)²¹. In alternativa, ci

tutelata, dall'altra, all'esistenza di normative già intervenute in precedenza a regolare l'attività di produzione di detti beni.

¹⁹ V. art. 7, l. 27 marzo 2001, 122, recante disposizioni modificative e integrative alla normativa che disciplina il settore agricolo e forestale, ove si stabilisce che «il pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione d'origine a lunga stagionatura può essere costituito dai produttori che adempiono alle condizioni previste per la immissione in consumo di tali prodotti, oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 c.c., nella forma e con le modalità previste dalla l. 24 luglio 1985, n. 401».

²⁰ Art. 87 del TUF (d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58) e art. 34 del decreto euro (d.lg. 24 giugno 1998, n. 213) il primo modificato a seguito del d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, attuativo della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria n. 47 del 2002

²¹ Sulla rilevanza dell'autonomia privata nel processo configurativo di nuove garanzie reali, sia consentito rinviare a F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, p. 190 ss. ove si propone di superare, da una parte, il *numerus clausus*, evidenziandone le ragioni per cui la sua giustificazione teorica si presenta controversa e sfuggente, dall'altra, l'ostacolo frapposto dalla rigidità del sistema pubblicitario che, con riferimento ai diritti su beni mobili, la cui circolazione non è soggetta ad alcuna formalità pubblicitaria, appare meno standardizzato. Il collegamento tra principio di tipicità dei diritti reali e pubblicità ha però il merito di aver segnalato che l'opponibilità intrinseca ad ogni diritto reale impone la concomitante previsione di misure idonee ad assicurare, a chiunque possa esserne interessato, la conoscibilità delle situazioni giuridiche destinate al rilievo *erga omnes*. Non sembra, tuttavia, che la salvaguardia di questa esigenza passi necessariamente attraverso la regola di tipicità dei diritti reali; anzi, astrattamente nulla impedisce che all'interno di una situazione reale atipica (*rectius*, conformata nella disciplina dalla fonte negoziale) siano approntati indici idonei di conoscibilità. Da un punto di vista tecnico-operativo il vaglio dell'adeguatezza allo scopo degli strumenti segnalativi

si poteva orientare nella consueta direzione dell'intervento legislativo, ma questa volta per introdurre nel sistema una figura più generale di pegno mobiliare senza spossessamento²².

L'una e l'altra strada muovono da una presa di coscienza: lo spossessamento nel paradigma codicistico ha una funzione puramente servente che consente di escluderlo dal novero dei requisiti qualificanti il tipo normativo. Ne segue, come corollario, la fungibilità dello strumento segnalativo, il cui scopo può dunque raggiungersi anche percorrendo strade alternative alla sottrazione al debitore del bene impegnato.

Il legislatore ha scelto di elaborare una figura generale di pegno senza spossessamento seppure con il limite dell'inerenza all'attività di impresa, ma parimenti rilevante, sul terreno sistematico, in ragione degli spazi offerti all'autonomia privata nell'elaborazione delle relative regole di funzionamento.

Invero, le preoccupazioni nell'ambito del processo configurativo di nuove garanzie reali sembrano derivare essenzialmente dall'esigenza di tutelare i terzi dai rischi dell'affidamento riposto su situazioni giuridiche di apparenza ingannevole.

Il problema riguarda in primo luogo il rapporto tra garanzie reali su beni mobili e regole di governo della loro circolazione.

Si tratta, al riguardo, di approntare dei validi strumenti alternativi allo spossessamento per evitare il formarsi delle condizioni di applicabilità delle regole dettate dagli artt. 1153 e 1155 c.c. Escluso lo spossessamento, mezzo

approntati convenzionalmente dovrebbe rimettersi al giudice, snodandosi su percorsi già collaudati. Il sistema contempla, infatti, situazioni giuridiche condizionate, nell'opponibilità, all'esistenza di meccanismi atti a garantirne la concreta conoscibilità. La modifica e la revoca della procura, ad esempio, possono essere fatte valere, secondo quanto stabilito dall'art. 1396 c.c. citato nel testo, se portate a conoscenza dei terzi «con mezzi idonei»; nella stessa prospettiva si pone il disposto dell'art. 1341 c.c., che subordina la efficacia delle condizioni generali di contratto alla loro conoscibilità. Si tratta di fattispecie nelle quali al soggetto portatore dell'interesse all'opponibilità della situazione, è lasciato l'onere, che contiene anche la libertà, di individuare ed approntare i meccanismi idonei alla difesa della posizione dei terzi ma, al contempo, sono addossate le conseguenze dell'esito negativo del giudizio di adeguatezza dei mezzi prescelti. Secondo il medesimo canovaccio, nel pegno pubblicitario con mezzi diversi dallo spossessamento, il rischio dell'idoneità dello strumento segnalativo ad assicurare la conoscenza del vincolo graverebbe sul creditore, poiché la valutazione negativa espressa dal giudice determinerebbe inevitabilmente l'inopponibilità della garanzia.

²² Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *o.u.c.*, p. 107 e *passim* ove pure l'auspicio di un ripensamento organico della disciplina del pegno.

pubblicitario assai rudimentale²³, in certa misura ambiguo ma certamente efficace²⁴, per salvaguardare l'effettività della garanzia, impedendo il formarsi delle condizioni di applicabilità indicate negli articoli in questione, la via escogitata dal legislatore è quella della iscrizione del contratto di pegno in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori».

Non si è voluto evidentemente restare nel solco tracciato dai precedenti interventi settoriali che avevano puntato su meccanismi in grado di escludere la buona fede in capo al terzo acquirente del bene impegnato. Sulla falsa riga della l. 401 del 1985 si sarebbe potuto fare ricorso all'apposizione sui beni assoggettati a pegno di contrassegni o marchi indelebili (suscettibili di utilizzazione con riguardo ad altri beni che, come il prosciutto, richiedono lunghi processi di lavorazione: vini, liquori e tartufi, ma anche con riferimento ai macchinari aziendali). Si è preferito, viceversa, affidare al solo meccanismo scritturale la funzione pubblicitaria, attribuendogli valenza di pubblicità dichiarativa. Ne segue che chi dovesse acquistare il bene gravato dalla garanzia in epoca successiva alla iscrizione della stessa non avrebbe nessuna possibilità di avvalersi della regola possesso vale titolo.

Su altro fronte il problema del superamento dello spossessamento riguarda i limiti che i sistemi segnalativi della garanzia ad esso alternativi presentano rispetto alla necessità di appalesare, con immediatezza, l'esistenza del vincolo nei confronti dei creditori del debitore concedente.

Ben vero che, rispetto ad essi, soltanto la sottrazione materiale del bene dal patrimonio del debitore consente la percezione dell'impossibilità di fare affidamento sul valore del detto bene, ma altrettanto vero che dal sistema emerge più di una ipotesi in cui gli atti dispositivi della proprietà o costitutivi di vincoli di indisponibilità su un bene mobile risultano opponibili ai creditori pignoranti a prescindere dallo spossessamento, semplicemente sulla base

²³ L'espressione appartiene a D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale-Il pegno*, in D. Rubino e G.P. Gaetano, *La responsabilità patrimoniale, Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, XIV, 1, Torino, 2^a ed., 1952, pp. 185 ss.

²⁴ Il giudizio è di S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, XIV, 1, Milano, 1957 il quale evidenzia come il possesso in capo al creditore non rende palese il titolo giustificativo della perdita della disponibilità materiale del bene da parte del debitore, dando luogo ad una presunzione di proprietà e non già alla pubblica conoscibilità dell'esistenza di un diritto di pegno. In tale contesto l'a. considera lo spossessamento alla stregua di «un surrogato di pubblicità», sebbene in grado di assicurare l'opponibilità.

dell' anteriorità del titolo. Si pensi ai beni detenuti in locazione o in comodato²⁵ o alle ipotesi disciplinate dagli artt. 2914, n. 4; 2915; 1524; 1707 c.c.²⁶.

La prevenzione delle frodi in danno dei creditori è affidata alla certezza della data dell'atto traslativo o costitutivo del vincolo, piuttosto che alla manifestazione fisica, realizzata attraverso lo spossessamento, della perdita della disponibilità materiale del bene da parte del debitore.

Tutto ciò volatilizza il significato giuridico della vicinanza fisica tra soggetto e bene ed esclude che il giudizio circa la solvibilità del debitore possa fondarsi sulla realtà fenomenica ammettendo, ed anzi consigliando, di ricercare altrove indici inequivocabili per dirimere gli eventuali conflitti tra creditori.

In questo senso la disciplina del pegno delineata nel codice costituisce un *unicum* ed è destinata a rimanere tale all'interno di un sistema che conferma, nella sua evoluzione, la tendenza a non considerare insuperabili i rischi connessi alla configurazione di situazioni di c.d. solvibilità apparente²⁷.

3. Il nuovo regolamento del pegno introdotto dall'art. 1 della l. n. 119 del 2016 non si limita a lasciare alla disponibilità del debitore il bene assoggettato a vincolo. In aggiunta esso configura la naturale rotatività della garanzia; valorizza l'autonomia privata, cui dà grande spazio nella definizione del

regolamento contrattuale che la contempla²⁸; infine, declina la sua escusione nelle forme, non più guardate con sospetto, dell'autotutela²⁹.

Le linee lungo le quali l'impianto legislativo si dipana intercettano le istanze che le profonde trasformazioni del sistema economico e degli scambi avevano generato, nella sostanza accogliendo gli *imput* e i suggerimenti provenienti dal formante dottrinale e giurisprudenziale.

Ne è seguito un giudizio generalmente positivo da parte dei primi commentatori che, tuttavia, non hanno mancato di evidenziare i molti aspetti per i quali la disciplina appare ambigua o lacunosa³⁰.

Dubbi sono sorti già rispetto al perimetro applicativo della norma. L'art. 1, comma 1°, riserva la disciplina del pegno non possessorio agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese. A séguito della modifica introdotta dalla legge di conversione, si è previsto che questi ultimi possano costituire il pegno anche a garanzia di un credito concesso ad un terzo, per il quale, tuttavia, la norma non torna a richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese, sollevando per ciò dubbi sulla stessa necessità del requisito. Infatti, non sembrano esservi ragioni ostative per ammettere che, salva l'inerenza del credito all'esercizio dell'impresa, il pegno possa essere costituito anche per

²⁵ Il diritto di proprietà del comodante o del locatore sono opponibili ai creditori del comodatario e del conduttore se il relativo contratto ha data certa anteriore al pignoramento della cosa.

²⁶ L'art. 2914, n. 4 c.c. subordina l'opponibilità ai creditori dell'alienazione di un bene mobile del quale non sia stato trasferito il possesso, alla circostanza che il contratto traslativo abbia data certa; l'art. 2915 c.c. fa dipendere dalla medesima condizione la possibilità di opporre i vincoli di indisponibilità costituiti sul bene mobile oggetto di pignoramento; l'art. 1524 c.c. richiede, per far valere la riserva di proprietà del venditore di beni mobili ai creditori dell'acquirente, la certezza della data della riserva di dominio; l'art. 1707 c.c. fa salvi, nei confronti dei creditori del mandatario, i diritti del mandante sui beni mobili acquistati in esecuzione del mandato sol che questo risulti da data certa.

²⁷ F. ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1997, p. 411, il quale osserva che «un soggetto potrebbe ben risultare nella disponibilità di beni acquistati con riserva della proprietà a favore del venditore, o condotti in *leasing*, o di beni da lui già venduti a terzi ad altro titolo, e tutte le pretese restitutorie dei proprietari prevarrebbero sulla posizione dei creditori, purchè derivanti da titoli cronologicamente anteriori al pignoramento o al fallimento». In questo senso v. anche P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie* flottanti, Torino, 1999, p. 116 ove il rilievo che la presenza di determinati beni nella immediata sfera giuridica del datore di garanzia non presuppone necessariamente la proprietà degli stessi in capo al costituente, ma può dipendere da rapporti di vario genere, come avviene nel caso di macchinari presi in affitto o in comodato, o di materie prime ricevute in deposito da terzi per essere custodite o sottoposte a processi di lavorazione per conto del proprietario.

²⁸ Mentre, infatti, la elaborazione di figure atipiche di garanzia da parte dei privati ha sempre incontrato resistenze (sul punto v. *retro* nota 21), una volta delineata la cornice normativa del nuovo modello ai privati è lasciata ampia libertà nel dettare il regolamento, consentendo loro, per esempio, la deroga al regime di rotatività, la facoltà di stabilire la garanzia su beni futuri, la previsione della facoltà di locare il bene impegnato.

²⁹ È noto come nel nostro ordinamento il divieto di farsi giustizia da sé per le esigenze fondamentali di ordine pubblico che ne sono alla base abbia fortemente limitato le ipotesi di privata tutela. In argomento v. per tutti E. BETTI, *Autotutela (dir.priv.)*, in *Enc.dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 e L. BIGLIAZZI GERI, *Profilsistemati dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971. Per le sollecitazioni a rafforzare i poteri del creditore nel processo esecutivo v. G. BONGIORNO, *Profili sistemati e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 741; M. MAZZA, *Tutela giudiziaria del creditore e procedure di autotutela esecutiva. Spunti comparatistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 472.

³⁰ Fra i molti commenti v. R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 6 maggio 2016; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, 3 ottobre 2016; G. PETRELLI, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese*, in *www.gaeatanopetrelli.it*; F. LAMANNA, *“Decreto banche”: iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, Milano, 2016. F. DI MAIO, *Pegno mobiliare non possessorio*, in *www.giustiziacivile.com*, 6 maggio 2016. F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, pp. 231 ss.

assicurare l'adempimento da parte di un imprenditore persona fisica non iscritto nel registro (o, come pure è stato osservato, di una società di fatto)³¹.

Del pari, nulla è detto dall'art. 1, comma 1, riguardo alla qualità soggettiva del creditore beneficiario della garanzia. La conclusione che costui possa anche non rivestire i panni dell'impresa bancaria, o comunque di un intermediario autorizzato alla concessione del credito, è quella cui perviene la dottrina maggioritaria³², ma probabilmente va oltre la *voluntas legis* dichiaratamente rivolta ad approntare strumenti di accelerazione del recupero dei crediti da parte degli operatori bancari e finanziari. 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. Secondo il comma 5 dell'art. 1, l'unica eccezione al criterio dell'antiorità dell'iscrizione del pegno nel registro è rappresentata dall'ipotesi del finanziatore dell'acquisto di un bene destinato all'esercizio dell'impresa. Ne segue che il creditore finanziatore e il creditore fornitore sono sullo stesso piano, mentre le ragioni di entrambi cedono dinanzi a quelle di chi abbia finanziato l'acquisto di un bene specifico.

Per comprendere il fondamento della previsione, fortemente criticata da una parte della dottrina³³, occorre fermarsi sul suo contenuto. La norma stabilisce che «il pegno non possessorio, anche se anteriormente costituito ed

³¹ In tal senso F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 239; G. PETRELLI, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese*, cit., par. 1; F. LAMANNA, *“Decreto banche”: iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, cit., p. 16.

³² In questa direzione v. S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 239, ove nell'ammettere che la garanzia possa essere utilizzata anche nelle operazioni di finanziamento non bancario, si ricorda quanto già accaduto, in applicazione della l. n. 122 del 2001, per il Parmigiano Reggiano allorché una società cooperativa provvide all'emissione di *minibond* per sei milioni di euro ottenendo come *collateral* le forme di formaggio.

³³ La non agevole lettura del comma 5 è sottolineata da G. PETRELLI, *o.u.c.*, secondo il quale affinché la previsione «conservi una certa *ragionevolezza*, deve ritenersi che 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)». Il che, secondo l'a. «può avvenire quando la relativa iscrizione non è, in quel momento ancora avvenuta; ovvero quando la *prima iscrizione riporti una “descrizione” generica diversa dalla “specificata 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» (corsivo dell'a.). Critico sull'opportunità della deroga M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio “a tutto campo”*, in Guida Normativa-Il Sole 24 Ore, 13 luglio 2016, p. 3.

iscritto, 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, 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». 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 debitore³⁴. 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 paventato³⁵, 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.

Sul fronte dell'ambito oggettivo di applicazione della normativa (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 Marchi³⁶ o se, invece, l'esistenza concorrente di altri registri

³⁴ In questo senso sembra l'analisi del comma da parte di F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 268 s.

³⁵ M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio “a tutto campo”*, cit., p. 3.

³⁶ In questo senso v. F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., pp. 244 s., per il quale la nuova disciplina «non interferisce con il registro tenuto dall'U.I.B.M.» per quanto riguarda i titoli di proprietà industriale, mentre

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»³⁷. 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 registri³⁸.

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

Il secondo comma dell'art. 1 attribuisce al pegno il carattere della rotatività ammettendone l'estensione alle trasformazioni economiche del bene originariamente oggetto del vincolo, attraverso il rodato meccanismo della surrogazione reale e senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia.

La disposizione sancisce la naturale rotatività del pegno non possessorio, considerata una prerogativa *in re ipsa* della garanzia per la cui esclusione si richiede la manifestazione di una contraria volontà delle parti.

Dunque, il legislatore va ben oltre il riconoscimento dell'ammissibilità della clausola di rotatività cui la giurisprudenza era giunta, alla fine del vecchio

potrebbe applicarsi ai diritti non titolati, come i marchi di fatto, «così superandosi l'inconveniente, rimarcato in dottrina, della penalizzazione subita da tali diritti non titolati quando li si voglia utilizzare come garanzia». Alla stessa conclusione potrebbe pervenirsi, secondo l'a., per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, rispetto ai quali, del pari, non esiste un registro concorrente, fatto salvo per le opere cinematografiche destinate alla proiezione nelle sale per le quali vi è il pubblico registro tenuto dalla S.I.A.E. Per queste ultime, quindi, si porrebbe, negli stessi termini in cui si pone per i diritti di proprietà industriale, un problema di coordinamento tra le discipline che regolano la pubblicità della garanzia. Sul tema v. M. MAGGIOLIO, *Le garanzie del credito cinematografico*, in *AIDA-Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, XVIII, Milano, 2010, pp. 148 ss. Sul punto v. pure M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, cit., p. 4 s., il quale reputa che l'esclusione dei beni mobili registrati dal novero di quelli suscettibili di costituire oggetto della garanzia dovrebbe indurre ad escludere, del pari, i beni immateriali registrati e tuttavia la loro esplicita previsione non potrebbe spiegarsi altrimenti che nel senso di una deroga, almeno di non volerla riferire ai soli beni immateriali non registrati, a dire dell'a., scarsamente rilevanti.

³⁷ Così G. PETRELLI, *Pegno non possessorio nei finanziamenti alle imprese*, cit., par. 1.

³⁸ Cfr. G. PETRELLI, *o.u.l.c.*

millennio³⁹, sulla spinta dell'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi in materia⁴⁰ e nella scia delle leggi che nel settore finanziario avevano disciplinato il pegno su strumenti dematerializzati, ammettendone l'avvicendamento in conto a condizione che permanesse immutato il valore del vincolo⁴¹. La via era segnata: se il bene oggetto della garanzia non è rilevante nella sua individualità ma per la componente di valore, il giudizio sulla sua fungibilità non può che essere positivo, con la conseguenza di doversene ammettere la sostituibilità. Restava, tuttavia, da stabilire se il limite del valore economico da rispettare dovesse considerarsi con riferimento a quello che i beni avevano al momento della costituzione in pegno o alla data successiva della loro sostituzione.

Il nodo non sembra sciolto dal legislatore, residuando il dubbio in ordine a quale soluzione la norma abbia voluto accogliere: se quella di matrice giurisprudenziale del c.d. "valore originario" o quella opposta, seguita dalla dottrina, che individuava il termine del raffronto nei "beni originari", ovvero sul valore dei beni al momento della loro sostituzione. A sostegno di tale ultima posizione si sottolineava che accedendosi al diverso criterio, per il quale conta l'indicazione del valore di mercato del bene all'atto di costituzione della

³⁹ V. Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, per esteso su numerose riviste di diritto civile e commerciale tra le quali *Corr. giur.*, 1998, p. 1320, con nota di D. PORRARO, *Pegno. Garanzia rotativa e revocatoria fallimentare nel sistema delle garanzie mobiliari*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 491, con nota di A.M. AZZARO, *Il pegno «rotativo» arriva in Cassazione: ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza»*; in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2162, con nota di F. MAIMERI, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*. Nonchè Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Riv. not.*, 2002, II, p. 1464, con nota di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1459, con nota di A.M. CAROZZI, *Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo*; in *Fallimento*, 2000, p. 775, con nota di D. FINARDI, *Efficacia reale del pegno rotativo: posizione consolidata della giurisprudenza*. Ed ancora: App. Milano, 4 luglio 2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, p. 693, con nota di S. LOVISATTI, *Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo*; infine la più recente Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 413 ss, con nota di I. RAPISARDA, *La Cassazione torna ad occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito*.

⁴⁰ V. per tutti E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., pp. 181 ss. e nota 139 ove l'a. ricorda che l'espressione «pegno rotativo» gli è stata «gentilmente suggerita dai proff. Portale e Dolmetta»; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit.; ID., *"Pinocchio", il "Grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 547 in risposta a F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, cit., nonché ID., *Il vestito dell'Imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, *ivi*, 2002, p. 563. Cui adde S. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999.M. RESCIGNO, *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, pp. 1 ss.

⁴¹ V. *retro*, nota 17.

garanzia, si sarebbe privato il creditore della facoltà, riconosciutagli dall'ordinamento, di far suoi gli aumenti di valore (frutti o interessi del bene assoggettato a pegno). Peraltro, di là dall'esigenza di non pregiudicare la posizione del creditore pignoratizio, l'opzione interpretativa trova fondamento in una ragione di carattere sistematico: si osservava, al riguardo, che soltanto subordinando l'efficacia della rotatività al valore che il primo bene ha al momento della sostituzione può reputarsi adeguatamente tutelato l'interesse dei creditori chirografari a non vedere ridursi il patrimonio del datore della garanzia. Se, infatti, la rotatività fosse ammessa nei limiti del valore originario del pegno, si dovrebbe coerentemente consentire la sostituzione del bene che nel corso del rapporto garantito abbia subito un deprezzamento con altro di maggior valore (se pure nei limiti di quello originario del bene sostituito), con evidente pregiudizio dei creditori chirografari.

In ultima analisi l'alternativa è tra la diversa funzione da attribuire al patto di rotatività: se si vincola la sua efficacia al valore originario del bene allora la clausola assume una funzione prevalentemente conservativa, mantenendo inalterato nel tempo il valore del pegno⁴²; nel secondo caso, invece, il patto ha una connotazione speculativa, in quanto le sorti del pegno sono legate alle oscillazioni di valore del bene originariamente costituito in garanzia⁴³.

Orbene, l'art. 1 al comma 2 (terzo periodo) prevede che «Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia».

⁴² Infatti, se il valore del bene subisce un decremento è possibile la sostituzione con beni di valore pari al limite originario, se il valore aumenta l'incremento non giova al creditore pignoratizio, restando l'effetto della sostituzione vincolato al valore originario del bene.

⁴³ In questo senso v. A.A. DOLMETTA, *Appunti sul pegno con clausola di rotatività*, Relazione al Convegno ITA «Dal pegno su strumenti finanziari al pegno di valore», Milano, 24 ottobre 2001, inedito, il cui contenuto è riportato da S. LOVISATTI, *Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo*, cit., p. 700 e, da ultimo, da G. BARILLA', *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, cit., p. 9. In generale sul problema v. U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, pp. 313 ss.

Accolto il principio in base al quale il bene oggetto della garanzia non è rilevante per la sua individualità ma per il suo valore economico⁴⁴, il legislatore trascura di chiarire quale debba essere il parametro di riferimento per la valutazione di congruità del valore.

Un'indicazione può forse trarsi dal comma 7-ter ove, per l'ipotesi in cui il pegno si trasferisce sul corrispettivo ricavato dall'alienazione del bene, si prevede che l'ufficiale giudiziario possa ricercare, mediante esame delle scritture contabili ovvero a norma dell'art. 492-bis c.p.c., i crediti del datore della garanzia, «nei limiti della somma garantita ai sensi del comma 2».

Nel caso di trasferimento del pegno sul corrispettivo della vendita del bene il limite del valore è dato, dunque, da quello che questo aveva al momento in cui si è costituita la garanzia⁴⁵, sempre che lo stesso bene risulti in effetti indicato in contratto proprio attraverso il riferimento al suo valore. Quest'ultima forma di indicazione, tuttavia, stando al dettato del richiamato comma 2, costituisce soltanto una delle modalità con le quali le parti hanno facoltà di determinare, o rendere determinabile, l'oggetto della garanzia⁴⁶.

In disparte la perplessità di attribuire al detto riferimento portata generale, tale cioè da fungere da parametro per valutare in ogni caso, anche in quello di trasformazione o sostituzione del bene, la congruità dell'operazione svolta, si deve constatare che resterebbero scoperte tutte le ipotesi in cui l'oggetto della garanzia non sia determinabile attraverso l'indicazione del suo valore,

⁴⁴ La teoria del pegno come diritto al valore ha origini antiche delle quali vi è traccia nel contributo di G.P. CHIRONI, *trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino, 1894, pp. 43 ss., spec. pp. 56 ss., ove si legge: «Nella garanzia reale, la cosa ha figura di oggetto, perché vi è contenuto il valore alienato; valore che viene indicato astrattamente, ed è ridotto in specie, quando, valendosi del diritto suo, il creditore farà scambiare la cosa con la moneta, che è il vero oggetto del rapporto». Individua il contenuto del diritto di pegno nella facoltà del creditore di vendere i beni del debitore e di soddisfarsi sul prezzo A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 690, per il quale «il diritto di pegno è il diritto al valore pecuniario della cosa» (corsivo dell'a.).

⁴⁵ In senso contrario G.B. BARILLA', *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, cit., p. 10, secondo il quale «con il nuovo istituto del pegno non possessorio, sia pure in maniera indiretta e non esplicita, il legislatore ha previsto un sottotipo di pegno su "beni originari"». Così pure S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio* ex lege n. 119/2016, cit., per il quale «la norma sulla rotatività non richiede che il "nuovo" bene oppignorato abbia valore identico rispetto al precedente, in ciò discostandosi dall'approdo giurisprudenziale in materia».

⁴⁶ Per una migliore comprensione si trascrive la parte del secondo comma alla quale l'art. 7-ter fa rinvio: «I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o a più categorie merceologiche o a un valore complessivo».

per essere stato diversamente determinato o soltanto “descritto”, come pure è previsto dal comma 3.

Insomma, la delicatezza della questione certamente richiedeva ben altra puntualità di disciplina⁴⁷.

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 pignoratorio 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 chirografari⁴⁸. In altri termini: è sufficiente che dalle scritture contabili risulti che una somma di denaro è entrata nel 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»⁴⁹, 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 dedicato⁵⁰. Al datore della

⁴⁷ Di «deprimente qualità del testo legislativo» discorre E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza spossessamento*, cit., p. 1715.

⁴⁸ Riflette sulle diverse ragioni per le quali il pegno non possessorio di cui alla nuova disciplina «fatica a distinguersi qualitativamente dalla garanzia generica» R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, cit., p. 6.

⁴⁹ R. DI RAIMO, *o.u.l.c.*

⁵⁰ Ne è stato fatto obbligo, come noto, ai notai con le modifiche introdotte nel 2017 alla legge di stabilità del 2013. Nella specie la tecnica del patrimonio separato è utilizzata proprio per rafforzare il vincolo di destinazione impresso su un bene consistente in una somma di denaro in vista della realizzazione delle finalità prefissate (v. art. 1, commi da 63 a 67, l. 27 dicembre 2013, nel testo novellato dall'art. 1, comma 142, l. 4 agosto 2017, n. 124).

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 pignoratorio; 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 esigenze⁵¹. 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.

⁵¹ Cfr. F. DI MAIO, *Pegno mobiliare non possessorio*, cit., per il quale: «La scommessa del legislatore è nell'utilizzo intelligente delle opportunità contrattuali. La nuova figura anche per la condivisibilità di questa prospettiva (le attese del legislatore verso le condotte degli operatori economici a cui si offrono opportunità sono di solito ben riposte), merita un giudizio positivo».

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata