

**UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE**

Facoltà di Economia e Giurisprudenza

Corso di Laurea magistrale

In Giurisprudenza

**Il pegno non possessorio**

Relatore:

Prof. Claudio Frigeni

Tesi di Laurea di:

Conni Gabriele

Matr. n.° 4412177

Anno Accademico 2017/2018

## INDICE

INDICE.....	1
CAP. 1 – IL NUOVO PEGNO MOBILIARE NON POSSESSORIO .....	5
1.1 - L'introduzione della nuova garanzia mobiliare non possessoria .....	7
1.2 - I lineamenti generali dell'istituto.....	9
1.3 - Il Decreto Banche: una ri-specializzazione del diritto commerciale? .....	12
1.4 - Gli attesi effetti positivi della riforma delle garanzie .....	14
1.5 - Le inefficienze del sistema italiano delle garanzie mobiliari prima dell'introduzione del pegno non possessorio .....	18
1.6 - Brevi cenni alle garanzie mobiliari in prospettiva comparatistica .....	23
CAP. 2 – GLI ANTECEDENTI NORMATIVI DEL PEGNO NON POSSESSORIO .....	32
1 - Il contributo italiano nell'elaborazione di nuove garanzie reali mobiliari .....	32
1.1 – La legislazione speciale fonte delle prime garanzie non possessorie.....	33
1.2 – La garanzia “flottante” all'italiana: il privilegio <i>ex art. 46 t.u.b.</i> .....	39
1.3 – Le soluzioni elaborate dall'autonomia negoziale.....	42
CAP. 3 – L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA GIURIDICA DEL PEGNO E I FONDAMENTI DELLA RIFORMA .....	47
1 - I fondamenti gius-economici della riforma .....	47
2 - Il pegno non possessorio: da eccezione a nuovo istituto di diritto comune .....	51
2.1 - Lo spossessamento come indice di un'economia statica e ingessata.....	52
2.2 - Cenni all'evoluzione storica della componente possessoria.....	54
CAP. 4 – LA DISCIPLINA DEL PEGNO <i>EX LEGE</i> N. 119/2016 .....	59
1 - I presupposti applicativi del pegno non possessorio .....	59
1.1 – Ambito soggettivo di applicazione.....	59
1.2 – Ambito oggettivo .....	62
1.3 – La naturale rotatività del pegno non possessorio .....	66
1.4 – Le ragioni alla base della limitata applicabilità della nuova garanzia .....	69
2 - Le modalità di costituzione e l'opponibilità del pegno non possessorio.....	70
2.1 - Le modalità di costituzione del pegno non possessorio.....	70
2.2 - L'opponibilità ai terzi e i possibili conflitti tra i creditori .....	78
3 - L'escussione del pegno e le tutele delle parti .....	81
3.1 – Le modalità di escussione del pegno non possessorio .....	81

3.2 – Le azioni a tutela del creditore .....	86
3.3 – Le azioni a tutela del debitore e del terzo concedente .....	88
4 - Il pegno non possessorio nelle procedure esecutive e concorsuali.....	90
4.1 – Il pegno non possessorio nelle procedure esecutive sul <i>collateral</i> .....	90
4.2 – Il pegno non possessorio nelle procedure concorsuali.....	91
5 - Il rinvio generale alla disciplina del pegno tradizionale.....	95
CAP. 5 – CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE .....	99
1 - Gli esiti dell’analisi normativa .....	99
2 - Riflessioni sulla modalità di decretazione d’urgenza.....	101
3 - Il pegno non possessorio nel finanziamento delle <i>start-up</i> .....	104
4 - Riflessioni sul Registro informatico dei pegni non possessori.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	111



## **CAP. 1 – IL NUOVO PEGNO MOBILIARE NON POSSESSORIO**

Il presente lavoro ha come oggetto l'analisi del nuovo istituto del pegno non possessorio, introdotto nel 2016 a mezzo del d.l. n. 59/2016 (c.d. "Decreto Banche").

L'elaborato mira ad indagare le ragioni che rendono il nuovo diritto di garanzia non possessorio un istituto di fondamentale importanza per l'economia ed il mercato creditizio del nostro Paese che, fino all'emanazione del Decreto Banche, era rimasto tradizionalmente ancorato al modello delle garanzie reali previsto dal Codice Civile del 1942.

Nell'ordinamento previgente, la valida costituzione del pegno richiedeva lo spossessamento, requisito le cui radici affondano nel diritto romano, dove la struttura economica dei commerci era prevalentemente agricola.

L'evoluzione commerciale dal medioevo all'età contemporanea ha visto un continuo modificarsi e velocizzarsi delle pratiche di scambio, con una conseguente modificazione anche dell'oggetto degli scambi, per giungere, attualmente, a scambi di prodotti finanziari, titoli e beni dematerializzati. Si è assistito quindi alla progressiva riduzione della rilevanza dello spossessamento, la quale risponde altresì ad un'esigenza di tipo economico: la paralisi economico-giuridica cui il debitore andrebbe incontro con la sottrazione della disponibilità del bene mal si concilia con le esigenze di celerità e dinamicità della moderna economia globalizzata.

In questo senso, il Decreto Banche, con l'introduzione del nuovo pegno mobiliare non possessorio, ha contribuito allo svecchiamento dell'ordinamento giuridico italiano, il quale ha sempre guardato con sfavore le garanzie mobiliari non possessorie, ritenendole occulte e pertanto lesive degli interessi dei terzi creditori del costituente.

A questo proposito, i capitoli che seguono, tramite un rapido sguardo comparatistico, mettono in luce l'arretratezza del sistema italiano delle garanzie rispetto a quello dei sistemi giuridici di Paesi come la Germania, la Francia e la

Spagna i quali con diversi anni (in alcuni casi decenni) di anticipo, avevano introdotto forme di garanzia mobiliare non possessoria.

I cenni comparatistici consentono inoltre di evidenziare come la disciplina del pegno non possessorio abbia tratto spunto dal modello di garanzia flottante del *floating charge* che, nel sistema giuridico del *common law*, era utilizzato già dal tardo Ottocento.

Dato il breve tempo trascorso dall'entrata in vigore del d.l. n. 59/2016, ad oggi risultano ancora poco indagati i profili applicativi della nuova garanzia non possessoria. Il presente elaborato, pertanto, ha costituito occasione di indagine sulle convergenze e divergenze che il nuovo istituto avrà rispetto alle altre garanzie mobiliari e sull'impatto economico che le regole introdotte nel 2016 potranno avere sul mercato del credito italiano ed europeo entro il quale confluiscono.

L'interrogativo sul raggiungimento o meno degli obiettivi insiti nella nuova disciplina del pegno non possessorio, è questione ancora del tutto aperta, in quanto occorre che, per prima cosa, la figura maturi sul piano della prassi negoziale e dell'esperienza giurisprudenziale.

Tuttavia, non mancheranno, nelle pagine seguenti, alcune riflessioni in merito alle già evidenti lacune della legge 119/2016 nonché, con sguardo prospettico, in merito alle probabili future criticità operative del pegno non possessorio.

## **1.1 - L'introduzione della nuova garanzia mobiliare non possessoria**

Il Consiglio dei Ministri del 18 dicembre 2013 licenzia un disegno di legge, recepito nel Documento di Economia e Finanza (DEF) 2014 e collegato alla legge di stabilità del medesimo anno, avente a contenuto *“Disposizioni per l'efficienza del processo civile, la riduzione dell'arretrato, il riordino delle garanzie mobiliari, nonché altre disposizioni per la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata”*<sup>1</sup>.

Se l'iter del suddetto d.d.l. ha subito ben presto una battuta d'arresto, non altrettanto può dirsi in relazione alla specifica tematica del riordino delle garanzie mobiliari, la quale viene poi nuovamente in rilievo grazie al Decreto del 28 gennaio 2015 con il quale il Ministro della Giustizia nominava la Commissione di Riforma per le procedure concorsuali<sup>2</sup>. Tra i compiti della Commissione c'era anche quello di valutare e proporre *“l'introduzione di sistemi di garanzie mobiliari non possessorie, anche alla luce delle esperienze comparate e delle sollecitazioni internazionali*.

In data 29 dicembre 2015, la Commissione completa i lavori, trasmettendo al Governo uno schema di legge delega.

L'anno successivo, ulteriore occasione di riforma delle garanzie mobiliari italiane è il decreto-legge da abbreviare del 3 maggio 2016, n. 59<sup>3</sup>, contenente *“Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione”* (successivamente convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 119 del 30.6.2016<sup>4</sup>).

Tale decreto, avendo come obiettivo quello di introdurre misure a sostegno delle imprese in crisi e di accelerare i tempi del recupero crediti, persegue il suo scopo

---

<sup>1</sup>Per il testo del disegno di legge si veda <http://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=2092&sede=&tipo=>

<sup>2</sup> Diretta dal Pres. Renato Rordorf, per questo chiamata “Commissione Rordorf”.

<sup>3</sup> Tale decreto-legge è stato soprannominato *“Decreto Banche”*, benché il suo contenuto riguardi materie molto eterogenee e distanti tra loro, talvolta addirittura difficilmente riconducibili al contesto bancario. Infatti, se è vero che un'intera sezione del dl 59/2016 è dedicata agli indennizzi degli investitori delle banche in liquidazione, è vero anche che tale decreto-legge si è spinto a modificare alcune normative esistenti (soprattutto nel campo della procedura civile e delle procedure concorsuali) e a introdurre nuovi istituti (oltre al pegno non possessorio, anche il patto marciano).

<sup>4</sup> Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n.153 del 2.7.2016.

tramite disposizioni di natura sia processuale che sostanziale. In particolare, il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi dell'art. 1 del d.l. 59/2016 che, introducendo il pegno mobiliare non possessorio nella normativa italiana, ha apportato rilevanti novità nel sistema delle garanzie reali utilizzabili nell'ambito dell'attività d'impresa. Prima di procedere all'analisi dei tratti innovativi della nuova garanzia non possessoria e dell'impatto che la stessa potrà avere sull'economia del Paese, è opportuno dare conto di una parallela via intrapresa dall'intento riformatore del Legislatore in tema di garanzie.

La legge 19 ottobre 2017, n. 155<sup>5</sup> (frutto dei lavori della Commissione Rordorf), infatti, delega al Governo la riforma delle crisi d'impresa, attribuendo al potere esecutivo l'incarico di *“regolamentare una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento<sup>6</sup>, avente 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”*.

---

<sup>5</sup> Pubblicata in Gazz. Uff., 30 ottobre 2017, n. 254

<sup>6</sup> Occorre rilevare come, a differenza di quanto accaduto con il d.l. 59/2016, la legge delega in questione si riferisce alla nuova garanzia mobiliare utilizzando il termine generico di *“garanzia non possessoria”* o *“garanzia senza spossessamento”* e non di *“pegno non possessorio”*, ad eccezione di un riferimento (non appare chiaro se si sia trattato di un *accidens* o se vi sia una ragione alla base della scelta lessicale) contenuto nell'art. 11 lettera e) alla quale si afferma che il Governo dovrà disciplinare *“forme di tutela dei terzi che abbiano contrattato con il debitore non spossessato ovvero abbiano acquistato in buona fede diritti sul bene mobile oggetto del pegno (...)”*

## 1.2 – I lineamenti generali dell’istituto

L’art. 1 del c.d. “Decreto Banche” ha introdotto il nuovo pegno mobiliare non possessorio<sup>7</sup>. Grazie a questo “nuovo” diritto reale di garanzia, si consente agli imprenditori la possibilità di costituire in pegno, al fine di garantire crediti inerenti l’esercizio dell’attività di impresa, beni determinabili o determinati senza alcuna necessità di privarsi del possesso degli stessi, disciplinando altresì alcuni poteri di autotutela dei creditori che agevolano l’escussione della garanzia.

È opportuno fin da subito chiarire il rapporto esistente tra il *nomen* attribuito al decreto-legge 59/2016 (c.d. “Decreto Banche”) e l’ambito di applicabilità della nuova garanzia non possessoria. Se è vero che il nucleo centrale delle disposizioni contenute nel citato decreto è costituito dalle statuizioni in merito all’erogazione degli indennizzi agli investitori nelle quattro banche in liquidazione coatta amministrativa<sup>8</sup>, la decretazione d’urgenza ha costituito però anche l’occasione<sup>9</sup> per l’introduzione del nuovo pegno mobiliare non possessorio.

Pertanto, ai fini della riforma delle garanzie mobiliari oggetto del presente elaborato, è opportuno considerare il Decreto Banche come un mero *accidens*: benché si possa immaginare che le banche saranno una delle categorie di creditori più interessate all’utilizzo di questo nuovo diritto reale di garanzia, il fatto che la disciplina del pegno non possessorio sia contenuta nel Decreto Banche non restringe di certo l’operatività del pegno non possessorio a favore delle sole banche.

---

<sup>7</sup> In riferimento all’aggettivo “mobiliare” ci si potrebbe domandare se la presenza del medesimo nel nomen della nuova garanzia fosse strettamente necessaria, stante il fatto che il pegno codicistico è, per definizione, rivolto solo ed esclusivamente ai beni mobili: i beni immobili possono, infatti, costituire oggetto solo di ipoteca. L’aggettivo potrebbe rimandare alla figura dell’ipoteca mobiliare, garanzia su beni mobili che si perfeziona con la consegna della *res*. Ipotesi alternativa è che l’aggettivo mobiliare alluda alla possibilità del pegno non possessorio di estendersi e trasferirsi al risultato dell’atto dispositivo o di trasformazione del ben bene sul quale era originariamente iscritto (per questa seconda interpretazione vd. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 84).

<sup>8</sup> Ci si riferisce alla Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Banca Popolare dell’Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Chieti.

<sup>9</sup> Per una riflessione in merito all’(in)opportunità di tale scelta normativa per intervenire sull’impianto delle garanzie mobiliari si veda il cap. 5 del presente elaborato.

A tal proposito, nei successivi paragrafi vi sarà occasione di precisare che la condizione necessaria per la costituzione e l'utilizzo di un pegno non possessorio è quella dell'iscrizione al Registro delle Imprese: qualunque imprenditore,<sup>10</sup> iscritto al medesimo Registro, ha la facoltà di costituire un pegno non possessorio a garanzia di un credito inerente l'esercizio dell'impresa.

Dati i profili di novità che questo nuovo diritto reale di garanzia porta in rilievo rispetto ai tradizionali istituti del diritto italiano, gli operatori del diritto sono chiamati al complesso compito di interpretazione e analisi dei meccanismi costitutivi e del funzionamento del pegno non possessorio, senza tralasciare il confronto con gli istituti tradizionali in tema di garanzie e con le esperienze giuridiche degli altri Paesi.

Il pegno senza spossessamento rappresenta da sempre, infatti, una figura oggetto di dibattito nell'universo dei pegni, della quale è stata più volte messa in dubbio la stessa ammissibilità.

La peculiarità di questo tipo di pegno è evidenziabile *in primis* nella sua fase genetica: non presupponendo lo spossessamento del costituente e la contestuale *traditio rei*<sup>11</sup> al creditore (o a favore di un terzo) da parte del debitore, bensì bastando il mero accordo tra le parti, fa sì che la disponibilità del bene rimanga al costituente. Nonostante questo, la garanzia in oggetto, a prescindere dalla individuazione dei beni sottoposti a vincolo e dalla consegna degli stessi al creditore, soddisfa comunque il requisito della pubblicità e della opponibilità ai terzi grazie alla sua iscrizione in un Registro pubblico.

Già in passato la disciplina del pegno ha conosciuto l'affievolimento delle sue peculiarità e dei requisiti dell'inerenza e della specialità, previsti rispettivamente

---

<sup>10</sup> In questo, il pegno non possessorio si differenzia da quanto previsto dalla disciplina del privilegio bancario *ex art. 46 Testo Unico Bancario*. Tale art., affermando che “*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*”, limita l'operatività del privilegio esclusivamente ai prestiti concessi da parte delle banche.

<sup>11</sup> Il pegno codicistico tradizionale *ex art. 2786* “*si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa.*”

dall'art. 2787 comma 3 c.c.<sup>12</sup> e dall'art. 2784 comma 2 c.c.<sup>13</sup> ai fini della valida costituzione e del regolare funzionamento del pegno tradizionale: ne sono esempi il pegno rotativo, il pegno di cosa futura e le varie specifiche ipotesi di pegno senza spossessamento già introdotte in passato tramite interventi legislativi sporadici e settoriali<sup>14</sup>.

Tutti questi possono considerarsi sintomi di un avvertito desiderio di rinnovamento che l'obsolescenza e l'inattualità del sistema italiano delle garanzie avevano già in passato ingenerato sia negli operatori economici che negli interpreti e studiosi del diritto<sup>15</sup>.

Si può quindi affermare che, con la nuova disciplina del pegno, è stata privilegiata, piuttosto che il rispetto della rigida tipicità codicistica, la coerenza in chiave teleologica con il risultato economico che le parti intendono perseguire attraverso la costituzione di pegni diversi dal modello tradizionale: si parla in questo caso della cosiddetta "*causa in concreto del contratto*"<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> "Quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa."

<sup>13</sup> "Possono essere dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili."

<sup>14</sup> Per una trattazione degli antecedenti normativi si veda *infra* il cap. 3

<sup>15</sup> Una dottrina attenta alle esigenze di dinamicità espresse da un'economia in continua evoluzione, contribuisce a dare ingresso al pegno non possessorio nel sistema italiano delle garanzie attribuendogli il *nomen* di "pegno anomalo" (vd. Gabrielli, Il pegno anomalo, Padova, 1990). L'anomalia era da intendersi in senso non patologico, bensì in un'ottica di allontanamento del pegno dal suo modello tradizionale codicistico in quanto, ai fini del sorgere della prelazione, era prevista la sostituzione del perfezionamento del contratto reale con una pattuizione basata sul consenso di creditore e debitore costituente.

<sup>16</sup> Questa teoria dà rilievo allo scopo pratico dell'affare che le parti intendono realizzare, a prescindere dal negozio astratto da esse utilizzato. In questo caso, pur in assenza dello spossessamento e della *traditio rei*, si darebbe rilievo allo scopo che le parti intendono realizzare con la costituzione di una garanzia meramente consensuale, ovvero quello di costituire appunto una garanzia che assista un prestito o una obbligazione in genere.

### **1.3 - Il Decreto Banche: una ri-specializzazione del diritto commerciale?**

Dal fatto che il pegno non possessorio sia una garanzia costituibile solo da parte dei soggetti iscritti al Registro delle Imprese, discendono alcune riflessioni sul rapporto esistente tra il diritto commerciale ed il diritto civile in genere.

Fino al 1942, anno in cui viene promulgato il Codice Civile, in Italia vigevano due codici: il Codice Civile del 1865, ed il Codice di Commercio del 1882.

La promulgazione del Codice Civile del 1942 comporta l'unificazione delle due discipline, quella civilistica e quella commercialistica, facendo così confluire la materia commerciale all'interno del Codice Civile.

La dottrina sottolinea come questa operazione abbia comportato una "commercializzazione del diritto privato"<sup>17</sup>: prima del 1942 le obbligazioni erano disciplinate con leggi e criteri diversi a seconda che riguardassero l'ambito civilistico o quello commercialistico.

In seguito all'unificazione dei codici, la disciplina delle obbligazioni contenuta nel codice di commercio (quelle contratte nell'esercizio di attività economiche/commerciali) diviene quella generalmente applicabile anche ai rapporti obbligatori civilistici.

Dopo l'entrata in vigore del Codice Civile unificato, nella dottrina commercialistica inizia un vivace dibattito<sup>18</sup>: a coloro che ritenevano l'unificazione dei Codici una manovra meramente formale (non impattante, quindi, sull'autonomia sostanziale del diritto commerciale), si contrapponevano coloro che chiedevano il ritorno ad una doppia e distinta codificazione per il diritto commerciale e per il diritto privato. Un'ulteriore posizione era quella della dottrina che riduceva l'autonomia del diritto commerciale ad una mera categoria storica, utile esclusivamente a fini didattici e scientifici.

---

<sup>17</sup> Sulla commercializzazione del diritto privato con la codificazione del 1942 si veda RESCIGNO, *Introduzione al Codice Civile*, Roma-Bari, 1999, 15-16.

<sup>18</sup> Si veda a questo proposito G. B. PORTALE, "Il diritto commerciale alle soglie del XXI secolo", in *Iustitia*, I, 2008.

Il dibattito dottrinale si riaccende a partire dagli anni '70 del secolo scorso, e porta una dottrina autorevole a riaffermare l'autonomia<sup>19</sup> del diritto commerciale, addirittura parlando di "ri-commercializzazione del diritto commerciale"<sup>20</sup> da intendersi come una riaffermata specializzazione dello stesso.

Peraltro, la specialità del diritto commerciale ha continuato a emergere in più occasioni negli ultimi anni ed è soprattutto legata al fatto che l'impresa sia un nucleo fondamentale della società e che richieda quindi cautele e normative *ad hoc*.

In questo contesto, è opinione di chi scrive che la recente riforma del pegno non possessorio, data la costituibilità dello stesso da parte dei soli imprenditori, possa considerarsi come un ulteriore indice dell'attuale riaffermazione della specialità del diritto commerciale. In sostanza, il Decreto Banche ha introdotto una disciplina della garanzia non possessoria che, stante la sua limitata utilizzabilità, può considerarsi una disciplina speciale (riservata ad alcuni soggetti).

D'altro canto, però, la normativa del pegno non possessorio viene ad essere una disciplina generale per tutti gli imprenditori e, in questo modo, evidenzia nuovamente il confine tra soggetti imprenditori e soggetti non-imprenditori.

Pare quindi piuttosto agevole poter affermare che la disciplina della nuova garanzia mobiliare in oggetto costituisca un ulteriore indice della specializzazione del diritto commerciale.

La riaffermata autonomia del diritto commerciale emerge, a maggior ragione, se si considera che la materia del pegno senza spossessamento ha avuto ingresso nell'ordinamento italiano tramite la modalità della decretazione d'urgenza (poi convertita in legge): questa scelta, in luogo di quella che sarebbe stata una più opportuna rivisitazione della disciplina codicistica delle garanzie *in toto*, ha

---

<sup>19</sup> In questo senso, la postulata autonomia del diritto commerciale era da intendersi come un diritto speciale in senso forte, un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi.

<sup>20</sup> G. B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in "Banca, borsa, titoli di credito", 1984, I, 14 ss.; sulla ricommercializzazione del diritto commerciale si veda anche G. B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in "Jus", 1981, 48.

ulteriormente contribuito a frammentare la disciplina del diritto dell'impresa e conferma la perdita di centralità del Codice Civile.

Concludendo, è legittimo affermare che, con l'introduzione del nuovo pegno senza spossessamento, il Legislatore abbia inteso rispondere alle esigenze espresse dalla dottrina commercialistica di inizio 900, la quale in più occasioni<sup>21</sup> aveva portato all'attenzione l'esigenza di introdurre una disciplina speciale a tutela del credito nelle transazioni commerciali.

Tuttavia, non si può escludere che l'aver destinato la nuova garanzia ai soli imprenditori possa essere stato un tentativo di "mettere alla prova" il nuovo pegno per poi in futuro estenderlo, qualora se ne riscontreranno effettivamente i vantaggi applicativi, ai soggetti non imprenditori<sup>22</sup>.

#### **1.4 – Gli attesi effetti positivi della riforma delle garanzie**

Tra gli scopi principali che l'attività normativa del Governo ha perseguito con l'adozione del d.l. 59/2016 vi è stato quello di fornire ad imprese ed intermediari finanziari strumenti giuridici nuovi e più efficienti, che potessero costituire un valido ausilio alla ripresa dell'economia, soprattutto facilitando l'accesso al credito da parte delle imprese. Ciò assume un'importanza centrale se si considera che, a seguito della negativa congiuntura economica e dell'estrema incertezza dei mercati attraversate dal nostro Paese, a partire dal biennio 2007-2008 i finanziamenti erogati dalle banche alle imprese si erano notevolmente contratti, con un effetto negativo su tutta l'economia e la produzione del sistema Paese.

Se si pensa che i prestiti bancari sono, nella maggior parte dei casi, assistiti da garanzie reali, si comprende come ogni intervento normativo teso a migliorare la

---

<sup>21</sup> A questo proposito, a titolo d'esempio: ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, Torino 1928, p. 70: «Da ciò deriva che l'industria commerciale richiede al diritto, per potersi esplicare e sviluppare: a) la maggiore semplicità di forme nella manifestazione della volontà privata diretta alla costituzione di rapporti giuridici; b) la più efficace tutela del credito».

<sup>22</sup> Per una riflessione in merito alle ragioni alla base dei limiti di applicabilità del pegno non possessorio, si veda *infra* cap. 4 sez. 1.

flessibilità dei *collateral* e a rendere più efficiente la fase di escussione del bene in caso di inadempimento del debitore, permetta di raggiungere un duplice scopo<sup>23</sup>.

In primo luogo, consente di rendere più agevole l'accesso al credito, aumentando quindi il volume dei prestiti erogati.

In secondo luogo, permette di accorciare i tempi di soddisfazione dei creditori e, quindi, di ridurre il peso delle partite deteriorate sul totale dei prestiti concessi dalle banche.

Il fine del sostegno alle imprese e all'economia non potrà però dirsi raggiunto se non attraverso la realizzazione di alcuni effetti intermedi della nuova garanzia pignoratizia non possessoria che, rispetto alla ripresa dell'economia in generale, hanno natura propedeutica.

Tra tutti, quello dotato di un maggior risvolto pratico, sarà la riduzione (o eliminazione) dei conflitti tra le parti contrattuali del rapporto creditizio.

Come si è già avuto modo di introdurre brevemente, il pegno non possessorio prevede che l'imprenditore-debitore che abbia costituito la garanzia su di un cespite aziendale al fine di ottenere, ad esempio, un finanziamento, possa proseguire nell'utilizzo del bene stesso, non essendo necessaria la consegna del bene al creditore.

In questo modo le parti del rapporto creditizio non si trovano in un'ottica di conflitto per quanto concerne la disponibilità della *res* offerta in pegno: entrambi i soggetti hanno interesse a che il cespite aziendale rimanga nelle disponibilità del debitore-imprenditore affinché quest'ultimo possa utilizzarlo per produrre reddito d'impresa, necessario per ripagare il finanziamento concesso dal creditore.

---

<sup>23</sup> Per comprendere l'importanza della normativa in tema di garanzie si pensi che autorevole dottrina ritiene che “*changes in collateral law matter more for increases in bank lending than do changes in bankruptcy law*” (cit. R. F. H. HASELMANN, K. PISTOR, V. VIG, *How law affects lending*, in “The review of financial studies”, Vol 23, Issue 2, 2009, pp. 549 ss.). Il fatto che i cambiamenti delle norme in tema di *collateral* abbiano un impatto maggiore sul livello dei prestiti bancari rispetto a quello che hanno i mutamenti della disciplina fallimentare è da ricondursi alla diversa funzione che hanno le due discipline. Infatti, mentre il diritto delle garanzie tutela la probabilità che i creditori individuali possano realizzare le loro pretese nei confronti del debitore, il diritto fallimentare garantisce un ordinato processo per risolvere multiple e conflittuali pretese nei confronti di un debitore già divenuto insolvente.

In sostanza, se si osserva il rapporto creditizio dal punto di vista del creditore, l'utilità della garanzia non possessoria sarà, da un lato, quella di consentire al debitore di proseguire la propria attività produttiva, aumentando quindi le probabilità del completo adempimento dell'obbligazione assunta nei confronti del creditore pignoratizio. Dall'altro lato, gli effetti positivi a vantaggio del debitore si sostanziano in generale nel mantenimento della disponibilità del bene: oltre alla già citata possibilità di sfruttamento del bene all'interno dell'azienda (per esempio si pensi ad un macchinario strumentale alla produzione), il debitore, in possesso del bene pignorato, potrà liberamente disporne anche per finalità altre rispetto alla produzione aziendale<sup>24</sup>.

Data l'esigenza di dare pubblicità al pegno non possessorio, un ulteriore effetto positivo propedeutico al sostegno delle imprese potrà derivare dalla creazione del Registro dei pegni non possessori presso l'Agenzia delle Entrate.

L'istituzione di un *database* digitalizzato delle garanzie porterebbe infatti ad una sensibile riduzione dei costi informativi che ad oggi gravano sui creditori, sia attuali che potenziali. Questi ultimi, prima di concedere un finanziamento, si trovano per l'appunto a dover sopportare esborsi anche consistenti per conoscere l'esatto ammontare della ricchezza del debitore già gravato da altri vincoli di garanzia. Attraverso la consultazione del Registro dei pegni non possessori (e ipotizzando che in futuro lo stesso venga integrato in un unico *database* contenente tutte le diverse garanzie riconducibili ad un singolo soggetto<sup>25</sup>), i prestatori avranno modo di applicare ai prenditori tassi di interesse calcolati in maniera precisa ed effettiva, sulla base della rischiosità del prenditore così come valutata anche grazie alla consultazione del registro stesso.

---

<sup>24</sup> Si pensi alla possibilità di concedere il bene in locazione oppure di venderlo per realizzare una plusvalenza. In particolare, la seconda possibilità è ammessa dalla natura rotativa del pegno non possessorio: se il debitore sottopone il bene oggetto di garanzia a trasformazione, gli effetti del pegno si trasferiscono sul risultato della trasformazione stessa. Nel caso della vendita del bene, il pegno si trasferisce dal bene stesso al ricavato della vendita, nei limiti dell'ammontare iniziale.

<sup>25</sup> In questa direzione sono già mossi alcuni ordinamenti di Paesi economicamente avanzati. A titolo esemplificativo, ci si limita a citare la c.d. *réforme des sûretés*, con la quale il Legislatore francese nel 2006 avviava la creazione di un sistema pubblicitario di tipo personale.

Da questa maggiore trasparenza deriverebbe sicuramente un complessivo miglioramento delle condizioni di offerta dei finanziamenti.

Se non ci si limita all'analisi del pegno non possessorio, ma si considera il Decreto Banche con uno sguardo più ampio, si riscontra la presenza di un nuovo istituto che consentirà di rendere più efficiente la soddisfazione del creditore in caso di inadempimento del soggetto finanziato.

Pur mantenendo fermo il divieto di patto commissorio, il d.l. 59/2016 ha sancito l'ingresso del "patto marciano" nell'ordinamento italiano. Individuando i requisiti in presenza dei quali l'appropriazione del bene da parte del creditore in via stragiudiziale è da ritenere lecita, tale istituto previsto dall'art. 2 del Decreto Banche potrà contribuire in modo significativo a ridurre i tempi della giustizia italiana<sup>26</sup>.

Secondo alcune stime effettuate dal Ministero dell'economia, la portata innovatrice delle norme contenute nel Decreto Banche contribuirà a ridurre il tempo di recupero dei crediti<sup>27</sup> dai 40 mesi attuali fino a 7-8 mesi, generando per le banche notevoli incrementi nei flussi di crediti deteriorati in entrata e consentendo agli istituti bancari di liberare importanti risorse per il finanziamento alle imprese.

Oltre ai positivi risultati derivanti dall'applicazione diretta dei nuovi istituti ai prestiti di prossima emissione, si avrà un incremento di utilità anche in maniera indiretta in quanto si attende un decremento del numero di cause giudiziarie per il recupero dei crediti: il sistema giudiziario potrà smaltire più agevolmente le procedure esecutive pendenti. Il miglioramento nell'escussione del *collateral*, in

---

<sup>26</sup> L'art. 48 bis t.u.b., introdotto con il d.l. 59/2016, dispone che *"Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (...) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore (...) della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore (...). In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto (...), purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento."*

<sup>27</sup> Dalla medesima *ratio* di migliore realizzazione del credito fu ispirato anche il d.l. n. 83/2015 (convertito in legge n. 132/2015) il quale con il nuovo art. 2929-bis c.c. ha introdotto la possibilità per il creditore (munito di titolo esecutivo), di procedere all'esecuzione anche in assenza di sentenza dichiarativa d'inefficacia di vincoli d'indisponibilità ovvero di atti di alienazione a titolo gratuito, relativi a beni immobili o mobili registrati, che lo abbiano pregiudicato. La nuova disposizione codicistica fa parte, al pari delle norme introdotte con il Decreto Banche, di un gruppo di misure volte a promuovere l'accelerazione della tutela creditoria.

caso di inadempimento del debitore, consentirebbe inoltre di ridurre la gravosità dell'elevato rapporto tra sofferenze e impieghi, che caratterizza i bilanci degli istituti di credito italiani nell'attuale ciclo economico<sup>28</sup>.

Concludendo, è lecito attendersi che la nuova garanzia non possessoria consentirà agli operatori economici di concludere, anche in Italia, operazioni finanziarie internazionali assistite da garanzie oggi nella sostanza assimilabili a quelle già da diversi anni utilizzate nella prassi del mercato internazionale del credito.

Grazie alla nuova *security* infatti il mercato italiano può ambire a diventare ancor più appetibile agli investitori e agli intermediari creditizi internazionali, anche in considerazione della loro propensione ad avvalersi di strumenti di garanzia moderni, che si rivelino adatti a soddisfare le esigenze dei soggetti coinvolti nel finanziamento.

### **1.5 - Le inefficienze del sistema italiano delle garanzie mobiliari prima dell'introduzione del pegno non possessorio**

La più autorevole dottrina italiana, unitamente a numerosi rapporti e studi internazionali<sup>29</sup>, già da diversi anni prima dell'adozione del Decreto Banche sottolineava l'esigenza di una riforma organica del sistema italiano delle garanzie mobiliari. Tale necessità veniva ricondotta alla frammentarietà e alla rigidità della disciplina dei diritti reali di garanzia, elementi di grande ostacolo all'incremento di efficienza del sistema del credito alle imprese e che, in questo modo, diventavano limiti intrinseci alla crescita economica e all'occupazione.

---

<sup>28</sup> È quanto ha affermato il Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, nel corso dell'audizione tenutasi davanti alle Commissioni Finanze riunite di Senato e Camera sulle attività svolte dalla Banca d'Italia nel 2016, durante la quale ha dichiarato che "*per accorciare i tempi del recupero dei crediti o elevarne il prezzo di cessione sul mercato secondario, vanno utilizzati tutti gli strumenti compresi il pegno mobiliare non possessorio ed il patto marciano.*"

<sup>29</sup> Si consideri, titolo esemplificativo, l'adozione nel 2007 da parte della Commissione UNCITRAL (commissione permanente delle Nazioni Unite sulla legislazione internazionale commerciale) della guida legislativa riguardante le "*Secured Transactions*". Nella risoluzione 63/121 dell'11 dicembre 2008 L'assemblea generale delle N.U. ha raccomandato la consultazione di tale guida agli Stati membri. La guida contiene un catalogo di tutti i principi e temi fondamentali che meritano di essere regolamentati da una moderna legge in materia di "*secured interests*" passibile di applicazione ad assets quali magazzini, macchinari, crediti, depositi bancari, derivati finanziari, licenze, disegni, brevetti, *know-how*.

Sotto il profilo della frammentarietà della disciplina, occorre rilevare come le norme vigenti in materia di garanzie siano tuttora disseminate nell'ordinamento italiano e, anche a causa della pluralità delle fonti<sup>30</sup>, vadano a costituire un sistema disorganico, che non può certo essere definito un *corpus* integrato e ben organizzato.

Ciò a discapito della prevedibilità e della chiarezza della disciplina applicabile.

Secondariamente, già l'impianto normativo tradizionale delle garanzie reali mobiliari si presentava come ormai vetusto, soprattutto alla luce delle profonde trasformazioni che, nel lasso di tempo intercorso dall'adozione del Codice Civile nel 1942, avevano coinvolto il sistema degli scambi commerciali e le logiche di funzionamento del sistema economico in genere.

Alla luce di tutte queste considerazioni, dopo aver affermato che il panorama delle garanzie mobiliari lasciava trasparire ormai tutta la sua rigidità e disfunzionalità, è opportuno analizzare nel dettaglio le singole ragioni di inefficienza del sistema.

Ad opinione di chi scrive, fonte primaria di criticità del sistema italiano delle garanzie è stata l'assenza, per troppo tempo, di una garanzia non possessoria: troppo a lungo il Legislatore italiano è rimasto inerte di fronte alla ormai manifesta vetustà di un regime delle garanzie reali che, coniato ai tempi della codificazione civile (risalente ormai alla prima metà del secolo scorso), ha ben presto manifestato la sua inadeguatezza alle esigenze dei moderni traffici commerciali globalizzati.

Nello specifico, il grande fattore limitante è stato il requisito dello spossessamento previsto dall'art. 2786 c.c.<sup>31</sup> che, subordinando la costituzione del pegno alla consegna del bene da parte del costituente, impediva che i beni oggetto di garanzia potessero utilmente essere sfruttati e utilizzati nel processo produttivo e nello svolgimento dell'attività d'impresa.

---

<sup>30</sup> La normativa in materia si presenta del tutto frammentaria e disorganica: le norme sono sparse in una pluralità di fonti di diversa natura e collocazione, dalle normative di derivazione europea ad un articolato *corpus* di pronunce giurisprudenziali.

<sup>31</sup> L'art. 2786 c.c. dispone che “*Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa. La cosa o il documento possono essere anche consegnati a un terzo designato dalle parti o possono essere posti in custodia di entrambe, in modo che il costituente sia nell'impossibilità di disporne senza la cooperazione del creditore.*”

L'intento del Codice del '42 era quello di evitare che il debitore (o il terzo garante) potesse disporre del *collateral*, alienandolo, nel corso del rapporto. Lo spossamento ha operato, dunque, come strumento pubblicitario, portando l'esistenza del vincolo a conoscenza degli interessati.

Le conseguenze economiche di questa forma di pubblicità derivano dal fatto che lo spossamento costituisce un costo di transazione, a fronte del quale non vi è creazione, ma un mero spostamento di ricchezza. Inoltre, non potendo più il debitore impiegare il bene nel processo produttivo, la perdita del possesso viene ad essere un costo-opportunità: il debitore quindi chiederà un prestito solo dove i benefici attesi siano superiori ai costi sostenuti per costituire la garanzia.

Immediata conseguenza di ciò è che la domanda di finanziamenti rischia di raggiungere livelli inferiori a quelli di massima utilità, in quanto i benefici di alcuni finanziamenti, benché positivi, rischiano di non compensare il costo-opportunità sostenuto per ottenerli.

Ulteriore profilo di rigidità del sistema delle garanzie, è riscontrabile nel principio di specialità<sup>32</sup>, in base al quale i diritti reali di garanzia sono costituibili solo su beni determinati o per crediti specificamente e distintamente individuati nell'atto di costituzione della garanzia stessa.

Se si guarda alla fase di realizzazione della garanzia, il sistema italiano soffriva altresì il pesante *handicap* dell'assenza di meccanismi stragiudiziali di esecuzione. Infatti, il divieto del patto commissorio previsto ai sensi dell'art. 2744 c.c.<sup>33</sup>, vietando che in caso di inadempimento la proprietà della *res* oggetto di pegno o ipoteca passasse automaticamente al creditore, imponeva al prestatore garantito di soddisfarsi solo tramite la via giudiziale.

---

<sup>32</sup> Il principio di specialità delle garanzie reali su cosa altrui impone che esse si possano costituire solo su beni determinati. Ciò, a differenza del privilegio che, invece, può essere generale, cioè applicabile a tutti i beni mobili del debitore.

<sup>33</sup> L'art. 2744 c.c. afferma che “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. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno.”

Questo, sommato alle inefficienze del meccanismo giudiziario, da un lato rendeva particolarmente gravoso e incerto l'intero *iter* di realizzo dei diritti del creditore; dall'altro ha concorso a causare le lungaggini della giustizia civile per il recupero dei crediti e a peggiorare quel rapporto tra sofferenze e impieghi che oggi grava sui bilanci di alcuni istituti di credito italiani.

A questa mancanza il Decreto Banche ha inteso porre rimedio introducendo nel Testo Unico Bancario, all'art. 48-*bis*, la nuova disciplina del patto marciano.

Con tale istituto il Governo, aggirando il rischio di violazione del divieto di patto commissorio<sup>34</sup>, è riuscito nell'intento di introdurre una modalità di escussione stragiudiziale della garanzia.

Ad aggravare la situazione di inadeguatezza delle garanzie mobiliari contribuisce anche l'assenza di un registro nazionale delle garanzie stesse<sup>35</sup>.

Nonostante l'esistenza di diversi elenchi<sup>36</sup> che registrano i pegni costituiti su specifiche *res* in determinati settori di attività (per es. le azioni e quote di S.r.l., i brevetti, i marchi...), non esiste in Italia<sup>37</sup> alcun catalogo che racchiuda in una base di dati organica le garanzie pignoratizie costituite su tutti i tipi di beni.

Considerando l'esiguo valore medio della maggior parte dei beni mobili non registrati<sup>38</sup>, per molto tempo si è ritenuto che i costi derivanti dalla creazione di un registro unico e completo superassero di gran lunga i benefici ottenibili con l'istituzione di tale raccolta informativa. È doveroso precisare, però, che oggi

---

<sup>34</sup> A differenza del patto commissorio, in forza del quale il creditore in seguito all'inadempimento del debitore diventa proprietario del bene, il patto marciano prevede che, in caso di inadempimento del debitore, sia effettuata una perizia del bene sottoposto a garanzia ed esso sia venduto a tale cifra. Il creditore potrà soddisfarsi sul ricavato nei limiti dell'importo garantito. In alternativa, il creditore potrà impossessarsi del bene per rivenderlo ma, in seguito al realizzo della somma, dovrà restituire l'eventuale plusvalore ottenuto al debitore.

<sup>35</sup> Questo è da tenersi distinto dal Registro dei pegni non possessori da istituirsi presso l'Agenzia delle Entrate ai fini dell'entrata a regime della nuova garanzia non possessoria: il registro dei pegni non possessori sarà esclusivamente dedicato ad essi, e non costituirà un registro generale di tutte le garanzie mobiliari.

<sup>36</sup> I pegni su quote di S.r.l. e su azioni vengono annotati presso il Registro delle Imprese. I pegni su brevetti e marchi vengono invece annotati presso l'UIBM (Ufficio Italiano Brevetti e Marchi).

<sup>37</sup> Tale registro è presente, ad esempio, in Francia, Spagna e Stati Uniti.

<sup>38</sup> Sui beni mobili registrati è possibile, infatti, iscrivere ipoteca.

l'avanzato sviluppo delle tecnologie informatiche consentirebbe di implementare un registro integrato con un esborso economico più esiguo rispetto al passato.

L'istituzione della banca dati informatica è stata resa necessaria per superare il requisito dello spossessamento<sup>39</sup> ai fini di pubblicità ed eliminarne i costi annessi alla *traditio* del bene al creditore: per le piccole e medie imprese italiane tali costi risultano spesso sproporzionati rispetto all'entità dei finanziamenti richiesti.

Se si escludono le forme atipiche di pegno<sup>40</sup>, occorre infatti considerare che il pegno obbliga il garante a sostenere i costi di consegna del bene stesso al creditore garantito.

Sebbene il Registro annunciato dal decreto banche<sup>41</sup> costituisca un passo importante verso l'ammodernamento normativo e operativo delle garanzie reali, non ci si può esimere dal precisare che il Legislatore dovrebbe prevedere anche l'implementazione di un elenco che tenga traccia tutti i singoli vincoli<sup>42</sup> di garanzia gravanti su di un medesimo bene, a prescindere dalla tipologia della garanzia stessa.

Sintetizzando le riflessioni esposte nel corso del presente paragrafo, è possibile affermare che se la creazione della nuova garanzia non possessoria ha cercato di ovviare alla vetustà dell'ordinamento in tema di garanzie reali, permangono tuttavia dei margini di miglioramento.

*In primis*, data la complessità e scarsa prevedibilità del sistema gerarchico delle garanzie, ben si comprende quanto sia auspicabile una razionalizzazione dello stesso che lo uniformi tramite l'adozione di un unico criterio gerarchico.

---

<sup>39</sup> Per un'analisi del ruolo dell'iscrizione nel Registro informatico ai fini di pubblicità si veda *infra* il cap. 4.

<sup>40</sup> A questo proposito si consideri, a titolo d'esempio, il pegno mediante concustodia delle parti. In merito si veda *infra* il cap. 2.

<sup>41</sup> In particolare, la relazione alla legge di conversione del decreto banche annuncia la "introduzione di un apposito registro informatizzato al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, stabilendosi che la garanzia prenda grado e sia opponibile ai terzi dal momento della sua iscrizione nel registro".

<sup>42</sup> Su un singolo cespite possono, infatti, insistere contemporaneamente differenti diritti di prelazione (ad es., privilegio e pegno).

In secondo luogo, il Legislatore dovrebbe occuparsi di un riordino delle norme sulle garanzie, che attualmente non sono censite in un unico testo normativo, bensì hanno un collocamento disorganico e destrutturato nell'ordinamento giuridico.

Solo portando a termine le predette riforme si potrà fornire al creditore garantito la possibilità di conoscere con rapidità e certezza quali altri crediti (e in quale ammontare) gli saranno preferiti in caso di insolvenza del debitore.

### **1.6 - Brevi cenni alle garanzie mobiliari in prospettiva comparatistica**

La percezione dell'inefficienza che ha caratterizzato (e, in parte, continua a caratterizzare) il sistema giuridico italiano in relazione alle garanzie mobiliari, rischia di risultare amplificata agli occhi del giurista che si trovi a compiere un'indagine comparatistica con la disciplina delle garanzie mobiliari adottata da altri Paesi.

Negli ordinamenti stranieri, infatti, la garanzia non possessoria era conosciuta e applicata già da molto tempo prima che in Italia fosse introdotto il pegno non possessorio.

Alcuni Paesi, come nel caso dell'ordinamento di *common law* inglese, applicano l'istituto della garanzia flottante a partire già dal tardo 1800<sup>43</sup>.

Da allora la giurisprudenza inglese ammette la costituzione del cosiddetto *floating charge*, un istituto definibile, *latu sensu*, come un privilegio flottante che prescinde dal trasferimento del possesso<sup>44</sup> o della proprietà del bene sul quale è iscritto ed ha fonte costitutiva esclusivamente nella volontà delle parti.

Infatti, in base all'accordo fra debitore e creditore, quest'ultimo ha diritto a soddisfarsi sul ricavato della vendita dei beni, fino a concorrenza del debito, con privilegio sui creditori chirografari e su quelli la cui garanzia è successiva nel tempo

---

<sup>43</sup> Precisamente, risale al 1870 la sentenza *Re Panama, New Zealand, and Australian Royal Mail Co 5 Ch App 318*, la quale è generalmente riconosciuta come la prima decisione giurisdizionale a riconoscere la piena validità del *floating charge* (la garanzia flottante disciplinata dal *common law*).

<sup>44</sup> In questo, il *floating charge* si contrappone al *pledge*, garanzia reale sovrapponibile al pegno e comportante lo spossessamento del debitore e il trasferimento delle merci al creditore pignoratorio.

rispetto alla costituzione del *charge* stesso. La natura flottante di questo tipo di *charge*<sup>45</sup> si esplica nella sua potenzialità di rimanere in sospensione su di una categoria generica di beni indicati dalle parti nell'atto costitutivo.

Così come per il pegno non possessorio, in presenza di una *floating charge*, il debitore rimane nella piena disponibilità dei beni oggetto di garanzia e può liberamente disporne. Questa condizione permane fino al verificarsi della *crystallisation*<sup>46</sup>, il momento patologico del rapporto obbligatorio tra debitore e creditore a partire dal quale il *charge* diventa da *floating* a *fixed*<sup>47</sup>, calandosi e fissandosi (*attachment*) sopra tutti i beni facenti parte del patrimonio del debitore in quell'istante, nella misura ed entro i limiti del debito in essere (aumentato degli interessi). In seguito alla *crystallisation*, il creditore ha il diritto di nominare un *administrative receiver*<sup>48</sup>, un soggetto che si sostituisce agli amministratori e gestisce l'azienda debitrice o, in alternativa, di procedere direttamente all'espropriazione.

---

<sup>45</sup> Il *common law* inglese ammette anche l'esistenza della *fixed charge*, garanzia da costituirsi su di un bene specifico, identificato o identificabile, presente nel patrimonio del debitore o, comunque, prossimo a farne ingresso. Nel caso si tratti di bene futuro, nel momento dell'acquisto del bene stesso da parte del debitore, il diritto di garanzia del creditore retroagisce fino al momento della sua costituzione. Fino a tale momento, il creditore rimane titolare di uno *ius in itinere*.

<sup>46</sup> L'individuazione delle singole cause che conducono alla *crystallisation* della *floating charge* non è sempre agevole: la dottrina maggioritaria considera l'*ordinary course of business* (una sorta di naturale svolgimento dell'attività di impresa) come perimetro del potere di disposizione del debitore (*trading power*), oltre il quale avviene la *crystallisation*. Occorre considerare, però, che la *crystallisation* avviene comunque in seguito ad inadempimento contrattuale o in seguito al verificarsi degli eventi che le parti possono liberamente indicare nel contratto costitutivo del *floating charge* (ne deriva un problema di conoscibilità da parte dei terzi delle diverse cause di *crystallisation*).

<sup>47</sup> Il *floating charge* "(...) floats like a cloud over the whole assets from time to time falling within a generic description, but without preventing the mortgagor from disposing of these assets in the usual course of business until something occurs to cause the charge to become crystallised or fixed" (GOWER'S, *Principles of modern company law*, Sweet&Maxwell, London, 1997, 6<sup>th</sup> edn).

<sup>48</sup> La procedura di *administrative receivership* è costosa e complessa: ciò la rende economicamente conveniente solo per le garanzie di alto valore. Per questo il creditore in seguito alla *crystallisation* si trova a valutare se il progetto imprenditoriale dell'azienda sia meritevole di fiducia e, quindi, possa generare dei profitti che ripaghino il debito sotto la guida del *receiver*. In caso negativo, procede ad aggredire direttamente i beni.

Se si guarda alla *floating charge* alla luce dell'introduzione del pegno non possessorio, si può certamente affermare che il modello di garanzia fluttuante inglese abbia costituito un *benchmark* per la costruzione del modello italiano del pegno non possessorio.

Tuttavia, fino alla riforma del 2013<sup>49</sup>, il sistema inglese presentava delle debolezze nella pubblicità della garanzia stessa: in particolare, vi potevano essere dei *pledges* non registrati ma che avevano comunque priorità rispetto al titolare di un *floating charge* registrato. Ne derivava che il titolare della garanzia fluttuante rischiava di non conoscere con esattezza il numero e l'ammontare dei crediti che gli erano preferiti.

In questo senso il sistema italiano del pegno non possessorio, avendo previsto la necessaria iscrizione a fini costitutivi nel Registro da crearsi presso l'Agenzia delle Entrate, pare aver ovviato a qualsiasi incertezza nella pubblicità della garanzia.

È particolarmente interessante rilevare come gli Stati Uniti, pur condividendo con il Regno Unito il sistema giuridico del *common law*, fino all'emanazione dell'Uniform Commercial Code<sup>50</sup> rimangono particolarmente restii all'introduzione di una *security* in assenza dello spossessamento del debitore. Ciò perché una tale tipologia di *security* non era ritenuta idonea a costituire una *security interest*, e configurava addirittura un negozio in frode ai crediti.

Con l'introduzione dello UCC, invece, gli articoli 9-204 e 9-205 del medesimo Codice Commerciale, consentendo all'imprenditore debitore di utilizzare i beni sottoposti a garanzia, configurano il primo esempio statunitense di *floating lien*.

Nonostante alcuni tratti distintivi<sup>51</sup>, la *security interest* statunitense quale garanzia generale non possessoria può considerarsi comunque sovrapponibile alle logiche di funzionamento della *floating charge* inglese.

---

<sup>49</sup> Ci si riferisce al “*The companies act 2006 regulations 2013*” del 13 marzo 2013.

<sup>50</sup> Lo UCC fu introdotto negli Stati Uniti nel 1952, per poi subire modifiche e revisioni fino al 1999.

<sup>51</sup> Tra le altre, la principale differenza rispetto alla *floating charge* inglese risiede nel fatto che la versione americana della garanzia fluttuante consente, nel caso di verificarsi dell'inadempimento, un minore controllo da parte del creditore sull'azienda sottoposta a garanzia.

Gli ordinamenti dell'Europa continentale hanno preso coscienza del necessario *revirement* in ambito di garanzie mobiliari solo in tempi più recenti.

Nonostante tutte le manovre riformatrici condividano l'esigenza di superamento dei tradizionali modelli di garanzia mobiliare rigidamente ancorati *traditio* del bene dato in garanzia, rispetto alla garanzia flottante del *common law*, le discipline continentali in tema di garanzie non possessorie generalmente prevedono una descrizione più stringente del *collateral*, un'applicabilità delle garanzie stesse solo a limitate classi di beni e maggiori formalità sia nel contratto costitutivo che nel processo di registrazione dello stesso<sup>52</sup>. Questo è vero soprattutto in relazione alle prime forme di garanzia non possessoria, introdotte dagli Stati europei con legislazioni che avevano carattere speciale: in questa fase iniziale, le garanzie senza spossessamento erano destinate solo a particolari classi di creditori o a specifiche tipologie<sup>53</sup> di transazione finanziaria.

Tuttavia, ben presto i difetti del pegno tradizionale scaturiscono in sforzi di superamento degli stessi tramite meccanismi di adattamento volti ad introdurre nuovi diritti reali senza spossessamento, utilizzabili in modo generalizzato su qualsiasi bene (mobile) e a vantaggio di qualunque soggetto creditore.

L'esigenza di introdurre modelli di garanzia flessibili e adatti al finanziamento esterno all'impresa si è concretizzata negli ordinamenti europei continentali mediante una pluralità di forme<sup>54</sup> che, se presentano tra loro una sostanziale omogeneità (in ragione proprio della identità delle cause economiche che ne hanno favorito la nascita), spesso riportano differenze nella loro struttura formale-contrattuale, perché sono frutto di tradizioni giuridico-commerciali diverse.

---

<sup>52</sup> A tal proposito si veda G. ROJAS ELGUETA, *The economic foundation of debtor-creditor relations*, Bologna, Il Mulino, 2018, 115.

<sup>53</sup> Parimenti a quanto avvenne in Italia con l'introduzione del privilegio speciale *ex art. 46 t.u.b* o con l'introduzione del pegno non possessorio sui prosciutti: si trattava di garanzie non possessorie riservate, nel primo caso, a particolari categorie di creditori-prestatori (gli istituti di credito) e, nel secondo caso, limitate in quanto a beni che potevano costituire oggetto di garanzia (i prosciutti a denominazione di origine controllata).

<sup>54</sup> Per una disamina completa delle tecniche adottate dai singoli Paesi europei per la costituzione di garanzie mobiliari, si veda A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

A titolo d'esempio, si consideri che la Spagna introduce le garanzie mobiliari rotative e senza spossessamento con la *Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, risalente al 18 dicembre 1954.

La legge è poi modificata negli anni successivi e tuttora regola forme di pegno (*prenda*) non possessorio a favore degli imprenditori che, se iscritte in un registro pubblico, diventano opponibili ai terzi<sup>55</sup>.

In Germania, invece, l'interpretazione del divieto di patto commissorio incontra dei limiti meno severi rispetto a quelli tradizionalmente posti dalla interpretazione giuridica di altri Paesi europei. Ciò ha portato ad una maggiore libertà contrattuale delle parti nel confezionare forme di garanzia mobiliare, che si è tradotta nella diffusione di peculiari tipologie di garanzie non possessorie e rotative<sup>56</sup>.

In particolare, il BGB ha previsto al §455 la vendita con patto di riservato dominio<sup>57</sup> (*Eigentumsvorbehalt*), una garanzia negoziale sulle merci senza spossessamento che tutela il credito del fornitore di merci o di prodotti finiti per il prezzo della loro vendita.

Occorre altresì considerare il §950 del BGB, il quale consente alle parti di pattuire in maniera esplicita che, qualora il titolo del venditore cessi a causa della trasformazione dei beni ad opera del debitore, il venditore comunque conservi il suo diritto sui beni trasformati.

Ulteriore schema giuridico utilizzato in Germania per la realizzazione di un *security interest* è il trasferimento a scopo di garanzia<sup>58</sup> (*Sicherungsübertragung*), contratto

---

<sup>55</sup> A riguardo della *prenda sin desplazamiento de posesión*: C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, *La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión*, in L. MONTES PENADES, *Derecho reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant Lo blanch, Valencia, 1994, pp. 745 e ss.; A. M. HERNANDEZ, *Garantias mercantiles*, Universidad Catolica Andres, 2007, II, p. 226 ss.

<sup>56</sup> Per un'analisi completa delle garanzie ammesse dall'ordinamento e dalla giurisprudenza tedesche si veda: R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, trad. it., Milano, 1990, pp. 51 e 61 ss.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 38 ss.

<sup>57</sup> In materia si veda E. GABRIELLI, *I diritti reali. Il pegno*, Torino, UTET, 2005, p. 34 ss.;

<sup>58</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, p. 398, sottolinea che l'*alienazione in funzione di garanzia* diffusa nel contesto giuridico tedesco ha fonte consuetudinaria e giurisprudenziale a differenza *Eigentumsvorbehalt* che ha, invece, fonte legale.

fiduciario<sup>59</sup> in base al quale un soggetto mutuatario, ottenuto un finanziamento dalla banca, trasferisce alla banca mutuante la proprietà<sup>60</sup> di un bene (cosa mobile, credito o altro diritto) del quale, però, la medesima banca contestualmente attribuisce al mutuatario il possesso mediato<sup>61</sup> al fine di consentirgli di impiegare il bene e trasformarlo nel processo produttivo.

Per comprendere le ragioni alla base del successo applicativo avuto dall'alienazione in funzione di garanzia in Germania, è di fondamentale importanza considerare che nell'ordinamento tedesco il trasferimento è astratto e, dunque, si presta agevolmente agli impieghi più diversi.

La flessibilità intrinseca dell'ordinamento tedesco, unitamente ad un orientamento di politica economica favorevole all'espandersi delle garanzie non possessorie (al quale peraltro si è allineata la giurisprudenza tedesca in materia di garanzie), ha avuto un ruolo fondamentale nella diffusione della *Sicherungsübereignung*.

Nell'ordinamento italiano e in quello francese, invece, il principio della causalità contrattuale ha sempre costituito un limite tecnico all'attribuzione di una causa di garanzia ai contratti traslativi.

In Francia una garanzia non possessoria è introdotta già agli inizi del 1900<sup>62</sup> con l'istituzione del *nantissement du fonds de commerce*.

Si tratta di uno strumento di *security* non possessorio<sup>63</sup> che può avere ad oggetto alcuni elementi del patrimonio dell'imprenditore considerati nella loro unitarietà e non, invece, singoli e specifici beni. In questo modo l'imprenditore può proseguire

---

<sup>59</sup> In questo tipo di proprietà il titolare del diritto di "proprietà" è un semplice fiduciario del bene trasferitogli. Il suo diritto si manifesta all'esterno in maniera diversa da come si manifesta il titolare pieno. Il carattere fiduciario di questo trasferimento deriva dal negozio sottostante (l'accordo fiduciario di garanzia) il quale, quando avviene il trasferimento, impone all'acquirente un vincolo che incide sul trasferimento pieno del diritto, per cui il diritto trasferito non è una proprietà piena ma meramente fiduciaria.

<sup>60</sup> Tuttavia, il soggetto finanziatore non diventa proprietario del bene in via definitiva, in quanto il trasferimento della proprietà è vincolato al fine di garanzia

<sup>61</sup> Questa possibilità è prevista dal §930 BGB.

<sup>62</sup> Tale diritto reale di garanzia non possessorio ricalcava in gran parte le caratteristiche del *floating lien* di stampo anglosassone. Tuttavia, il *nantissement du fonds de commerce* dimostrò ben presto la sua inefficienza in quanto la sua utilizzabilità era limitata ad un ristretto numero di beni e la sua costituzione passava attraverso varie e rigide formalità.

<sup>63</sup> Tale garanzia, non prevedendo lo spossessamento del debitore, necessitava di essere iscritta in un registro pubblico ai fini della pubblicità e opponibilità ai terzi.

la sua attività produttiva mentre l'oggetto della garanzia varia seguendo gli sviluppi aziendali.

Tuttavia, questo modello di garanzia dimostra ben presto i suoi limiti.

In primo luogo, poteva avere come oggetto solo beni strumentali, proprietà industriale, avviamento, insegna e ditta, rimanendo quindi esclusi dall'ambito di applicazione del *nantissement* tutti quei beni sui quali tradizionalmente è più complesso costituire le tradizionali garanzie comportanti lo spossessamento (merci, crediti e beni futuri). In secondo luogo, ai fini della valida costituzione del *nantissement*, si richiedeva la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata a pena di nullità, in aggiunta all'iscrizione presso il Tribunale di commercio con efficacia costitutiva; inoltre, l'eventuale fase di escussione del *nantissement* poteva avere luogo solo con vendita forzata tramite intervento giudiziale.

Preso atto dello scarso successo riscosso nella prassi commercialistica dal *nantissement*, il Legislatore francese con l'*ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006 ha introdotto, all'art. 2342 del *Code civil*<sup>64</sup>, una fattispecie peculiare di pegno non possessorio (*gage sans dépossession*) eventualmente rotativo.

Tale garanzia si costituisce mediante accordo scritto di natura consensuale contenente l'indicazione del credito o dei crediti garantiti e della specie, natura e quantità dei beni costituiti in pegno e raggiunge l'esigenza della pubblicità ai fini dell'opponibilità ai terzi attraverso l'annotazione in apposito registro informatizzato<sup>65</sup>.

Ad acuire la percezione di inadeguatezza del sistema delle garanzie mobiliari vigente in Italia prima dell'entrata in vigore della legge 119 del 2016 (che ha

---

<sup>64</sup> A tal proposito si veda F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in "Europa e diritto privato", 2006, p. 1154 ss; F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, in "Banca borsa tit. cred.", 2007, II, p. 226 ss.

<sup>65</sup> Il registro francese delle garanzie non possessorie fu istituito immediatamente dopo l'entrata in vigore della riforma con Decreto del Consiglio di Stato ed è nominato "*Fichier national des inscriptions des gages sans dépossession*". Tale elenco informatico è consultabile telematicamente accedendo ad una pagina web e contiene l'annotazione completa di tutte le vicende costitutive, modificative ed estintive delle garanzie pignoratorie senza spossessamento. Sul punto non si può non rilevare la somiglianza di tale registro informatizzato con la soluzione proposta dal Legislatore italiano con la legge di conversione del Decreto Banche.

convertito il Decreto Banche), è lo sguardo al quadro delle direttive comunitarie che hanno caratterizzato gli ultimi quindici anni.

A titolo d'esempio si consideri che già il nono libro del *Draft of Common Frame of Reference*, disegnando i contorni di un sistema generale ed uniforme delle garanzie mobiliari, non bandiva da tale progetto quelle non possessorie e, anzi, specificava che le medesime potevano diventare opponibili ai terzi mediante l'iscrizione in un pubblico registro creato *ad hoc*.

Ulteriore indice dell'avvertita esigenza di rinnovamento dei tradizionali schemi di garanzia, può essere considerata la direttiva 2002/47/CE<sup>66</sup> la quale consentiva, in materia di contratti di garanzia finanziaria, l'alienazione con funzione di garanzia rotativa e la costituzione di diritti reali sugli strumenti finanziari senza richiedere lo spossessamento del debitore.

In sintesi, traendo le conclusioni dell'analisi di ampio respiro effettuata nel corso del presente paragrafo, emerge in primo luogo come i sistemi giuridici dei diversi Paesi presi in considerazione, sotto la spinta delle mutate esigenze degli operatori pratici dei mercati commerciali e creditizi, abbiano introdotto e regolato le fattispecie di garanzia mobiliare rotativa con la pressoché totale assenza di coordinamento a livello internazionale, generando così una frammentazione delle discipline applicabili<sup>67</sup>.

In secondo luogo, rilevato il ritardo con il quale la garanzia non possessoria è stata introdotta in Italia rispetto alla precocità di rinnovamento dimostrata da altri Paesi, dobbiamo anche dare conto della buona flessibilità del nuovo istituto del pegno non possessorio. La legge 119/2016 consentirà al nostro Paese, innanzitutto, di evitare la pericolosa emarginazione dal panorama internazionale nel quale le garanzie non possessorie (sia di fonte normativa che di fonte giurisprudenziale) si sono già da tempo affermate, secondariamente, le permetterà di competere con più efficienza sul mercato internazionale, attirando un volume maggiore di investimenti stranieri.

---

<sup>66</sup> Fu attuata in Italia con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, poi modificato dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48.

<sup>67</sup> Per le proposte di uniformazione internazionale della disciplina delle garanzie mobiliari non possessorie vd. *infra* cap. 5.

Se quest'ultima considerazione ci impone, ad un primo sguardo complessivo, di valutare con favore la riforma in oggetto, tuttavia non ci esime dall'analizzare nel dettaglio la nuova disciplina del pegno non possessorio, valutandone sia i fondamenti gius-economici che la sua compatibilità con la tradizionale disciplina del pegno codicistico<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Per questi approfondimenti si vedano *infra* i capitoli 2 e 3 del presente elaborato.

## CAP. 2 – GLI ANTECEDENTI NORMATIVI DEL PEGNO NON POSSESSORIO

### 1 - Il contributo italiano nell'elaborazione di nuove garanzie reali mobiliari

L'idea di una garanzia reale mobiliare che non implicasse lo spossessamento del debitore, per quanto risultasse dirompente rispetto al principio di tipicità e in considerazione della rigidità della disciplina codicistica delle garanzie, non era del tutto sconosciuta al nostro ordinamento anche prima del Decreto Banche.

L'introduzione in Italia del nuovo istituto del pegno mobiliare non possessorio può essere considerata, infatti, il punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo che ha portato l'ordinamento italiano ad allontanarsi dalla rigida tipicità delle garanzie reali codicistiche e ad avvicinarsi ad una più moderna impostazione alla quale gli altri ordinamenti europei e quelli di *common law* si erano già allineati da tempo.

Quando l'ordinamento di *civil law* italiano ancora non prevedeva la possibilità di costituire una garanzia “flottante” universalmente utilizzabile, strumenti alternativi per far fronte alle esigenze di flessibilità<sup>69</sup> espresse dagli operatori economici erano comunque stati elaborati su più fronti.

In considerazione della già illustrata portata innovativa del nuovo diritto reale di garanzia non possessorio, è opportuno presentare una breve rassegna delle soluzioni normative e giurisprudenziali mediante le quali si è cercato di porre rimedio alle criticità e inefficienze del sistema italiano delle garanzie, nel tentativo di colmare quel *gap* evolutivo derivante dal ritardo dell'ordinamento italiano nell'adeguarsi alle nuove logiche dell'economia globale che, fino all'emanazione del Decreto Banche, impediva al sistema giuridico italiano di poter vantare un impianto di garanzie mobiliari moderno e flessibile.

---

<sup>69</sup> La stessa relazione alla legge di conversione del Decreto Banche spiega come la rigidità e la disfunzionalità del sistema delle garanzie mobiliari in Italia sia stata più volte denunciata dalla dottrina e dagli operatori economici e afferma che “*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.*”

### **1.1 – La legislazione speciale fonte delle prime garanzie non possessorie**

Se è vero, come si è più volte affermato nei precedenti paragrafi, che l'art. 2786 del Codice Civile, richiedendo la materiale consegna del bene oggetto di garanzia, ha costituito un severo limite alla flessibilizzazione delle garanzie mobiliari nel nostro ordinamento, è anche vero che l'art. 2785 del nostro codice afferma che gli articoli in materia di pegno "*non derogano alle leggi speciali concernenti casi e forme particolari di costituzione di pegno, né a quelle concernenti gli istituti autorizzati a fare prestiti sopra pegni*".

Ed è stata proprio questa la base normativa che ha consentito al Legislatore italiano di introdurre, con leggi speciali, casi particolari di pegno.

In diverse occasioni, infatti, il Legislatore italiano ha recepito le istanze derivanti dalla prassi economico-sociale dando una forma legale a ipotesi di pegno rotativo non possessorio, una tipologia di pegno nella quale il bene oggetto di garanzia può mutare nel tempo ed il diritto di garanzia del creditore può trasferirsi da un bene ad un altro.

Il tratto peculiare di questo diritto di garanzia risiede nel fatto che non è necessaria un'apposita pattuizione delle parti con efficacia novativa (ovvero ulteriore rispetto all'originario contratto costitutivo della garanzia) per costituire un nuovo diritto di pegno in seguito al mutamento o alla trasformazione del bene originario, né tantomeno si richiede lo spossessamento e la contestuale consegna del *collateral* al creditore.

Nel presente paragrafo ci si pone l'obiettivo di illustrare come l'introduzione per via legislativa di pegni rotativi non possessori abbia, in alcuni casi, risposto all'esigenza di valorizzare le caratteristiche peculiari di certi prodotti e dei loro cicli produttivi (è il caso dei pegni sui prosciutti a denominazione di origine tutelata e sui prodotti lattiero-caseari) e, in altri casi, abbia avuto come scopo quello di adeguare il sistema nazionale delle garanzie reali mobiliari agli standard impartiti dalle normative sovranazionali (come nel caso dei contratti di garanzia finanziaria).

Il primo antecedente normativo<sup>70</sup> del pegno non possessorio è identificabile nel pegno sui prosciutti a denominazione di origine controllata, di cui alla legge n. 401 del 24 maggio 1985<sup>71</sup>. All'art. 2 della predetta legge il Legislatore prevede che “*il debitore può disporre dei prosciutti (...) costituiti in pegno ai soli fini della lavorazione (...) e assume in relazione ad essi gli obblighi e le responsabilità del depositario*”. La norma è coniata per consentire ai produttori di costituire garanzie mobiliari sui prosciutti, senza doversene spossessare materialmente. Sono note infatti le peculiarità della lavorazione e della stagionatura delle cosce di suino<sup>72</sup>, dalle quali si deduce l'importanza del fatto che il debitore costituente, disponendo dei prosciutti anche in presenza di un diritto di pegno costituito sui medesimi, potesse proseguirne la lavorazione e la stagionatura.

Dalla natura rotativa del pegno in oggetto derivava la trasferibilità della garanzia sul prodotto del predetto processo lavorativo e di stagionatura.

Si tratta cioè di una garanzia in grado di seguire il *collateral* lungo tutta la filiera produttiva, a prescindere dalla sua collocazione e dal suo stadio di lavorazione.

Nonostante la funzionalità e la flessibilità di questo tipo di garanzia, si può affermare che l'impatto innovativo è limitato a una certa categoria di operatori economici: gli stessi presupposti soggettivi del pegno sui prosciutti ne limitavano

---

<sup>70</sup> Non si considera ai fini della presente trattazione il primo esempio di pegno senza spossessamento riconducibile al diritto romano. Si tratta del *pignus conventum*, ovvero un accordo in base al quale il debitore o altri per lui poteva costituire una garanzia in favore del creditore sopra un bene senza spossessarsene ma conferendo al creditore solo la facoltà d'impadronirsi della cosa stessa al verificarsi dell'inadempienza del credito, eventualmente riprendendole di mano a qualunque altro terzo. Questa tipologia di *pignus* nelle fonti giustinianee viene chiamata *hypotheca*. Per una trattazione dettagliata del *pignus conventum*: C. M. BIANCA, *Diritto Civile. Vol. 7*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 147 ss; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum: le origini. L'interdictum salvianum*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 9 ss.

<sup>71</sup> La legge era rubricata “*Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata*” ed è stata poi abrogata dall'art. 24 della legge n. 20 del 13 febbraio 1990.

<sup>72</sup> Si pensi, a questo proposito, alla lunga catena di lavorazione e alla necessità che le cosce siano sottoposte a stagionatura in luoghi adeguati e con peculiari caratteristiche di umidità e areazione. Tali caratteristiche sarebbero difficilmente replicabili qualora, in assenza di un pegno non possessorio, il creditore, ricevuti i prosciutti oggetto di pegno, dovesse poi depositarli in un magazzino di stoccaggio. L'assenza delle caratteristiche necessarie alla stagionatura rischierebbe di compromettere la qualità del prodotto.

l'utilizzo ai soli produttori qualificati dalle leggi sulla tutela della denominazione di origine<sup>73</sup>.

Già all'epoca dell'introduzione di questa prima forma di pegno non possessorio, sono contestualmente ideate modalità di pubblicità che surrogassero la *traditio* del bene al creditore pignoratorio: quest'ultimo apponeva sulla coscia di suino oggetto di pegno, in qualunque fase della lavorazione, uno speciale contrassegno indelebile e procedeva inoltre all'annotazione su appositi registri<sup>74</sup> vidimati annualmente<sup>75</sup>.

Dando conto delle avveniristiche peculiarità del pegno in oggetto, ben si comprende come una parte della dottrina<sup>76</sup> si sia interrogata sulla natura di questa prima forma di garanzia mobiliare non possessoria, fino al punto che alcuni autori la considerano addirittura come una garanzia ibrida che mutuasse anche alcuni tratti dell'ipoteca mobiliare<sup>77</sup>.

Tuttavia, non sembra potersi dubitare del fatto che il pegno sui prosciutti sia l'antecedente normativo per antonomasia dell'attuale pegno mobiliare non possessorio, nonché un modello dal quale siano poi scaturite altre figure di pegno senza spossessamento. Tra di esse, occorre menzionare la tipologia di pegno non possessorio destinata alle industrie lattiero-casearie, introdotta dal Legislatore con la legge n. 122 del 27 marzo 2001<sup>78</sup> che, nel disciplinare il funzionamento del pegno sui prodotti caseari, prevedeva un rinvio alla già collaudata disciplina del pegno sui

---

<sup>73</sup> I produttori non qualificati potevano comunque costituire sui loro prosciutti un pegno *ex art.* 2786, subordinato quindi al requisito dello spossessamento.

<sup>74</sup> La consensualità alla base del contratto di pegno e la forma di pubblicità alternativa allo spossessamento sono elementi comuni all'attuale disciplina del pegno non possessorio *ex lege* 119/2016. Ai fini dell'opponibilità ai terzi del pegno non possessorio, infatti, l'art. 1 comma 4 della medesima legge dispone che il pegno sia iscritto in un Registro informatico tenuto presso l'Agenzia delle Entrate.

<sup>75</sup> In seguito all'avvenuto adempimento da parte del debitore, l'art. 4 della legge n. 401/1985 prevedeva che l'annotazione nel Registro venisse annullata e che il sigillo precedentemente apposto sulle cosce di prosciutto venisse rimosso dal creditore stesso entro tre giorni dall'avvenuto pagamento.

<sup>76</sup> F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in "Rivista di diritto civile", 2, 2000, pp. 253 ss; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Commentario di diritto civile*, A. SCIALOJA- G. BRANCA (a cura di), IV ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, pp. 94 ss.

<sup>77</sup> P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2009, pag. 575.

<sup>78</sup> La legge n. 122/2001 era rubricata "*Disposizioni modificative e integrative alla normativa che disciplina il settore agricolo e forestale*".

prosciutti. L'art. 7 della citata legge affermava per l'appunto che *“il pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura può essere costituito dai produttori (...), oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 del Codice Civile, nella forma e con le modalità previste dalla legge 24 luglio 1985, n. 401”*<sup>79</sup>.

La nuova garanzia non possessoria introdotta per i produttori del settore lattiero-caseario segue quindi le medesime logiche di funzionamento del pegno sui prosciutti<sup>80</sup> ad eccezione, in origine, della caratteristica di rotatività.

Di recente, tuttavia, un decreto del Ministero delle politiche forestali ha esteso la rotatività anche a questa tipologia di garanzia reale, subordinandola all'accordo delle parti in merito<sup>81</sup>. La rotatività si esplica nella sostituzione di forme di formaggio sottoposte a pegno, senza che si rendano necessarie ulteriori stipulazioni rispetto a quella originaria<sup>82</sup> costitutiva del diritto di garanzia.

Il decreto ministeriale di cui sopra, ha particolarmente valorizzato la rotatività della garanzia non possessoria sui prodotti caseari, disciplinandola nel dettaglio sia per quanto riguarda la pubblicità che per ciò che concerne il funzionamento della rotatività: anche in questo caso il vincolo costitutivo della garanzia e le successive rotazioni devono essere iscritte in apposito registro, con l'indicazione aggiuntiva dei beni “in entrata” e quelli “in uscita”.

Questa seconda tipologia di pegno non possessorio sottolinea ulteriormente l'incapacità della disciplina codicistica del pegno tradizionale di adattarsi alle mutate esigenze dell'economia e degli scambi commerciali.

---

<sup>79</sup> L'art. 7 della legge in oggetto è infatti rubricato *“Applicazione della legge n.401 del 24 luglio 1985”*.

<sup>80</sup> Questo, a riconferma di quanto il pegno non possessorio sui prosciutti fosse già considerato come un benchmark in materia di garanzie non possessorie.

<sup>81</sup> L'art. 1 del Decreto del 26 luglio del Ministero delle politiche forestali prevede che *“i prodotti lattiero caseari costituiti in pegno (...) possono essere oggetto di patto di rotatività”*. Il pegno non possessorio sui prodotti caseari quindi non è naturalmente rotativo ma assume tale caratteristica solo ed esclusivamente in base a pattuizione di rotatività concordata dalle parti.

<sup>82</sup> Il Decreto Ministeriale del 2016 ha fatto chiarezza in materia: parte della giurisprudenza, infatti, richiedeva, ai fini della validità del pegno fluttuante, che le parti stipulassero un nuovo contratto di garanzia in seguito alla sostituzione del bene originariamente oggetto di pegno (Cass., sez. I, n. 5264 del 28 maggio 1998).

In ambito finanziario, il progressivo processo di dematerializzazione dei titoli e degli strumenti finanziari che inizia in seguito all'introduzione del sistema accentrato Monte Titoli e di quello di Bankitalia, porta il Legislatore, a partire già dal 1998, a emanare una serie di normative che consentissero di costituire il vincolo pignoratorio sugli strumenti finanziari, esclusivamente tramite registrazione in appositi conti tenuti dagli intermediari<sup>83</sup>.

Ulteriore evoluzione in questo senso si ha quando il Legislatore italiano, con il d. lgs. n. 170/2004, attua le direttive europee<sup>84</sup> in materia.

Frutto di tale decreto è l'introduzione del contratto di garanzia finanziaria, che l'art. 1 lettera d) del medesimo decreto definisce come “(...) *il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie (...)*”<sup>85</sup>.

In riferimento a questa garanzia finanziaria, l'elemento dello spossessamento *ex art.* 2786 viene surrogato dalla pubblicità derivante dalla necessaria forma scritta *ad*

---

<sup>83</sup> Furono i primi esempi di pegno su strumenti finanziari dematerializzati. Tale tipologia di pegno soffriva tuttavia di una regolamentazione disorganica e frammentaria: previsto inizialmente dal d. lgs. 58/1998 (“*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*”), il pegno su strumenti finanziari dematerializzati fu poi disciplinato anche dal d. lgs. 213/1998 e dalle seguenti deliberazioni attuative di Banca d'Italia e Consob, nonché dai decreti ministeriali 31 luglio 1998 e 27 novembre 1998.

<sup>84</sup> Il d. lgs. 170/2004 ha recepito in Italia la direttiva 2002/47/CE. È rubricato infatti “*Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria*”. In riferimento all'introduzione di questa garanzia di natura finanziaria, è interessante notare come gli sforzi del legislatore siano certamente stati volti ad assicurare maggiore celerità e certezza ai traffici commerciali ma, soprattutto, come siano stati la conseguenza del necessario adeguamento all'ordinamento europeo il quale stava perseguendo lo scopo di uniformazione delle legislazioni degli stati membri.

<sup>85</sup> La norma in questione introduce un'ipotesi espressa di deroga al divieto di patto commissorio *ex art.* 2744 del Codice Civile in quanto riconosce come valido il contratto di garanzia finanziaria nella forma di trasferimento della proprietà di attività finanziarie ai fini garanzia. Data la portata innovativa ed il contestuale rischio di violazione del divieto di patto commissorio *ex art.* 2744 c.c. (*id est* la nullità del patto col quale si stabilisce che, in caso di inadempimento, la proprietà della cosa pignorata od ipotecata passi al creditore), il successivo art. 6 del d. lgs. 170/2004, stabilendo al secondo comma che ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia non si applica l'art. 2744 c.c., riconosce espressamente validità ed efficacia a qualsiasi contratto di garanzia finanziaria che comporti il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.

*probationem*. A tal fine, la norma afferma che è necessaria e sufficiente la registrazione degli strumenti finanziari oggetto di garanzia sui conti degli intermediari finanziari ai sensi degli artt. 30 e ss. del d. lgs. 213/1998: questo rinvio al d. lgs. 213/1998, unitamente alla disciplina contenuta nel d. lgs. 170/2004, attribuiscono il carattere di rotatività<sup>86</sup> a questa garanzia mobiliare non possessoria.

Le forme di garanzia non possessoria analizzate finora, per quanto efficaci nel loro ambito di applicazione costituiscono, a causa dei limitanti presupposti di carattere soprattutto oggettivo, una tecnica normativa evolutiva di carattere prettamente settoriale e sporadico.

Se l'interprete giuridico volesse individuare nell'ordinamento italiano una norma sulla base della quale ipotizzare la costituzione di una garanzia priva dei limiti oggettivi che caratterizzano le casistiche di pegno non possessorio analizzate nel presente paragrafo potrebbe, almeno sul piano teorico, riferirsi all'art. 2784 comma 2 c.c. Tale norma, consentendo di costituire in pegno "*universalità di mobili*", rende possibile, almeno sul piano astratto, la configurazione di un pegno avente ad oggetto l'azienda nella sua totalità ed interezza, individuando una garanzia con presupposti applicativi oggettivi meno stringenti e, quindi, adottabile nei confronti di aziende operanti in qualsiasi settore merceologico.

Tuttavia, è opportuno rimarcare la validità prettamente teorica di quanto previsto dal suddetto art.: l'istituto è rimasto, infatti, praticamente inutilizzabile.

Non prevedendo tale art. la possibilità di costituire la garanzia sulla universalità di beni iscrivendola in pubblici registri<sup>87</sup> e, quindi, rimandando all'applicazione della disciplina ordinaria del pegno (il quale richiede, come già si è illustrato, lo

---

<sup>86</sup> La lettera g) del d. lgs. 170/2004 definisce la cosiddetta clausola di sostituzione come quella "*clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia*". Peraltro, la data di sostituzione del vincolo pignoratizio si considera identica a quella di costituzione originaria degli strumenti finanziari sostituiti o integrati: non producendosi alcun effetto novativo, tale sostituzione non potrà essere soggetta a revocatoria fallimentare ex artt... 66 e 67 della legge fallimentare. In questo senso, la disciplina è identica a quella prevista per il pegno non possessorio ex lege 119/2016.

<sup>87</sup> Il Registro delle Imprese è improntato al principio di tassatività: sono possibili solo le iscrizioni tassativamente elencate dall'art. 2188 comma 1.

spossessamento del debitore), ben si comprende come tale pegno debba ricadere sui singoli beni aziendali.

Rimangono perciò da espletare tutte le formalità previste per rendere opponibili i singoli rapporti di garanzia sui beni aziendali: nella maggior parte dei casi il debitore si trova a doversi spossessare di tali beni, facendo ricadere quindi questa tipologia di pegno nell'ordinario requisito della *traditio rei* caratterizzante il pegno codicistico.

Da quanto esposto finora, ben si comprende che tutte le ipotesi di pegno citate, benché rese ascrivibili alla categoria del pegno anomalo grazie all'assenza del requisito dello spossessamento, richiedono comunque l'individuazione dei beni oggetto di garanzia ai fini dell'opponibilità ai terzi.

### **1.2 – La garanzia “flottante” all’italiana: il privilegio *ex art. 46 t.u.b.***

Un'ulteriore tappa nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso l'ammodernamento delle garanzie mobiliari, è da individuarsi nell'art. 46 del Testo Unico Bancario<sup>88</sup>. L'art. 46 disciplina il privilegio bancario per i finanziamenti a medio-lungo termine alle imprese e si inserisce nella lunga serie di privilegi introdotti fin dagli anni Venti ad opera del Legislatore italiano.

Questa produzione normativa alluvionale in tema di privilegi, è la conseguenza del fatto che in Italia la mitigazione del principio della *par condicio creditorum* (art. 2740 c.c.) non era realizzabile mediante la costituzione di garanzie mobiliari non possessorie per opera dell'autonomia privata ma era riservata all'intervento legislativo il quale, per l'appunto, l'attuava mediante la continua introduzione di privilegi.

Nel dettaglio, l'art. 46 del t.u.b. prevedeva che qualunque finanziamento a medio-lungo termine erogato da banche a favore di imprese potesse essere assistito da una garanzia convenzionale non possessoria su beni mobili inerenti l'esercizio dell'impresa<sup>89</sup> che consta nel diritto di prelazione accordato alla banca finanziatrice.

---

<sup>88</sup> D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

<sup>89</sup> Il privilegio *ex art. 46 t.u.b.* può riguardare gli impianti e le opere esistenti e futuri, le concessioni e tutti i beni strumentali, le materie prime, i prodotti in corso di lavorazione, le scorte, i prodotti finiti, i frutti, il bestiame e le merci.

Dalla caratteristica di inerenza all'esercizio dell'impresa, si deduce che i beni ai quali il privilegio è rivolto sono per loro natura soggetti a trasformazione e lavorazione al punto che, secondo parte della dottrina, proprio da questa dinamicità del *collateral* discende la natura di garanzia fluttuante del privilegio e la sua vicinanza con l'istituto del *floating charge*.

Altra dottrina tuttavia non ha mancato di evidenziare i punti critici del privilegio *ex art. 46 t.u.b.*, che ne impediscono una totale equiparazione alla garanzia fluttuante tipica del *common law*. In primo luogo, occorre dar conto del fatto che un importante limite del privilegio si trova espresso al comma 2 dell'art. 46 t.u.b. il quale richiede che, a pena di nullità, nell'atto costitutivo della garanzia siano “*esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito*”<sup>90</sup>.

Da tale previsione normativa scaturisce l'onere di ripetere la formalità richiesta per l'opponibilità della garanzia ai terzi (ovvero l'iscrizione della medesima nel registro presso la cancelleria del Tribunale stabilita per la riserva di proprietà *ex art. 1524 comma 2 c.c.*<sup>91</sup>) ogni qual volta un nuovo bene faccia ingresso nel patrimonio aziendale<sup>92</sup>.

Altri elementi di debolezza del privilegio sono ravvisabili nel limitato numero di beni costituibili in garanzia (sono esclusi brevetti e marchi) e nella debole tutela del creditore in sede fallimentare: in assenza di espressa previsione, il creditore non può utilizzare la procedura semplificata di vendita dei beni *ex art. 53* della legge fallimentare.

Concludendo, possiamo affermare che la capacità del *floating charge* di fluttuare su tutto il patrimonio aziendale nel complesso prescindendo dal legarsi ad un singolo

---

<sup>90</sup> La necessaria indicazione del bene ha indebolito la natura rotativa del privilegio. Peraltro, il tenore della norma sul privilegio è più severo di quello dell'art 2787 comma 3 che, per il valido funzionamento della prelazione, richiede che nella scrittura costitutiva del pegno sia contenuta la “*sufficiente indicazione del credito e della cosa*”.

<sup>91</sup> L'art. 1524 è richiamato dall'art 46 comma 3 t.u.b.

<sup>92</sup> A questo proposito occorre notare che nella prassi, in seguito all'introduzione pegno non possessorio e nelle more dell'istituzione del Registro presso il quale esso dovrà essere iscritto, si sta diffondendo l'inserimento nel contratto istitutivo di privilegio della clausola in base alla quale il costituente si impegna a sottoscrivere un atto di pegno non possessorio *ex art. 1* legge n. 119/2016 in sostituzione del privilegio.

cespite è, *inter alia*<sup>93</sup>, un importante tratto distintivo dell'istituto inglese ed evidenzia la profonda differenza concettuale che intercorre tra di esso ed i tentativi della legislazione italiana di dotarsi di un modello simile di garanzia fluttuante, sia tramite il pegno sull'azienda che tramite il privilegio *ex art. 46 t.u.b.*

Non è però in dubbio che, seppur con diverse caratteristiche intrinseche e con differenti presupposti applicativi sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo, le forme di garanzia presentate nel corso di questa breve rassegna degli antecedenti normativi dell'attuale pegno non possessorio siano accomunate dal minimo comune denominatore di dare vita a ipotesi di pegno consensuale senza spossessamento.

Tuttavia, tali interventi normativi settoriali e sporadici, seppur adottati sulla scorta di buoni propositi, avevano portato ad una crescente frammentarietà della legislazione in materia di garanzie mobiliari. Proprio in questo attributo di "settorialità" delle prime forme di garanzia non possessoria, si avvertiva tutta la loro portata derogatoria e "speciale" rispetto a quelli che erano i requisiti e i canoni del tradizionale pegno codicistico: già alla fine del Novecento parte della dottrina italiana, auspica che tali interventi derogatori potessero evolvere verso una riforma più strutturale ed integrata delle garanzie<sup>94</sup>.

Del resto, anche il tentativo di creare una garanzia fluttuante tramite il privilegio bancario, a causa delle criticità che lo allontanavano da quella che può essere

---

<sup>93</sup> Sostanziali differenze tra il *floating charge* inglese ed il privilegio *ex art. 46 t.u.b.* sono riscontrabili anche nel fatto che l'istituto inglese non abbia limiti di carattere oggettivo (non è destinato, come invece è il privilegio, a garantire finanziamenti rispondenti al *criterio* dell'inerenza all'impresa) né soggettivo (a parte il requisito della personalità giuridica del debitore non sono previsti altri limiti). Inoltre, l'istituto del privilegio non consente modalità di esecuzione in autotutela da parte del creditore (autotutela ammessa, invece, per il beneficiario del *floating charge* il quale può sostituirsi agli amministratori dell'azienda tramite la nomina di un *receiver*); questo, anche in conformità con l'indirizzo dell'ordinamento italiano che tende a limitare le soluzioni di soddisfazione autonoma del creditore, per esempio tramite il divieto assoluto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*

<sup>94</sup> In questi termini vd. S. GATTI, *Il credito su pegno*, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 201 ss. il quale, dopo aver paventato il rischio di una eccessiva frammentazione della legislazione in materia di garanzie mobiliari e di una conseguente nascita di "microcosmi normativi", si augurava che la già dimostrata sensibilità del legislatore "non si perdesse ma si rafforzasse in futuro fino ad arrivare al punto di porre mano ad un generale processo di rinnovamento delle tecniche giuridiche in materia di garanzie".

considerata la più compiuta forma di garanzia fluttuante non possessoria, il *floating charge*, non aveva fornito una risposta del tutto soddisfacente al tentativo di rendere più dinamici i meccanismi di sicurezza del credito.

### **1.3 – Le soluzioni elaborate dall'autonomia negoziale**

Se, come si è illustrato in precedenza, il ruolo del Legislatore è stato centrale nello sviluppo di ipotesi speciali e settoriali di pegno non possessorio, un ulteriore contributo all'evoluzione dei diritti reali di garanzia mobiliari è stato apportato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in risposta ad alcune prassi che si stavano diffondendo nel corso degli anni Novanta tra gli operatori del credito ed i prenditori di finanziamento.

In particolare, la prassi commerciale si adopera al fine di superare la rigidità dell'impianto normativo del Codice Civile tramite l'elaborazione del pegno con patto di rotatività, una forma di garanzia non possessoria che, se riscuote fin da subito il favore della dottrina<sup>95</sup>(che la ammette senza alcuna riserva), non trova inizialmente il favore della giurisprudenza.

Sulla scorta del potere creativo che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata nella formazione dei contratti<sup>96</sup>, gli operatori economici e commerciali alla fine del secolo scorso iniziano ad inserire nei contratti costitutivi di pegno la cosiddetta "clausola di rotatività". In base ad essa, l'oggetto del pegno poteva essere sostituito nel tempo senza che ciò rendesse necessaria la novazione della garanzia<sup>97</sup>.

È indubbio che ciò costituisce un efficace metodo di superamento dello stringente requisito dello spossessamento; tuttavia, in questo tipo di garanzia rotativa,

---

<sup>95</sup> Vd. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, pp. 181 ss.; altra dottrina non mancò tuttavia di considerare invalidi i patti di rotatività della garanzia (vd. GORLA, ZANELLI, *Del pegno-Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1992, pp. 35 ss). Alcuni autori affermarono che il patto di rotatività della garanzia era efficace solo tra le parti ma non era opponibile ai terzi (cfr. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo – in attesa di spiegazioni...*, in "Rivista del notariato", 2000, pp. 1464 ss.)

<sup>96</sup> Per una trattazione completa al riguardo cfr. E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Edizioni scientifiche italiane, 1998, pp. 22 ss.

<sup>97</sup> Rimanendo quindi al di fuori dell'ambito di applicazione della revocatoria *ex art. 66 e 67* della Legge fallimentare.

l'elemento peculiare non risiede tanto nell'assenza dello spossessamento quanto nella data della prelazione. Quest'ultima, infatti, decorre dalla data di iniziale costituzione del pegno anche in riferimento ai beni che siano entrati solo successivamente nel patrimonio del debitore e si siano sostituiti a quelli originariamente oggetto di pegno.

L'inserimento della clausola contenente il patto di rotatività nei contratti, consentendo di aggirare i principi di specialità e spossessamento, costituisce un primo tentativo di superamento del requisito dell'esatta individuazione ed immutabilità dell'oggetto originario del vincolo di pegno<sup>98</sup>.

Come già detto, questo tipo di garanzia rotativa non è inizialmente accolta con favore dalla giurisprudenza: solo alla fine degli anni Novanta, dopo ad una lunga serie di pronunce giurisprudenziali sfavorevoli, si assiste al brusco *revirement* della giurisprudenza<sup>99</sup> di legittimità il quale ammette definitivamente la validità del pegno rotativo.

Altri sforzi finalizzati ad ovviare ai rigidi canoni codicistici del pegno sono rivolti all'elaborazione di formule convenzionali che valorizzassero la finalità di garanzia insita in alcune operazioni economiche, anche quando la loro qualificazione giuridica non era quella del pegno.

Tra i diversi espedienti giuridici che, pur senza la forma del pegno, realizzavano comunque (anche senza lo spossessamento del debitore) una finalità di garanzia reale, nella prassi assumono particolare rilievo la vendita con riserva di proprietà ed il *leasing*.

Nella vendita con riserva di proprietà la finalità di garanzia si raggiunge tramite l'inserimento di una clausola che subordinava il trasferimento della proprietà dal

---

<sup>98</sup> Cfr., su questo punto, E. GABRIELLI, *Forma e realtà nel diritto italiano delle garanzie reali*, in "Rivista di diritto civile", 2012, II, 450.

<sup>99</sup> La prima decisione favorevole della giurisprudenza di legittimità fu Cass., 28 maggio 1998, n. 5264. In tale sentenza la Suprema Corte sostiene che "è valido ed efficace il pegno rotativo che ricorre quando nel negozio costitutivo della garanzia le parti, salvaguardando la continuità del rapporto, con apposite convenzioni (c.d. patto di rotatività), prevedono la sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto del vincolo". Seguirono ulteriori sentenze della Cassazione aventi il medesimo tenore tra le quali, a titolo d'esempio: Cass, 27 settembre 1999, n. 10685; Cass., 5 marzo 2004, n. 4520.

venditore all'acquirente al pagamento integrale del prezzo da parte di quest'ultimo. La sostanziale ed intrinseca natura di garanzia risiedeva nel potere del venditore di riavere il bene nel caso in cui l'acquirente non pagasse per intero il prezzo (e, quindi, si configurasse una risoluzione del contratto per inadempimento dell'acquirente); d'altro canto, la caratteristica dell'assenza di spossessamento si esplicava nella possibilità del compratore, nelle more del pagamento integrale, di godere del bene "acquistato".

Tuttavia, è proprio in riferimento al godimento del bene acquistato dal debitore-acquirente che emergono i profili di criticità dell'istituto in oggetto: dal fatto che il bene acquistato si trovi nella disponibilità dell'acquirente deriva, dal punto di vista teorico, la possibilità di estendere la garanzia in questione ai prodotti derivanti dalla trasformazione del bene oggetto di garanzia-acquisto e, proprio in questa possibilità risiederebbe l'effettiva funzione di questo schema contrattuale, ovvero quella di costituire una garanzia reale senza possesso.

Autorevole dottrina non ha mancato però di evidenziare come l'ambito di operatività della vendita con riserva di proprietà sia, in realtà, limitato alla mera riserva di proprietà in capo al venditore e come all'acquirente-debitore sia precluso di disporre e trasformare i beni soggetti a riserva di proprietà<sup>100</sup>.

Il contratto atipico del leasing è, anch'esso, piegato alle esigenze di sicurezza del credito: questo negozio giuridico, abbinando i caratteri della locazione a quelli della compravendita, consente al creditore di mantenere la proprietà del bene (almeno fino a quando il debitore decide di avvalersi del diritto di acquistare il bene al canone prestabilito), mentre il debitore ne può detenere il possesso pagando il canone dovuto. La funzione di garanzia è ravvisabile proprio nel fatto che la proprietà del bene oggetto del rapporto rimane in capo al soggetto concedente. In questo senso, il

---

<sup>100</sup> In questo senso si veda E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in "Rivista critica di diritto privato", 1995, p. 662; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in "Contratto e impresa", 1, 1997, p. 163 ss.

leasing svolge sostanzialmente una funzione di garanzia sovrapponibile, almeno in parte, a quella di un pegno non possessorio<sup>101</sup>.

Ulteriore figura contrattuale elaborata dall'autonomia negoziale è quella dell'alienazione in funzione di garanzia.

Lo schema di questo contratto prevede un'operazione negoziale con la quale le parti, inserendo in esso dei patti accessori (per esempio in forma di clausola), piegano l'alienazione, negozio tipicamente dotato di funzione di scambio, al diverso fine della garanzia del credito: il debitore cede un proprio bene al suo creditore, con l'accordo che quest'ultimo ne diverrà definitivamente proprietario nel caso di inadempimento del primo.

Nonostante il nobile scopo di raggiungere una finalità di sicurezza del credito, questo tipo di negozio giuridico merita di essere approfondito in quanto la giurisprudenza ha fatto emergere che lo stesso, talvolta, si collocava al confine tra lecito e illecito. Se è vero, infatti, che tramite questo schema contrattuale l'autonomia dei privati ha elaborato un'ulteriore modalità per garantire i finanziamenti senza che si rendesse necessario lo spossessamento del debitore, è altrettanto vero che questa modalità non è risultata essere priva di profili critici.

Tra questi, il principale<sup>102</sup> e più discusso in dottrina è sicuramente la riconducibilità e la quasi totale sovrapponibilità dell'alienazione con funzione di garanzia al patto commissorio, esplicitamente vietato dall'art. 2744 c.c.<sup>103</sup> del nostro ordinamento<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Il *leasing* compare anche in un ulteriore schema contrattuale con finalità di garanzia: il *sale and lease-back*. In questa variante un soggetto aliena il bene oggetto di garanzia ad un secondo soggetto il quale, divenutone proprietario, lo concede contestualmente in *leasing* al primo soggetto. Quest'ultimo, così facendo, da un lato ottiene liquidità dalla vendita e, dall'altro, non perde la disponibilità del bene e può continuare ad utilizzarlo nel processo produttivo. La società di *leasing* che acquista il bene, ottenendo la proprietà dello stesso, realizza in questo modo una sorta di garanzia preventiva, a copertura di un eventuale futuro inadempimento del soggetto alienante.

<sup>102</sup> Ulteriori criticità affrontate dalla dottrina riguardano l'impossibilità di realizzare nel nostro ordinamento una proprietà temporanea quale è quella che si realizza tramite l'alienazione a scopo di garanzia e la difficoltà di ammettere che la mera causa di garanzia possa sorreggere un effetto traslativo reale.

<sup>103</sup> L'art. 2744 c.c. è rubricato "*Divieto del patto commissorio*" e dispone che "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. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno."

Al *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia appartengono svariate figure negoziali le quali sono state oggetto di ampi dibattiti sia dottrinali che giurisprudenziali. Di questi ultimi, non è possibile, in questa sede, effettuare una trattazione completa ma ci si limita a rilevare che l'indirizzo prevalente delle Corti italiane, a partire dalla nota sentenza della cassazione, 3 giugno 1983, n. 3800, è stato quello di giudicare nulle per violazione del divieto di patto commissorio le alienazioni a scopo di garanzia.

Uniche eccezioni ammesse dalla giurisprudenza sono state quelle alienazioni cui accedeva il patto marciano<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Anche negli altri ordinamenti europei influenzati dal diritto di stampo napoleonico (Francia, Belgio, Spagna) il trasferimento fiduciario a scopo di garanzia non trova cittadinanza per il rischio di violazione del divieto di patto commissorio.

<sup>105</sup> Con il patto marciano le parti convengono che la proprietà della cosa data in garanzia si trasferisca, in caso di inadempimento del debitore, al creditore previa stima del terzo da eseguirsi al momento dell'inadempimento stesso e unitamente all'obbligo in capo al creditore di restituire al debitore eventuali eccedenze tra il valore stimato e l'importo del credito garantito. Proprio la presenza del patto marciano rendeva possibile operare un controllo di proporzionalità tra i diritti del creditore e la tutela del debitore, controllo che consente a una forma negoziale anomala (quale è l'alienazione con scopo di garanzia) di realizzare lo scopo tipico della garanzia reale. In questi termini G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie mobiliari*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Giuffrè, 2005.

## **CAP. 3 – L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA GIURIDICA DEL PEGNO E I FONDAMENTI DELLA RIFORMA**

### **1 - I fondamenti gius-economici della riforma**

Negli ordinamenti giuridici delle moderne economie globalizzate, i diritti reali di garanzia hanno, dal punto di vista economico, un ruolo fondamentale.

Lo sviluppo delle imprese impone infatti di far ricorso al credito, sia nella forma di erogazione di finanziamenti da parte di banche o società finanziarie, che nella forma di dilazione di pagamento del prezzo da parte dei fornitori di merci o materie prime.

L'esigenza di offrire garanzie affidabili al finanziatore si scontra con la circostanza che normalmente i beni oggetto di garanzia sono necessari allo svolgimento dell'attività di impresa e che spesso si tratta di una categoria di beni soggetta a variazioni (per esempio le merci in magazzino): da qui l'interesse per sistemi di garanzia che non implicino lo spossessamento del debitore e che consentano l'estensione della garanzia a beni che entreranno nel patrimonio del debitore in un momento successivo rispetto a quello della stipulazione dell'accordo di garanzia.

Questo ragionamento assume ancor più rilevanza se rivolgiamo l'attenzione all'economia di Paesi che, come l'Italia, hanno un tessuto industriale basato sulla piccola e media impresa.

La necessità di attingere al credito, infatti, è connaturata alla struttura finanziaria delle piccole e medie imprese le quali, non disponendo sempre della sufficiente quantità di liquidità, hanno spesso uno scarso equilibrio monetario e devono quindi concedere adeguate garanzie al fine di accedere al credito.

In questo senso, gli obiettivi di migliorare l'accesso ai finanziamenti per le imprese nonché di eliminare gli ostacoli agli investimenti transfrontalieri in Italia, sono stati i presupposti che, seguendo il modello delle riforme già attuate da diversi anni in altri Paesi, hanno condotto alla recente (parziale) riforma delle garanzie mobiliari.

Già da molti anni la dottrina<sup>106</sup> segnala l'esigenza di riformare in modo organico il diritto nazionale delle garanzie mobiliari e numerosi studi e rapporti internazionali osservano come gli ostacoli più incisivi all'efficienza del sistema di finanziamento delle imprese e, dunque, fattori frenanti per lo sviluppo dell'economia, siano rappresentati proprio dalla rigidità e dalla frammentarietà di tale disciplina giuridica. La centralità delle garanzie reali deriva dal fatto che esse sono un “anello essenziale” del sistema finanziario: la loro limitata fluidità e flessibilità ha impedito al mercato nazionale italiano di essere efficiente e competitivo nei confronti degli altri Paesi. Ciò è ancor più evidente se si considera che durante la recente crisi finanziaria la richiesta di garanzie reali è aumentata, in risposta all'esigenza di finanziamenti più sicuri proveniente dai mercati finanziari.

Le garanzie sono infatti degli strumenti giuridici che permettono di mitigare il rischio di credito consentendo al creditore di essere soddisfatto con precedenza in caso di fallimento del debitore: al crescere della rischiosità del prenditore del finanziamento, aumenta proporzionalmente la richiesta di garanzie.

Se alla funzione di mitigazione del rischio di default, si aggiunge la possibilità che le garanzie reali possano essere non-possessorie, si comprende come esse rappresentino anche uno strumento che consenta al debitore di non perdere il possesso dei beni oggetto di garanzia e, quindi, di proseguire la produzione aziendale. Ne segue che la funzione primaria delle transazioni assistite da garanzie non possessorie è quella di dar modo al creditore di gestire e mitigare il rischio di credito senza però limitare la capacità produttiva del debitore.

In secondo luogo, possiamo affermare che un ulteriore fondamento economico della riforma che ha introdotto il pegno non possessorio è stato la riduzione dei costi dell'accesso al credito ed ha operato sotto un duplice aspetto.

Innanzitutto, occorre precisare che le asimmetrie informative proprie del rapporto creditore-debitore sono da considerarsi come ostacoli alla trasparenza delle

---

<sup>106</sup> Per una disamina completa dell'argomento si veda *The Future of Secured Credit in Europe*, in “European Company and Financial Law Review vol. 2”, Berlin, 2008, 3 ss.; in riferimento alla necessità di riforma delle garanzie in Italia si veda A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Milano, 2000.

transazioni finanziarie e, come tali, innalzano il livello dei costi dei finanziamenti stessi. Pur ipotizzando che i prestatori di finanziamento nelle moderne economie potessero disporre di dati sul merito creditizio dei debitori, le informazioni circa le probabilità di un totale adempimento del debitore non potranno mai essere complete: anche quando il merito creditizio del debitore al momento della conclusione del contratto di finanziamento fosse conosciuto per certo, rimarrebbero comunque il rischio di default del debitore stesso e l'incertezza sulla totale soddisfazione del creditore in un'eventuale procedura fallimentare.

A maggior ragione, non trovandoci in tale ipotetica situazione di assenza di asimmetrie informative, l'esigenza del creditore di ricevere un *collateral* a garanzia del credito erogato è ancor più sentita.

Le asimmetrie informative rappresentano un fallimento del mercato che impedisce il corretto funzionamento delle transazioni finanziarie garantite, in particolare quando le garanzie sono costituite da beni mobili o immateriali: i costi di transazione derivanti dall'acquisizione di sufficienti informazioni possono costituire un ostacolo al raggiungimento di un accordo tra creditore e debitore.

È per questo che per limitare la loro esposizione al rischio di default del debitore, i creditori devono indagare sulla posizione finanziaria del debitore e sull'esistenza o meno di altre e precedenti garanzie sul patrimonio dello stesso.

Questo reperimento informativo comporta un dispendio di risorse, che si riverbera poi sul costo del credito come componente del tasso di interesse.

Una volta chiarito quale sia l'impatto dei costi informativi sui costi del credito, è lecito affermare che il Decreto Banche, tramite l'istituzione del Registro informatizzato dei pegni non possessori, abbia compiuto un importante passo avanti nel tentativo di colmare il gap informativo esistente nel mercato del credito: il formato informatico e la pubblicità di tale registro lo rendono accessibile a chiunque con facilità.

Attraverso questo strumento il creditore potrà meglio informarsi in merito alla solvibilità del proprio debitore: è legittimo attendersi una diminuzione dei costi informativi e, quindi, anche dei tassi di finanziamento.

Una seconda motivazione alla base dell'attesa riduzione dei costi dei finanziamenti in seguito all'introduzione del pegno non possessorio, risiede nella maggiore probabilità che il creditore possa ricevere, in via privilegiata, la restituzione del prestito erogato nel caso in cui si verifichi l'insolvenza del debitore.

Questo, se vale in via generale per qualsiasi tipo di garanzia prestata dal debitore, è ancor più vero in riferimento al pegno non possessorio in quanto, stante la mancanza di spossessamento del debitore, è legittimo attendersi una maggiore disponibilità di quest'ultimo nel concedere un proprio *collateral* a garanzia di un finanziamento.

Per questi motivi il creditore dovrebbe essere indotto ad applicare un minor tasso di interesse o, comunque, ad erogare il credito più facilmente.

Da quanto esposto nel presente paragrafo si evince che la riforma effettuata con il Decreto banche ha alla base l'intento di contenere i costi dell'accesso ai finanziamenti da parte delle imprese, ed ha il fine ultimo di incrementare la quantità di credito a basso costo<sup>107</sup> e, quindi, la quantità di capitale da utilizzare nei processi produttivi.

Accanto a queste considerazioni di carattere economico devono esserne formulate altre di taglio più specifico. La disciplina pregressa delle garanzie mobiliari, a causa del requisito dello spossessamento per la costituzione del pegno, finiva con il restringere il novero di beni concedibili in garanzia: i beni futuri, per i quali la consegna è fisiologicamente preclusa, erano esclusi.

---

<sup>107</sup> Di opinione contraria è G.G. CASTELLANO, *The new Italian law for non-possessory pledges: a critical assessment*, in "Butterworths Journal of International Banking and Financial Law", October 2016, pp. 542-544 il quale afferma che l'intervento del Legislatore volto a facilitare e stimolare il settore bancario potrebbe addirittura avere l'effetto contrario di incentivare lo sviluppo di un settore del mercato del credito non regolato o, quantomeno, scarsamente regolato. Infatti, data la flessibilità del pegno non possessorio (può essere creato da qualsiasi imprenditore e può assistere sia i finanziamenti a breve che a lungo periodo), questo diritto di garanzia potrebbe essere di particolare interesse per intermediari del credito non bancari, quali società di leasing e di factoring. Questi intermediari finanziari potrebbero essere incentivati a concedere finanziamenti ai prenditori ritenuti troppo rischiosi dalle banche. Tuttavia, non essendo le società di leasing e factoring autorizzate a effettuare l'attività bancaria di raccolta, devono sopportare costi elevati per finanziarsi e, quindi, applicano tassi più elevati di quelli bancari. L'accesso ai prestiti garantiti risulterebbe quindi ampliato ma il costo totale del credito non si ridurrebbe.

Ne derivava un effetto negativo in relazione all'operatività della clausola omnibus: fintanto che i beni nuovi e ulteriori rispetto a quelli originariamente costituiti in garanzia non entravano nella disponibilità della banca, la prelazione non poteva operare. Quindi, qualora fossero stanziati a garanzia beni destinati a trasformazione, era determinante individuare se il vincolo riguardasse un bene già esistente (per es. una coscia di prosciutto fresca) o un bene futuro (per es. una coscia di prosciutto stagionata). In quest'ultimo caso, infatti, il credito in questione era chirografario fino a che il prodotto finale non veniva ad esistenza, con tutto ciò che ne conseguiva in caso di eventuale fallimento del debitore.

Il Decreto Banche ha agito su tale profilo, ammettendo esplicitamente l'impiego di *asset* futuri con funzione di pegno.

Da ultimo, nell'elaborazione del pegno non possessorio ha assunto particolare rilevanza economica il disegno delle modalità di *enforcement*.

A questo proposito, l'introduzione di modalità di esecuzione in autotutela e di regole idonee ad assicurare una celere escussione del bene sul quale insiste la garanzia, ha permesso di ridurre il rischio che esso si deteriori medio tempore e di aumentarne il potenziale valore di realizzo.

Questo, oltre ad aver consentito di superare le criticità della tutela del creditore sopraccitate, ha permesso di incrementare l'ammontare massimo di finanziamenti ottenibili, poiché il valore del *collateral*, rappresentato dal prodotto lavorato, è più elevato di quello della materia prima.

## **2 – Il pegno non possessorio: da eccezione a nuovo istituto di diritto comune**

Nei precedenti paragrafi si è avuto modo di illustrare come in altri sistemi giuridici, il problema del necessario ammodernamento delle garanzie mobiliari sia stato maggiormente avvertito rispetto a quanto è accaduto in Italia.

Infatti, mentre in Italia la dottrina rimaneva ancorata alle discussioni attorno al possesso quale requisito fondamentale del pegno e il legislatore si limitava ad interventi di natura episodica, gli ordinamenti di Paesi quali, come già citato in precedenza, Francia e Germania, avevano già subito un rinnovamento delle garanzie mobiliari di carattere sistematico che ha favorito la dinamicità dell'economia.

Dato che lo spossessamento quale requisito fondamentale del pegno tradizionale pare essere stato l'elemento che più di tutti ha causato l'anchilosi del sistema italiano delle garanzie, è opportuno presentarne i profili dogmatici ed evolutivi.

Fino all'introduzione del nuovo pegno mobiliare non possessorio avvenuta con il Decreto Banche nel 2016, il sistema italiano delle garanzie reali disciplinate dal Codice Civile prevedeva esclusivamente il pegno e l'ipoteca.

Il primo si distingue dall'ipoteca per l'oggetto vincolato: mentre il pegno è costituibile esclusivamente su beni mobili non registrati, crediti o altri diritti, l'ipoteca insiste sui beni immobili.

L'istituto del pegno è disciplinato dal legislatore nell'ambito della materia della responsabilità patrimoniale del debitore per le proprie obbligazioni, nonché ai fini delle cause legittime di prelazione del creditore: da questa collocazione della disciplina del pegno si può ricavare l'intento del legislatore di individuare in questo istituto un mezzo di tutela del credito.

L'elemento di raccordo tra i vari istituti disciplinati nel Titolo III del Libro VI del Codice Civile è, per l'appunto, la funzione di garanzia dell'obbligazione.

## **2.1 - Lo spossessamento come indice di un'economia statica e ingessata**

La disciplina italiana del pegno, fino all'introduzione della nuova garanzia reale non possessoria, era sostanzialmente ferma al modello ottocentesco delle garanzie cristallizzatosi nel Codice Civile napoleonico, e si è tradizionalmente articolata intorno a tre principi fondamentali: a) la specialità della garanzia e il conseguente divieto di costituire una garanzia su beni non determinati o per crediti non distintamente indicati nell'atto di costituzione; b) il divieto del patto commissorio; c) l'obbligo per il debitore di consegnare l'oggetto della garanzia al creditore (c.d. spossessamento).

Proprio la *traditio* del bene oggetto di pegno ha costituito un vero e proprio dogma per la dottrina italiana, secondo la quale la trasmissione possessoria da debitore a

creditore pignoratizio rispondeva ad una triplice funzione: coercitiva, di pubblicità e di assicurazione dell'eventuale esercizio dello *ius distrahendi*<sup>108</sup>.

Infatti, il pegno ha tradizionalmente avuto ad oggetto beni di facile distruzione, consumazione o occultazione, per cui la consegna del bene al creditore era volta a controllare il rischio che comportava, per il creditore, il possesso in capo al debitore. La consegna al creditore, oltre a consentire a quest'ultimo di conservare il bene sottoposto a garanzia proteggendolo da eventuali occultazioni o danneggiamenti ad opera del concedente, è finalizzata ad evitare che, con riferimento a possibili terzi acquirenti, il bene sottoposto a pegno appaia di libera disponibilità del concedente. Il diritto di ritenzione del bene ottenuto in garanzia consente inoltre al creditore di recuperare il proprio credito.

Da quanto detto si comprende come la *traditio rei* sia sempre stata intesa quale fondamentale mezzo per assicurare la realizzabilità del valore del bene oggetto di garanzia<sup>109</sup>.

Fino a prima dell'emanazione del Decreto Banche, l'impianto codicistico risalente alla prima metà del secolo scorso, mai adeguato alle esigenze dei traffici moderni e globalizzati, soffriva per l'elevata rigidità e per il malfunzionamento del regime delle garanzie. Infatti, tra i caratteri del pegno codicistico presentati nel paragrafo precedente, quello dello spossessamento del debitore/concedente, "congelando" i beni facenti parte del patrimonio del debitore ovvero sottraendoli alla circolazione ed emarginandoli dall'attività economica, era indice di un'economia essenzialmente statica o per lo meno estremamente lenta.

Il ricorso alla consegna del bene oggetto di pegno si giustificava pertanto solo in un

---

<sup>108</sup>A rafforzare l'importanza in dottrina dello spossessamento, si è addirittura affermato che senza di esso non sussisterebbe pegno, ma soltanto un diritto personale verso il concedente a ottenere o a recuperare il possesso, per costituire il pegno. Con la conseguenza che fino a che il costituente continua a possedere il bene vincolato ovvero nel momento in cui ritorna nel suo possesso, gli altri creditori, pur sapendo dell'esistenza del titolo idoneo alla costituzione del pegno, possono pignorare la cosa come libera. In questa ricostruzione, lo spossessamento ha finalità pubblicitarie costitutive.

<sup>109</sup> Si consideri anche che, dal punto di vista genetico, la necessaria consegna del bene rende il pegno un contratto reale che, quindi, si perfeziona solo con la consegna della cosa. Quest'interpretazione muove dal tenore letterale dell'art. 2786 del c.c., che individua il momento costitutivo del pegno nella consegna della cosa.

arcaico contesto sociale ed economico, statico e chiuso.

Risultava molto complesso, se non impossibile, apprezzarne il ruolo nelle moderne condizioni economico sociali e in relazione alle esigenze di dinamicità e celerità della economia globalizzata.

Per questi motivi, un mercato del credito nel quale le garanzie mobiliari erano solo di carattere possessorio, rappresentava la forma meno evoluta dell'economia creditizia, in quanto presupponeva la necessaria immobilizzazione di una parte della ricchezza degli operatori economici.

Altro aspetto che ha deposto a favore del superamento dello spossessamento è stata una riflessione in merito all'effettiva funzione dello spossessamento: la dottrina ha appurato che lo spossessamento non era un elemento coesistente alla funzione di garanzia, ma rappresentava semplicemente il presupposto dell'attuazione della prelazione in capo al creditore pignoratizio rispetto a quelli chirografari.

## **2.2 – Cenni all'evoluzione storica della componente possessoria**

Il fatto che il Legislatore del 1942 non abbia tenuto conto delle indicazioni già allora provenienti dal sistema economico ed abbia ribadito che il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità (art. 2786, comma 1 c.c.), è indice del ritardo con il quale l'ordinamento giuridico italiano si è mosso verso il rinnovamento delle garanzie reali. Al contrario di altri Paesi, in Italia, fino almeno agli anni Ottanta del secolo scorso, era assente un sistema delle garanzie senza spossessamento<sup>110</sup>.

Volendo approcciarsi al tema con uno sguardo all'evoluzione storica, possiamo riscontrare un primo esempio di garanzia non possessoria nel diritto romano del *Corpus Iuris Civilis* dove il *pignus* si aggiungeva alla *hypotheca*, la quale permetteva di costituire un vincolo di garanzia su di un bene senza che il concedente se ne spossessasse. Tuttavia, la mancanza di un ufficiale Registro pubblico che

---

<sup>110</sup> L'unica vera, ma limitatissima concessione all'esigenza del debitore di disporre materialmente del bene gravato la si trova nell'art. 1849 c.c., in tema di anticipazione bancaria, in virtù del quale l'anticipato, previo rimborso proporzionale della somma dovuta, può ritirare anche solo una parte delle merci date in garanzia, in deroga all'art. 2799 c.c.

avesse valore di pubblicità del diritto di proprietà in tale sistema giuridico, rendeva l'hypotheca una forma di garanzia non possessoria alquanto rischiosa e incerta.

Come reazione all'incertezza che caratterizzava il diritto romano, i successivi sviluppi in Europa continentale hanno portato al nascere di due caratteristiche del diritto delle garanzie reali, le quali furono poi assorbite dalle codificazioni del 1800.

In primo luogo, i diritti di garanzia non possessori su beni mobili erano stati esclusi dalle codificazioni del diciannovesimo secolo e, quindi, il requisito dello spossessamento rimaneva ancora vigente all'epoca. Inoltre, nessun ordinamento continentale ammetteva un modello di garanzia "universale" che riguardasse tutto il patrimonio del debitore senza comportarne lo spossessamento: si ammettevano solo garanzie aventi ad oggetto un singolo bene.

Tuttavia, ben presto l'impianto normativo dei diritti reali di garanzia fece avvertire tutta la sua inadeguatezza.

Le prime perplessità in ordine all'efficacia dello spossessamento a soddisfare le esigenze legate alla costituzione della garanzia sono assai risalenti nel tempo: già all'epoca del Codice del Commercio del 1882, 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.

Il settore agricolo<sup>111</sup> è stato il primo ambito nel quale si è avvertito che lo spossessamento contrastava anche con l'interesse del creditore, sul quale impattava la diminuzione della capacità produttiva del debitore, finendo in ultima analisi per colpire l'economia in genere, per la quale il bene impegnato diviene un bene morto.

E' da evidenziare però che se lo spossessamento del debitore era avvertito come un limite per l'economia agricola, ben si può immaginare come anche l'economia industriale di fine Ottocento e inizio Novecento sia difficilmente riuscita a tollerare le pesantezze imposte dalla perdita, da parte del debitore concedente la garanzia, della facoltà di utilizzare e disporre della cosa.

---

<sup>111</sup> L'esigenza di superare lo spossessamento si pone per prima nel settore del credito agrario per non privare l'agricoltore del possesso e quindi dell'uso delle scorte vive e morte, perché questo avrebbe significato disarticolare l'azienda agraria.

Nel solco di questa inadeguatezza delle garanzie mobiliari italiane, una parte della dottrina tentò di fornire una risposta alla crescente esigenza di rinnovamento facendo leva sulla lettera del Codice Civile del 1942<sup>112</sup>.

Alla base di questa dottrina vi era l'idea che la funzione di garanzia nel pegno "può", ma non "deve", necessariamente essere attuata mediante lo spossessamento della disponibilità materiale dei beni del debitore.

Gli esponenti di questa corrente dottrinale hanno proposto, negli anni '50 e '60, tecniche di realizzazione della garanzia che, senza attuare uno spossessamento totale del debitore, erano comunque in grado di privare il debitore del potere dispositivo sui beni offerti in garanzia: si trattava in sostanza di ipotesi nelle quali l'effetto che conseguiva allo spossessamento materiale del debitore si produceva pur in assenza di una concreta totale privazione della disponibilità del bene dalle mani del debitore. In altri termini, in queste forme di garanzia, lo spossessamento risultava essere attenuato<sup>113</sup>.

Una delle principali tecniche utilizzate per raggiungere l'attenuazione dello spossessamento del debitore, è stata quella del pegno mediante compossesso, nella quale il datore della garanzia rende il creditore pignoratizio partecipe del possesso, divenendo così, da possessore, compossessore<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> L'art. 2786 c.c. non vieta che il debitore utilizzi il bene oggetto di pegno, ma solo che lo utilizzi a propria discrezione e senza la cooperazione del creditore: in sostanza, ciò che deve essere assicurato, è che il debitore non compia atti di disposizione del bene e non leda l'interesse del creditore a conseguire le utilità connesse al proprio diritto. Infatti, ai modi classici di costituzione del pegno di cosa, il Legislatore del 1942 ha aggiunto, probabilmente ispirandosi all'art. 1206 del c.c. germanico, quello che consiste nel porre la cosa, o il documento, in custodia di entrambe le parti, in modo che il costituente sia nell'impossibilità di disporne, senza la cooperazione del creditore.

<sup>113</sup> Per alcuni riferimenti dottrinali in merito alle modalità di costituzione di forme di pegno nelle quali lo spossessamento risultava attenuato cfr. *inter alia*: G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, Giuffrè, 1963; F. MESSINEO, *Costituzione di pegno mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore e suoi effetti*, in "Banca Borsa Titoli di Credito", 1, 1949, p. 305.

<sup>114</sup> Al riguardo di ciò, la comunione di possesso non si stabilisce a pari titolo fra creditore pignoratizio e debitore oppignorante, in quanto il secondo possiede una cosa propria e non può possederla se non a titolo di proprietà, sebbene abbia concesso la cosa in pegno, laddove il creditore pignoratizio possiede *nomine proprio* a titolo di pegno, ma è in pari tempo detentore della cosa oppignorata, poiché non disconosce il *pozio* diritto di proprietà del datore del pegno. Si ha in questo modo quella che può chiamarsi una comunione di possesso di diritti

L'attenuazione dello spossessamento fa sì che il datore di pegno si trovi nell'impossibilità di disporre della cosa senza la cooperazione del creditore.

Ciò può avvenire in diversi modi: talvolta mediante il deposito in un magazzino, la cui porta viene munita di due serrature e di due chiavi<sup>115</sup>; in altri casi mediante il deposito della cosa in una cassetta di sicurezza, presso una banca, intestata a entrambe le parti e con il patto che l'apertura della cassetta debba aver luogo con la contemporanea presenza del debitore e del creditore.

Sulla stessa linea si collocava la figura della *Raumsicherungsvertrag* elaborata dalla prassi tedesca: con essa le parti del rapporto obbligatorio si accordavano al fine di delimitare uno spazio di pertinenza del debitore (ad esempio in un magazzino) e pattuivano che tutto il materiale ivi depositato fosse costituito a garanzia del credito. Il debitore conservava le chiavi del locale, e poteva prelevare i quantitativi di merce che gli occorreavano per proseguire l'attività aziendale. Egli era tuttavia obbligato a reintegrare le scorte cosicché il valore della garanzia rimanesse costante, pur nel variare dell'oggetto.

Il medesimo risultato era raggiunto attribuendo la custodia di un determinato bene al direttore dello stabilimento in cui si trova il bene medesimo, direttore che dovrebbe custodirlo nell'interesse del creditore e sotto la propria responsabilità.

Una simile custodia, tuttavia, non impedisce che il bene sottoposto a pegno venga utilizzato dal debitore, posto che tale utilizzo sarebbe effettuato con modalità accettate dal creditore stesso e sotto la supervisione del custode nominato dal medesimo: la suddetta soluzione si ritrova ad esempio nella c.d. "clausola di lavorazione" ritenuta ammissibile nell'ambito di un pegno rotativo.

---

eterogenei, la quale costituisce una figura poliedrica, per l'insieme degli elementi diversi che vi confluiscono.

<sup>115</sup> La custodia in comune viene posta in essere, nelle anticipazioni bancarie, per le merci che, occupando molto spazio o essendo contenute in speciali recipienti o magazzini, difficilmente potrebbero essere trasportate dai locali in cui le ha poste il cliente, senza forti spese e senza far correre ad esse il pericolo di deteriorarsi. Tuttavia, la banca consente normalmente la continuazione di determinate attività del cliente, soprattutto per quanto concerne le operazioni necessarie per conservare il prodotto, nonché per sottoporlo a determinati trattamenti. L'istituto di credito *de quo* inoltre, suole permettere al debitore di fare tutte le verifiche che egli ritenga necessarie, di estrarre campioni della merce o di farla visitare da chi desideri acquistarla.

Dalle illustrate tecniche di attenuazione dello spossessamento alle quali si è fatto riferimento nel presente paragrafo, emerge come la svalutazione dello spossessamento da requisito coesistente del pegno a mero espediente tecnico e la sua sperimentata sostituibilità con procedure diverse hanno rappresentato, fino all'emanazione del Decreto Banche, i segni più evidenti del tentativo di adeguare il tradizionale istituto civilistico alle mutate esigenze della pratica.

Le criticità insite nel pegno codicistico e derivanti dal requisito dello spossessamento, hanno progressivamente portato questo diritto reale di garanzia a perdere le sue peculiarità fino al punto in cui, con la recente legge 119/2016, è stata introdotta una nuova forma di pegno che prescinde totalmente dallo spossessamento del debitore.

## **CAP. 4 – La disciplina del pegno *ex lege* n. 119/2016**

### **1 – I presupposti applicativi del pegno non possessorio**

#### **1.1 – Ambito soggettivo di applicazione**

L'art. 1 della legge n. 119/2016 di conversione del Decreto Banche contiene la disciplina dettagliata del nuovo pegno mobiliare non possessorio così come modificata dalla legge stessa, la quale ha apportato alcune integrazioni alla originaria versione del Decreto Banche.

Al comma 1 è contenuta la disciplina dei soggetti che possono costituire questo nuovo diritto reale di garanzia volto in sostanza a conservare le potenzialità produttive del debitore-costituente.

Dalla lettera della legge si evince che il pegno mobiliare non possessorio può essere costituito solamente dagli imprenditori iscritti nel Registro delle Imprese<sup>116</sup>.

Da ciò deriva che il soggetto costituente il pegno dovrà possedere cumulativamente due requisiti: dovrà svolgere in concreto l'attività d'impresa e dovrà essere iscritto nel Registro delle Imprese, così come disposto dall'art. 2188 c.c.

Ne consegue che il soggetto che eserciti attività di impresa senza essere iscritto al Registro delle Imprese, non potrà usufruire della nuova garanzia non possessoria.

A questo punto ci si potrebbe domandare cosa accadrebbe se il soggetto debitore cessasse di possedere i requisiti legali per poter costituire il pegno mobiliare non possessorio<sup>117</sup>. In tal caso si dovrebbe far riferimento alla fattispecie della nullità

---

<sup>116</sup> In considerazione del fatto che la lettera della legge non esplicita alcuna limitazione al solo imprenditore commerciale, e considerato che anche gli imprenditori agricoli sono iscritti nel Registro delle Imprese, pare legittimo far rientrare anche questi ultimi tra i destinatari della legge in questione, sia quando svolgano la propria attività in forma individuale che quando la svolgano in forma societaria. Inoltre, si ritiene che anche le Società Consortili *ex art.* 2615-ter C.C., gli Enti Pubblici Economici, Le Società pubbliche ed i Gruppi Europei di Interesse Economico (G.E.I.E.) rientrino nei soggetti legittimati dal Legislatore a costituire il pegno non possessorio.

<sup>117</sup> A titolo d'esempio, si pensi all'imprenditore che perda i requisiti necessari per rientrare nella categoria degli imprenditori commerciali; oppure, si pensi all'imprenditore che, dopo aver concesso beni in pegno non possessorio, si cancelli dal Registro delle Imprese.

sopravvenuta del contratto costitutivo di pegno in quanto il venire meno di detti requisiti costituirebbe una nullità per contrarietà a norma imperativa *ex art. 1418 c.c.* Tuttavia, tale figura di nullità è molto discussa in dottrina e, di regola, non è ammessa dalla giurisprudenza.

D'altro canto, ipotizzare, come soluzione, la cancellazione del contratto costitutivo di pegno non possessorio dal Registro dei pegni non possessori, significherebbe lasciare il creditore pignoratizio privo di qualsivoglia tutela senza che lo stesso abbia alcuna responsabilità nella perdita dei requisiti soggettivi del costituente.

Nelle more della prime pronunce giurisprudenziali, possiamo limitarci ad ipotizzare che i requisiti soggettivi del debitore debbano sussistere al momento della conclusione del contratto di pegno non possessorio e della sua iscrizione nel registro dei pegni e che ogni vicenda successiva ad essi inerente sia superflua e irrilevante ai fini della validità della garanzia prestata: in questo senso, la sussistenza dei requisiti si cristallizzerebbe al momento della stipula del contratto di pegno non possessorio.

Di contro, la mancanza *ab origine* dei due requisiti del concreto svolgimento dell'attività d'impresa e dell'iscrizione al Registro delle imprese in capo al soggetto costituente il pegno, comporterà la nullità originaria del contratto di pegno non possessorio e, qualora le parti intendano iscriverlo nel Registro dei pegni non possessori, dovrebbe comportare l'impossibilità di accedere a tale regime pubblicitario.

Occorre inoltre precisare che la norma consente agli imprenditori iscritti al Registro delle Imprese di costituire un pegno non possessorio anche a garanzia di un credito concesso ad un soggetto terzo. In riferimento a quest'ultimo, la legge non impone l'iscrizione nel suddetto Registro, ponendo così la questione in dottrina circa la necessità o meno del relativo requisito in capo al terzo finanziato.

Invero, ad eccezione del collegamento imprescindibile del credito all'esercizio d'impresa, non sembrerebbero esistere ragioni ostative per legittimare che il pegno possa essere costituito (da un imprenditore iscritto al Registro delle Imprese) anche per assicurare l'adempimento da parte di un imprenditore persona fisica non iscritto nell'apposito registro (ovvero di una Società di fatto).

Il fatto che il soggetto finanziato non sia iscritto al Registro, non sembra pregiudicare in alcun modo né il monitoraggio patrimoniale (garantito dall'iscrizione al Registro dei pegni non possessori), né quello soggettivo (mediante il Registro delle Imprese) da parte di terzi creditori del datore del pegno.

Sempre in riferimento all'ambito soggettivo di applicazione del pegno non possessorio, come si è già avuto occasione di precisare nei capitoli che precedono, il fatto che la disciplina dell'istituto in analisi sia contenuta nel Decreto Banche non implica che il pegno non possessorio possa garantire solo i prestiti erogati dagli intermediari finanziari<sup>118</sup>.

Il comma 1 dell'art. 1 legge n. 119/2016 nulla prevede in riferimento alla qualità soggettiva del soggetto concedente il credito e beneficiario della garanzia in oggetto, non esprimendo quindi una particolare riserva all'impresa bancaria.

Se ne deduce che il creditore non debba necessariamente appartenere alla categoria degli intermediari autorizzati a erogare il credito.

Questo consentirà una grande flessibilità di utilizzo del pegno non possessorio, ammettendone anche l'impiego in abbinamento ai c.d. *mini-bond* nelle operazioni di finanziamento extra-bancarie<sup>119</sup>.

A questo punto, pare altresì opportuno riflettere su di una problematica interpretativa che potrebbe derivare dalla disciplina dei presupposti soggettivi di cui sopra: con riferimento al primo dei requisiti, ovvero quello dell'iscrizione dell'imprenditore nel Registro delle Imprese, non si comprende con chiarezza se tale connotato possa essere riconosciuto alle Società tra professionisti, ad esempio alle Società fra avvocati *ex* D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96.

Dal tenore letterale della norma, parrebbe profilarsi una risposta negativa, in quanto essa impone che l'iscrizione in questione debba essere effettuata da un imprenditore,

---

<sup>118</sup> Pare doveroso in questa sede menzionare una palese differenza con il privilegio *ex* art. 46 T.U.B., il quale può garantire esclusivamente crediti di finanziatori "bancari".

<sup>119</sup> Come già è avvenuto in passato conformemente alla legge n. 122 del 2001, per il Parmigiano Reggiano. Infatti, succedeva che una Società cooperativa aveva emesso *mini-bond* per un importo pari a 6 milioni di Euro, il cui *collateral* era costituito dalle forme di formaggio. Il pegno non possessorio consentirà di generalizzare l'emissione di *mini-bond* assistita da garanzia non possessoria anche a tutte quelle imprese che non operano nel settore lattiero-caseario.

ossia da un soggetto che abbia i requisiti contenuti nell'art. 2082 del Codice Civile (rubricato imprenditore), non riscontrabili nella libera professione.

## 1.2 – Ambito oggettivo

Per costituire validamente il pegno non possessorio non è sufficiente la presenza cumulativa dei requisiti di svolgimento dell'attività di impresa e di iscrizione al Registro delle imprese in capo al soggetto costituente: così come disposto dal comma 2 dell'art. 1 della legge n. 119/2016, il pegno mobiliare non possessorio può garantire crediti “*presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa.*”. In sostanza, i crediti che possono essere assistiti dalla nuova garanzia non possessoria sono quelli che ineriscono all'esercizio dell'attività d'impresa.

La definizione del concetto di “inerenza all'attività di impresa” impone di escludere dall'ambito di applicabilità del pegno non possessorio tutti i crediti personali erogati all'imprenditore<sup>120</sup> e quelli erogati all'impresa per scopi diversi da quello della attività tipica dell'impresa stessa.

In caso contrario si incorrerebbe nella nullità del contratto costitutivo di pegno per violazione di norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418 c.c.<sup>121</sup>

Potrebbe sembrare dubbia la sorte dei crediti “promiscui”, nei quali l'imprenditore avrebbe modo di costituire un pegno non possessorio per garantire contemporaneamente i crediti sorti in relazione alla sua attività di impresa e quelli relativi alle sue esigenze personali.

La lettera della legge n 119/2016 pare tuttavia ammettere esclusivamente i crediti strettamente ed esclusivamente inerenti all'attività di impresa.

Al fine di identificare con precisione i confini dell'inerenza all'attività di impresa, ci si chiede se possano essere dirimenti i criteri interpretativi utilizzati dalla giustizia tributaria per identificare la deducibilità dei costi d'esercizio: nella giurisprudenza

---

<sup>120</sup> In questo caso l'imprenditore potrà avvalersi del pegno ordinario, il quale però prevede lo spossessamento e la *traditio* della *res* oggetto di garanzia.

<sup>121</sup> L'art. 1418 comma 1 afferma che “*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.*”

tributaria è pacifico l'orientamento secondo il quale, ai fini della deducibilità, la spesa non deve essere esclusivamente collegata alla struttura dell'impresa, ma deve essere anche funzionalmente diretta alla produzione di un guadagno soggetto ad imposizione tributaria<sup>122</sup>.

Detto ciò, si potrebbe ipotizzare una risposta positiva in merito, atteso che interpretare il *criterio* dell'inerenza all'attività di impresa come uno stabile radicamento del bene in azienda e come una sua funzionalità alla produzione di utili, tenderebbe ad evitare che l'impresa finanziata lo amministri lascivamente, oppure lo sottragga alla garanzia del credito ad essa concessa.

Sempre in riferimento ai crediti che possono essere garantiti, il legislatore ha stabilito che essi possono essere presenti o futuri, purché determinati o determinabili, richiamando in modo inconfondibile principi generali in tema di oggetto del contratto (artt. 1346 e 1348 c.c.)<sup>123</sup>.

Con la locuzione *determinabili*, la norma vuole esprimere il concetto secondo cui è da ritenersi invalido un pegno costituito per un credito futuro e nascente da un rapporto non ancora in essere: i crediti futuri devono essere riconducibili ad un rapporto contrattuale già esistente al momento della conclusione del contratto di pegno.

Inoltre, al fine di impedire nullità di qualsiasi specie, il Legislatore ha introdotto l'ulteriore requisito dell'indicazione del limite dell'importo massimo garantito.

Tale ammontare risulta collegato a quella volontà legislativa di salvaguardare la posizione di altri ipotetici creditori, ai quali potrebbe essere negata la garanzia patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* se un creditore pignoratizio escutesse una garanzia indeterminabile e illimitata per soddisfare il proprio credito.

Il requisito dell'importo garantito entro il quale deve operare la garanzia in oggetto richiama quanto disciplinato dall'art. 1938 c.c., in forza del quale "*la fideiussione*

---

<sup>122</sup> Così Cass. Civ. sez. Trib. 25 febbraio 2015, n. 3746.

<sup>123</sup> A tal riguardo, in dottrina ci si è domandato se, con riferimento ai crediti condizionati, ossia a quelli sottoposti a condizione sospensiva o risolutiva, possano essere anch'essi garantiti dal pegno mobiliare non possessorio.

*può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito”.*

Il suddetto art. disciplina la fideiussione *omnibus*, garanzia personale che, in assenza del presupposto dell'importo massimo garantito, dovrà essere dichiarata nulla<sup>124</sup>.

L'importanza della previsione dell'importo massimo garantito anche per il pegno non possessorio viene rimarcata al comma 3 della legge n. 119/2016 dove si stabilisce che il contratto costitutivo di pegno non possessorio deve contenere anche *“l'indicazione dell'importo massimo garantito a pena di nullità”.*

Viziato da tale nullità, il contratto costitutivo di pegno non sarebbe nemmeno iscrivibile nell'apposito Registro.

Proseguendo nell'analisi dell'ambito oggettivo di applicazione del nuovo istituto, e passando ad analizzare quali siano i beni che possono essere costituiti in pegno non possessorio, occorre prendere in considerazione il secondo comma dell'art. 1 della legge n. 119/2016 il quale afferma che *“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.”*

La lettera della legge precisa che la nuova garanzia può avere ad oggetto unicamente i beni mobili, in quanto si tratta di garanzia reale “mobiliare”: non vi rientrano quindi i beni immobili ed i beni mobili registrati, sui quali, come ben noto, è possibile costituire solo la garanzia ipotecaria.

Oltre al limite della natura mobiliare di questi beni, la legge pone quello della “destinazione all'esercizio dell'impresa”: i beni costituibili in pegno non possessorio dovrebbero coincidere con le entità patrimoniali attive che formano l'azienda *ex art. 2555 c.c.*<sup>125</sup>; tuttavia, un'autorevole dottrina ritiene possano formare oggetto di

---

<sup>124</sup> Questo, in virtù di un *“principio generale di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche”* espresso in Cass., sez III, n. 1520 del 26 gennaio 2010.

<sup>125</sup> L'art. 2555 definisce l'azienda come *“il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”*: elemento che qualifica l'azienda è la destinazione dei beni all'esercizio dell'impresa.

pegno non possessorio anche le universalità di mobili di proprietà dell'imprenditore (es. collezioni, pinacoteche etc....)<sup>126</sup>.

Più in generale, il comma 2 dell'art. 1 della legge 119/2016 consente agli imprenditori di concedere in pegno non possessorio anche i crediti dei quali siano titolari nei confronti di un terzo.

La legge precisa però che anche tali crediti dovranno essere inerenti all'attività d'impresa o da essa derivanti, ma non esplicita se in riferimento ad essi sia sufficiente l'iscrizione presso l'Agenzia delle Entrate o se, oltre al contratto scritto, sia necessaria anche la notifica al debitore.

Dato il rinvio operato dalla norma di chiusura del Decreto Banche alla disciplina codicistica del pegno, sembrerebbe che in caso di pegno su crediti si renda necessaria anche la previa notificazione al debitore o la sua accettazione<sup>127</sup>.

In attesa di riscontri in merito da parte della giurisprudenza, occorre però considerare che il tenore *tranchant* dell'enunciato "*il pegno non possessorio ha effetti verso i terzi esclusivamente con l'iscrizione...*" potrebbe escludere qualsiasi previa notificazione o accettazione da parte del debitore del costituente il credito.

Con riferimento sempre all'oggetto del pegno, va detto poi che il Legislatore, in sede di conversione del Decreto Banche, ha ritenuto doveroso sottolineare che il pegno non possessorio possa riguardare anche beni di tipo immateriale (ad esempio la ditta, i marchi e i brevetti).

Tale precisazione di primo acchito potrebbe risultare irrilevante, atteso che difficilmente si può parlare di spossessamento per beni che siano immateriali ma è di fondamentale utilità per poter estendere la latitudine applicativa del pegno non

---

<sup>126</sup> In questo senso si esprime F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in "Banca Borsa Titoli di Credito", 2, 2017, p. 231.

<sup>127</sup> Il dubbio è giustificato dal fatto che la norma di chiusura, ovvero il comma 10-bis dell'art. 1 della legge n. 119/2016 effettua, per tutto ciò che non è disciplinato dal Decreto Banche, un rinvio generale alla disciplina del pegno codicistico. Quest'ultima, all'art. 2800, dispone che per il pegno di crediti sia necessaria la notificazione al debitore o la sua accettazione affinché il diritto di prelazione del creditore pignoratizio sia opponibile ai terzi.

possessorio anche alle partecipazioni azionarie<sup>128</sup> e ai diritti di proprietà industriale<sup>129</sup>.

Si tratta di ingenti valori aventi grandi potenzialità economiche che, quindi, potranno essere concessi in garanzia ed incrementare il volume dei prestiti concessi.

### **1.3 – La naturale rotatività del pegno non possessorio**

Nel delineare il funzionamento della nuova figura di pegno, il comma 2 dell'art. 1 ne sancisce espressamente la naturale rotatività, concretizzando così la tendenza legislativa<sup>130</sup> volta a favorire la possibilità che il vincolo pignoratorio muti oggetto,

---

<sup>128</sup> Dopo aver rilevato che in relazione al pegno di azioni e quote di S.r.l. manca ogni riferimento al sistema pubblicitario del Registro delle Imprese, cui la partecipazione in tali forme societarie è assoggettata, è opportuno sottolineare come la nuova garanzia non possessoria possa risultare più appetibile per i creditori rispetto a quella del pegno tradizionale se non altro per due motivazioni: a) i poteri di autotutela del creditore pignoratorio *ex* d.l. 59/2016 risultano accresciuti rispetto a quelli previsti dalla disciplina di diritto comune *ex* artt... 2796 e 2797; b) il creditore pignoratorio potrà smobilizzare con più facilità il proprio credito garantito con atti di cessione in quanto l'assenza dello spossessamento fa venir meno l'operatività del divieto *ex* art. 1263 comma 2 che, in caso di cessione del credito garantito da pegno, impedisce al cedente, senza il consenso del costituente, di trasferire al cessionario il possesso della cosa ricevuta in pegno. Per una disamina completa del tema del pegno di azioni in relazione alla nuova disciplina del pegno non possessorio cfr. F. MURINO, *Pegno non possessorio di azioni, potenziata autotutela esecutiva e attualità del divieto di accettazione di azioni proprie in garanzia*, in "Banca Borsa titoli di credito", II, 2018.

<sup>129</sup> Le problematiche più dibattute, derivanti dalla natura immateriale dei diritti IP, riguardano proprio la necessità di costituire forme di garanzia mobiliare, che prescindano dall'atto materiale della consegna del bene al creditore. Il modo in cui si è cercato di risolvere tali problemi in passato è stato quello di sostituire la funzione di pubblicità scaturente dallo spossessamento del costituente con la registrazione della garanzia in un apposito registro pubblico. In riferimento alla costituibilità di un pegno non possessorio su diritti IP, in dottrina sono nate delle critiche circa il difetto di coordinamento tra l'art. 1 del Decreto banche e la previgente disciplina dei diritti di garanzia sui titoli di proprietà industriale. In particolare, ci si domanda se il pegno avente ad oggetto marchi e brevetti rimanga regolato dal sistema pubblicitario previsto dal D.lgs. 30/2005 (il quale prevede l'iscrizione della garanzia nel registro dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi) o se, invece, la sussistenza di altri registri pubblici previgenti non osti all'iscrizione della garanzia nel Registro dei pegni non possessori ed all'applicazione della disciplina del pegno non possessorio. In quest'ottica, il pegno sarebbe così soggetto al regime di opponibilità previsto dall'art. 1 comma 4 legge n. 119/2016, con prevalenza rispetto alle risultanze di altri registri.

<sup>130</sup> In questa direzione, si ricordi che già il d.lgs. 170/2004 e ss.mm. prevedeva la possibilità di apporre, nel contratto di garanzia finanziaria, una clausola di sostituzione finalizzata a consentire la sostituzione dell'oggetto della garanzia nei limiti di valore dei beni originariamente assoggettati a tale vincolo.

appuntandosi su un nuovo bene che viene dato in sostituzione di quello originario senza che sia necessaria la stipula di un nuovo contratto di garanzia.

Per comprendere questa affermazione occorre riferirsi a due enunciati contenuti nel comma 2. Il primo, al fine di ampliare il ventaglio di beni che possono costituire oggetto di pegno, afferma che il pegno non possessorio può essere costituito non solo su beni esistenti, ma anche sui beni *“futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo”*.

Questo enunciato, oltre a costituire una deroga ad uno dei caratteri tipici del pegno ordinario, quello della specialità, consente all'imprenditore-costituente di concedere in pegno anche i beni che, al momento della costituzione della garanzia, sono solo determinabili (e non determinati) anche con riferimento ad una categoria merceologica o ad un valore complessivo<sup>131</sup>. Tale impostazione assunta dal Legislatore si allinea ad una concezione del pegno come pegno di valore, in cui oggetto di garanzia non è il bene in sé bensì il suo valore economico, in modo analogo al funzionamento del pegno c.d. *“rotativo”*. In sostanza, in questo modo si dà rilievo al valore che il creditore pignoratorio può trarre dal bene oggetto di pegno, e non alla *res* dalla quale il creditore può trarlo.

Il secondo comma dell'art. 2 dispone inoltre che *“ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare<sup>132</sup> o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o*

---

<sup>131</sup> La possibilità di costituire un pegno non possessorio con riferimento ad un *“valore complessivo”* pone un interrogativo al quale la giurisprudenza o il legislatore dovranno fornire chiarimenti: ci si domanda quale impiego è destinato ad avere il privilegio generale, il quale ugualmente grava sull'intero patrimonio mobiliare del debitore ma costituisce una causa di prelazione di rango inferiore rispetto al pegno.

<sup>132</sup> In relazione alla trasformazione dei beni oggetto di pegno, la parte finale del comma 2 dell'art. 1 legge n. 119/2016 afferma che *“se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà previste dal comma 7 spettano a ciascun creditore pignoratorio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate”*. In questi due periodi il Legislatore si è preoccupato di dettare una disposizione applicabile ai casi in cui diversi creditori abbiano

*comunque, a disporre dei beni gravati da pegno*” e non manca di disciplinare le sorti del pegno nel caso in cui il debitore possa effettivamente disporre del bene oggetto di garanzia: la lettera della legge afferma infatti che *“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.”* Con questa disposizione il Legislatore rende il pegno non possessorie estremamente flessibile stabilendo che, in assenza di pattuizione contraria delle parti<sup>133</sup>, il pegno non possessorio legittima il debitore-costituente a disporre del bene oggetto di garanzia, con l’unico limite di dover rispettare la destinazione economica propria del bene stesso<sup>134</sup>.

Di regola, quindi, il pegno non possessorio ha natura *“revolving”* ovvero consente al debitore-costituente di *“ricaricare”* l’oggetto della garanzia in base alle esigenze del processo produttivo della sua azienda: la garanzia pignorizia si trasferisce dalla materia prima al prodotto, dal prodotto finito al ricavato della vendita.

Questo aspetto, se costituisce un notevole ammodernamento rispetto alla disciplina codicistica del pegno, non è privo di criticità: si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui il bene oppignorato sia venduto o manipolato dal costituente: cosa succederebbe se

---

costituito un pegno su diverse tipologie di materie prime. Ipotizzando che queste ultime siano sottoposte a trasformazione produttiva nell’ambito della produzione aziendale e che risultino in un unico prodotto finito, l’eventuale escussione della garanzia spetterà a ciascuno dei creditori pignorati. A tal fine, la legge dispone che sia effettuata una stima preventiva sul prodotto finito per determinare la parte dello stesso non oggetto della garanzia escussa e obbliga il creditore pignorato a restituire al datore della garanzia la parte di garanzia riferibile, secondo proporzionalità, alle altre materie prime che si sono mescolate. Nelle prime fasi applicative del nuovo diritto di garanzia non possessorio si tratterà di stabilire se il contratto delle parti, nel caso sia stabilita l’estensione del pegno al prodotto scaturente dalla trasformazione, possa stabilire autonomamente la parte del pegno su una materia prima che si trasferisce sul prodotto finale evitando così il processo di stima previsto dalla lettera a) del comma 7 dell’art. 1.

<sup>133</sup> Nel caso in cui, invece, vi sia la pattuizione contraria nel contratto costitutivo del pegno la quale vieti la trasformazione o disposizione del bene oggetto di garanzia e, ciononostante, il debitore sottoponga il bene medesimo a trasformazione o lo alieni a terzi, egli potrebbe essere condannato al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale *ex art. 1218 c.c.* a favore del creditore.

<sup>134</sup> In caso di abuso del bene concesso in garanzia tramite alterazione della destinazione economica dello stesso, la parte finale del comma 2 dell’art. 1 attribuisce al creditore il diritto di promuovere azioni conservative o inibitorie.

l'imprenditore, all'esito dell'alienazione o della trasformazione della cosa oppignorata, ottenesse un bene non suscettibile di costituire oggetto di pegno mobiliare non possessorio, ad esempio un immobile o un bene mobile registrato?

In tali casi il sistema della garanzia rotativa non potrebbe operare, in quanto è lo stesso Decreto Banche ad escludere che immobili o beni mobili registrati possano costituire oggetto di pegno mobiliare non possessorio.

Pare evidente, quindi, che la disciplina del pegno non possessorio porrà la dottrina e la giurisprudenza di fronte a nuovi interrogativi e alla necessità di predisporre un quadro generale idoneo alla gestione dei conflitti.

A prescindere dalla criticità appena esposta, occorre rilevare come proprio nella naturale rotatività del pegno non possessorio risieda la *ratio legis* della riforma introdotta con il Decreto Banche: il Legislatore ha valorizzato l'attività delle imprese produttive ed il loro dinamismo tramite il rilievo dato dal Legislatore al valore dell'oggetto di pegno e non alla *res* in se stessa.

Questo potrebbe addirittura portarci a definire il nuovo diritto di garanzia non possessorio come "pegno di valore naturalmente rotativo"<sup>135</sup>.

#### **1.4 – Le ragioni alla base della limitata applicabilità della nuova garanzia**

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, pare doveroso interrogarsi sulla motivazione che ha spinto il Legislatore italiano ad introdurre il pegno non possessorio nel nostro ordinamento con quella particolare cautela che si è concretizzata nel limitare l'ambito di applicabilità del nuovo istituto ai soli imprenditori iscritti al Registro delle Imprese.

In primo luogo, tale "timidezza normativa" potrebbe essere ricondotta ai limiti correlati alla decretazione d'urgenza di cui all'art. 77 della Carta Costituzionale che,

---

<sup>135</sup> Nonostante la caratteristica della rotatività sia naturalmente connaturata al nuovo pegno mobiliare non possessorio, è necessario evidenziare due differenze che contraddistinguono quest'ultimo dal pegno c.d. rotativo: nel caso di pegno rotativo, ai fini della sostituibilità della *res* originariamente data in garanzia, si richiede una espressa pattuizione convenzionale delle parti (mentre nel pegno non possessorio la pattuizione è volta ad escludere la rotatività); inoltre il pegno rotativo richiede la consegna al creditore del bene sostitutivo e prevede che il valore del nuovo bene non debba essere superiore a quello del bene originario (così, *ex multis*, Cass., Sez III, n. 1526 del 26 ottobre 2010).

ammettendo l'utilizzo del decreto-legge nei soli “*casi di straordinaria necessità ed urgenza*”, può aver legittimato l'intento del Legislatore di fornire un sostegno alle imprese in crisi, ma non avrebbe potuto legittimare anche un totale e completo stravolgimento della disciplina codicistica delle garanzie reali<sup>136</sup>.

Secondariamente, è ipotizzabile che l'utilizzabilità del pegno non possessorio da parte delle sole imprese possa costituire una forma di sperimentazione che potrebbe poi portare, nel caso in cui se ne verificherà l'efficacia operativa, all'adozione di un pegno mobiliare non possessorio a beneficio di qualunque soggetto anche non imprenditore, oppure, all'estensione dell'attuale disciplina in via generalizzata.

## **2 - Le modalità di costituzione e l'opponibilità del pegno non possessorio**

### **2.1 - Le modalità di costituzione del pegno non possessorio**

Tra gli svariati *criteri* di classificazione adottati dalla dottrina che si è occupata di garanzie mobiliari, uno dei principali è quello che si concentra sull'esame delle tecniche utilizzate dagli operatori per costituire garanzie mobiliari. Fondamentalmente, per costituire una garanzia senza privare il debitore del possesso del bene mobile, si può ricorrere ad un regime pubblicitario consistente nella trascrizione delle garanzie in un pubblico registro, oppure è possibile avvalersi di schemi negoziali che piegano il trasferimento della proprietà ad uno scopo di garanzia.

La prima tecnica, seguendo il modello ipotecario, sostituisce il requisito dello spossessamento con la trascrizione del vincolo di garanzia in registri accessibili al pubblico. In questo caso la pubblicità delle garanzie è compatibile con quella utilizzata per la circolazione dei beni.

La seconda tecnica, invece, utilizza strumenti contrattuali modellati *ad hoc* per trasferire la proprietà a fini garantistici.

Tra questi si citano la clausola di riserva della proprietà, il *leasing*, nonché alcune

---

<sup>136</sup> Per una compiuta rivisitazione e riforma delle garanzie reali il Legislatore avrebbe dovuto ricorrere alla funzione legislativa *ex art. 70* della Costituzione.

forme di alienazione fiduciaria in funzione di garanzia già analizzati nel corso dei precedenti capitoli.

Per comprendere quale tecnica di costituzione della garanzia mobiliare sia stata adottata dal Legislatore italiano nel 2016, occorre prendere in considerazione i commi 3 e 4 dell'art. 1 della Legge n. 119/2016.

In base al primo dei due, *“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.”*

Tale norma dispone quindi la forma scritta *“ad substantiam”* del contratto costitutivo del pegno, a pena di una nullità di tipo strutturale.

Il comma in questione introduce una doppia deroga, sia con riferimento ai principi generali in materia di forma, sia rispetto all'istituto del pegno tradizionale: relativamente alla forma, i principi generali solitamente richiedono il requisito formale *ad validitatem actus* solo quando siano oggetto del contratto dei beni immobili; per quanto invece concerne il secondo profilo, la disciplina del pegno ordinario prevede l'indicazione per iscritto del credito garantito e del bene concesso in garanzia solo ai fini dell'opponibilità della prelazione ai terzi<sup>137</sup>.

In merito a quanto sopra, si precisa che la legge di conversione ha apportato una significativa modifica al D.L. 59/16, il quale inizialmente richiedeva, per la valida costituzione del pegno mobiliare non possessorio, la forma scritta *ad substantiam* ed anche l'iscrizione del contratto costitutivo nell'apposito Registro dei pegni mobiliari non possessori. In sede di conversione invece, il legislatore ha distinto esplicitamente il piano della validità del contratto costitutivo del pegno mobiliare non possessorio da quello della opponibilità nei confronti dei terzi.

Da ciò si evince chiaramente che il pegno non possessorio, qualora non venga iscritto nell'apposito Registro, rimane un contratto consensuale, formale e ad effetti obbligatori.

---

<sup>137</sup> Ai sensi del comma 3 dell'art. 2787 c.c. l'atto scritto è necessario solo ai fini dell'opponibilità ai terzi in quanto, mediante lo spossessamento, non vi può essere alcun dubbio circa l'identità del creditore e del costituente il pegno.

Mediante la previsione del contratto quale mezzo costitutivo, la Legge n. 119/2016 non solo lascia il bene assoggettato a vincolo nella disponibilità del debitore, ma valorizza l'autonomia privata secondo quanto disposto dall'art. 1321 c.c.: le parti possono, ad esempio, derogare al regime di rotatività o stabilire la garanzia su beni futuri.

Alcuni in dottrina affermano che l'utilizzo da parte del Legislatore del predicato “*deve risultare*”, piuttosto che dei verbi “deve essere stipulato” o “deve essere concluso”, presuppone la circostanza che, ai fini dell'integrazione dell'elemento formale, è sufficiente che l'intento di costituire tale prelazione sia recuperabile da un testo scritto, senza la necessità che quest'ultimo sia manifestato esplicitamente o attraverso una particolare forma di tipo solenne<sup>138</sup>.

Autorevole dottrina afferma che le novità più evidenti del pegno non possessorio si ricavano dal confronto tra la disciplina dell'oggetto del contratto e le regole sull'efficacia della garanzia nei confronti dei terzi.

Con riguardo alla descrizione del bene di cui al sesto comma dell'art. 1 come uno dei dati da indicare all'atto dell'iscrizione nel registro, qualora ci si attenesse al testo letterale normativo, si dovrebbe escludere la possibilità di iscrivere un bene prima ancora della sua individuazione, dovendosi così differenziare, sotto il profilo dell'opponibilità, la garanzia di un bene determinato e quella di un bene determinabile.

L'utilizzo di un'interpretazione adeguatrice induce invece a non effettuare la summenzionata distinzione, potendo fare riferimento, nella parte della descrizione del bene, anche al solo genere o al valore della *res*.

Per ciò che concerne la natura consensuale del negozio in esame, ci si domanda se esso possa essere costituito altresì mediante l'istituto dell'arbitraggio *ex art. 1349 c.c.*: nello specifico ci si chiede se gli stipulanti, dal momento che non devono più effettuare la *traditio* della *res*, possano delegare un arbitratore alla definizione dell'oggetto della garanzia.

---

<sup>138</sup> Si ritiene però non valida la conclusione del contratto mediante lo scambio di lettere commerciali dal momento che si prevede che la costituzione del pegno non possessorio derivi da un unico atto scritto.

La norma in analisi non sembra andare contro l'art. suddetto, anche se occorre dire che il terzo potrebbe riscontrare non poche difficoltà nel selezionare i beni che hanno effettivamente un collegamento teleologico con l'attività d'impresa.

Parimenti, non sembrano esservi impedimenti alla stipula di un contratto preliminare alla costituzione del pegno mobiliare non possessorio, attesa l'estraneità giuridica di tale garanzia all'alveo dei contratti reali, per i quali, invece, la possibilità del contratto preliminare è messa alquanto in dubbio, essendovi l'impossibilità di paventare l'esecuzione coattiva dell'obbligo di consegnare la cosa<sup>139</sup>.

Atteso che il pegno non possessorio è un contratto consensuale (a differenza di quello tradizionale avente natura reale), occorre assicurare la conoscibilità da parte dei terzi, creditori o aventi causa del costituente, dell'esistenza di vincoli pignoratizi sui beni mobili di quest'ultimo.

Il Legislatore ha raggiunto le finalità di pubblicità della garanzia tramite l'iscrizione della medesima in un *database* informatico e accessibile da chiunque. In altre parole, si è preferito affidare al solo meccanismo scritturale la funzione pubblicitaria, attribuendogli valenza di pubblicità dichiarativa.

Ne consegue che chi dovesse acquistare il bene gravato dalla garanzia in epoca successiva all'iscrizione della stessa, non avrebbe nessuna possibilità di avvalersi della regola "possesso vale titolo".

In questo modo il comma 4 dell'art. 1 dà vita ad una innovativa forma di pubblicità per i beni mobili non registrati<sup>140</sup> e dimostra che la *datio rei* al creditore è ormai un requisito del pegno in via di superamento.

Peraltro, già in passato<sup>141</sup> il Legislatore, introducendo forme di pubblicità alternative allo *traditio*, aveva manifestato la consapevolezza del fatto che "*lo spossessamento*

---

<sup>139</sup> Così G. DI MARCO-S. CAMPIDELLI, *Convertito in legge il Decreto Banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in "Quotidiano giuridico", 30 giugno 2016 i quali si riferiscono a Cass. Civ. Sez. I 26 gennaio 1996, n. 611.

<sup>140</sup> Di regola, fino all'introduzione del pegno non possessorio, solo i beni mobili registrati erano soggetti a regole di pubblicità: per i beni mobili non registrati era il possesso a svolgere una funzione pubblicitaria, come testimoniato anche dagli artt... 1153 e 1155 c.c.

<sup>141</sup> Nei casi di pegno non possessorio sui prosciutti *ex lege* n. 401 del 1985 e sui prodotti lattiero caseari *ex lege* n. 122 del 2001 il meccanismo segnalativo dello spossessamento fu sostituito da un contrassegno indelebile da apporsi sui beni oggetto di pegno.

*nel paradigma codicistico ha una funzione puramente servente che consente di escluderlo dal novero dei requisiti qualificanti il tipo normativo<sup>142</sup>”.*

Corollario di ciò è la fungibilità dello strumento segnalativo, il cui fine può raggiungersi anche percorrendo strade alternative al materiale spossessamento del debitore costituente il pegno.

Dando uno sguardo al pegno codicistico, non è difficile comprendere che il requisito dello spossessamento risponde, oltre che all’esigenza di pubblicità per la tutela dei terzi, anche alla tutela degli interessi del creditore pignoratizio che voglia sottrarre il bene oggetto di pegno alla libera disponibilità del costituente.

Tuttavia, una pubblicità basata sullo spossessamento genera il rischio di un affidamento riposto su situazioni giuridiche meramente apparenti e, quindi, ingannevoli: occorre predisporre dei validi strumenti alternativi allo spossessamento per evitare l’applicabilità delle regole dettate dagli artt. 1153 e 1155 c.c.<sup>143</sup>

In sostanza, il problema del superamento dello spossessamento concerne i limiti che i sistemi segnalativi della garanzia ad esso alternativi presentano, rispetto alla necessità di appalesare l’esistenza del vincolo nei confronti dei creditori del debitore costituente.

Da questo punto di vista occorre precisare che, se è vero che lo spossessamento è la modalità più immediata per segnalare ai creditori l’inconsistenza patrimoniale del debitore in quanto sottrae dei valori al patrimonio di quest’ultimo, è anche vero che, talvolta, il possesso di beni da parte del debitore non equivale alla effettiva titolarità dei medesimi in capo al debitore stesso.

---

<sup>142</sup> 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”, 3, 2018, p. 7.

<sup>143</sup> L’art. 1153 è rubricato “*Effetti dell’acquisto del possesso*”, e dispone che “*colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell’acquirente. Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno*”. L’art. 1155 è rubricato “*acquisto di buona fede e precedente alienazione ad altri*” e dispone che “*Se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore*”.

A tal proposito si pensi che nella pratica può accadere che gli atti dispositivi della proprietà o costitutivi di vincoli di indisponibilità su un bene mobile risultino opponibili ai creditori pignoranti esclusivamente sulla base dell' anteriorità del titolo, a nulla rilevando lo spossessamento, semplicemente sulla base della mera anteriorità del titolo<sup>144</sup>.

Quando il Registro in questione sarà operativo, le formalità prescritte dal Legislatore per il suo funzionamento consentiranno, al pari di quanto accade in materia di ipoteca, la graduazione di pegni mobiliari non possessori su di un medesimo bene: la *c.d.* anteriorità dell'iscrizione, testimoniata con certezza dall'iscrizione informatica nel registro, consente di risolvere un ipotetico concorso tra più creditori, i quali vantano la garanzia pignorizia non possessoria sul medesimo bene del costituente. In particolare, l'esistenza di un ordine dei pegni consentirà la stipulazione di negozi di cessione o postergazione del grado pignorizio, parimenti a quanto accade per l'ipoteca *ex art.* 2843 c.c.

Per quanto riguarda le caratteristiche tecniche dell'iscrizione in se stessa, si precisa inoltre che essa ha una durata di dieci anni<sup>145</sup>, rinnovabile attraverso una nuova iscrizione nel registro, da effettuarsi prima del decimo anno, in mancanza della quale si avrà l'estinzione della garanzia mobiliare, senza tuttavia pregiudicare la possibilità per il creditore di procedere ad ulteriore iscrizione *ex novo*.

La legge n. 119/2016 non si esprime in merito alla eventuale riduzione del pegno

---

<sup>144</sup> Si pensi ai beni detenuti in locazione o in comodato: 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. A questo proposito F. ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1997, p. 411: “*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 pre- varrebbero sulla posizione dei creditori, purché derivanti da titoli cronologicamente anteriori al pignoramento o al fallimento*”.

<sup>145</sup> A proposito della durata dell'iscrizione, la legge n. 119/2016 non ha previsto una disciplina del termine del pegno: pur essendo possibile la cancellazione dello stesso per volontà delle parti o per ordine giudiziale, la norma non disciplina una sua automatica cancellazione. Tra l'altro, se la durata decennale si allinea alla disciplina della prescrizione dei crediti, tale durata pare eccessiva se rapportata alla velocità dei traffici commerciali odierni ed al fatto che i privilegi in generale dovrebbero avere una durata breve. Inoltre, la mancanza di una disciplina che regoli la cancellazione automatica in ragione del tempo rischia di creare una stratificazione dei privilegi, complicando così le decisioni giudiziali in merito al grado.

mobiliare non possessorio iscritto nel registro da effettuarsi, ad esempio, in seguito all'adempimento parziale del debitore.

Tutto ciò che concerne la modifica, la consultazione, la cancellazione o il rinnovo presso il Registro, sarà disciplinato da un Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che avrebbe dovuto essere emanato entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge n. 119, ovvero entro 30 giorni a partire dal 30 giugno 2016.

Non essendo ancora stato adottato tale decreto, ad oggi risulta impossibile sia conoscere la disciplina delle suddette vicende che utilizzare in concreto la nuova garanzia non possessoria.

Il comma 6 dell'art. 1 della legge n. 119/2016 illustra quale debba essere il contenuto dell'iscrizione nel registro, affermando che essa *“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”*.

Il comma 6 dell'art. 1, nell'indicare i dati che devono risultare dall'iscrizione, rinvia ad un decreto ministeriale (ad oggi ancora da emanare), con riferimento alle regole concernenti il funzionamento e la consultazione del registro informatizzato in questione.

Concludendo, si può quindi facilmente affermare che la funzione pubblicitaria, di tipo dichiarativo, dello spossessamento sarà soddisfatta, nonché sostituita, mediante il ricorso alla pubblicità scritturale.

Sebbene il registro istituito dal Decreto Banche costituisca un segno rilevante di innovazione normativa, non ci si può esimere dal portare all'attenzione del lettore alcuni profili problematici.

Oltre a rilevare il ritardo maturato nell'istituzione del Registro dei pegni non possessori, il quale è anche causa della inutilizzabilità della nuova garanzia, dobbiamo rilevare che la realizzazione del registro informatico dei pegni non possessori avrebbe potuto costituire l'occasione per la realizzazione di un *database* integrato di tutte le garanzie.

Una regolamentazione ottimale della pubblicità delle garanzie, avrebbe infatti

dovuto prevedere che il nuovo elenco informatico desse la possibilità di conoscere tutti i vincoli di garanzia gravanti su di un singolo bene, a nulla rilevando il tipo di garanzia prestata.

Nel nostro ordinamento sono presenti da diverso tempo alcuni elenchi che, insieme ad altre informazioni, rilevano l'esistenza del pegno stipulato relativamente a certe attività (es. brevetti, marchi, quote di S.r.l.) ma una base di dati organica, atta a ricomprendere tutte le tipologie di beni stanziabili, non è mai stata prevista<sup>146</sup>.

Risulta anche singolare che la norma di cui al sesto comma dell'art. 1 non richieda il deposito di copia autentica del contratto costitutivo del pegno, ma solo l'indicazione di certe sue componenti, impedendo così ai soggetti terzi di valutare il rapporto sinallagmatico nel suo insieme e, quindi, di verificare l'effettiva sussistenza, validità e l'efficacia della causa di prelazione. Ben potrebbe accadere infatti che il contratto costitutivo di un pegno non possessorio presenti i requisiti fondamentali e che venga pubblicato sul registro dei pegni non possessori; tuttavia ciò non significa che tale negozio sia necessariamente da considerarsi valido in quanto le clausole accessorie, che le parti possano aver inserito nel contratto in virtù della loro libertà contrattuale, potrebbero integrare dei vizi invalidanti.

Peraltro, quando l'oggetto del contratto di pegno non possessorio sia costituito da cosa futura, la legge non chiarisce se le parti possano iscriverlo nell'apposito registro anticipatamente, oppure se debbano attendere che la cosa si sia materialmente formata.

Non sembrano sussistere ostacoli all'iscrizione anticipata, in quanto esiste comunque il dovere delle parti di descrivere la cosa oppignorata, essendo tale descrizione un elemento necessario ai fini dell'iscrizione del contratto nel registro.

---

<sup>146</sup> Questo è stato forse dovuto al fatto che, in passato, la creazione di tale strumento avrebbe comportato costi particolarmente elevati. Tuttavia, l'odierno sviluppo delle tecnologie informatiche, consentirebbe di implementare il registro in questione con un esborso di risorse più contenuto rispetto al passato.

## 2.2 - L'opponibilità ai terzi e i possibili conflitti tra i creditori

Il comma 4 dell'art. 1 della L. 119/2016 stabilisce che il pegno non possessorio ha effetto verso i terzi esclusivamente con l'iscrizione nel registro informatico: dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi<sup>147</sup> e nelle procedure esecutive e concorsuali.

Ne consegue che tale grado, derivante dalla data dell'iscrizione nel Registro tenuto dall'Agenzia delle Entrate, assicura la risoluzione dei conflitti che ben potranno sorgere tra quei soggetti creditori che abbiano costituito pegno mobiliare non possessorio sul medesimo bene mobile. L'ordine preferenziale dei creditori consentirà inoltre la costituzione di negozi di cessione o postergazione del grado pignoratizio, come già avviene per l'art. 2843 c.c.

Nelle more dell'emanazione del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, attuativo della disciplina del pegno non possessorio *ex art. 1 comma 6 della L. n. 119/2016*, può ritenersi che, laddove i creditori pignoratizi non possessori stipulino negozi giuridici di postergazione del grado, questi saranno opponibili ai terzi solo con l'annotazione nell'apposito Registro: ai fini dell'opponibilità ai terzi frutto della pubblicità dichiarativa<sup>148</sup> dell'iscrizione nel registro, dovrà necessariamente attendersi l'istituzione dell'atteso Registro.

---

<sup>147</sup> In riferimento all'importanza dell'iscrizione nel registro ai fini dell'opponibilità ai terzi si pensi alla tutela del creditore pignoratizio di azioni: immaginando che le azioni oggetto di pegno siano state cedute dal debitore che ne ha, così, perso il possesso, ed ipotizzando che nel contratto costitutivo del diritto di pegno fosse stata esplicitamente esclusa la rotatività della garanzia, il creditore pignoratizio potrebbe agire nei confronti del terzo potendosi quindi soddisfare sulla garanzia pignoratizia che abbia nel frattempo subito una vicenda traslativa. Il terzo acquirente, in virtù della pubblicità dell'iscrizione del pegno nel relativo registro, non potrebbe opporre al creditore pignoratizio la buona fede *ex art. 1153 comma 2 c.c.*

<sup>148</sup> Dalla natura dichiarativa e non costitutiva dell'iscrizione nel registro deriva che, per la costituzione e la permanenza del pegno *de quo*, non occorre che l'iscrizione originariamente effettuata presso il Registro sia sottoposta a successive modifiche e/o integrazioni per assicurarne il costante adeguamento alle vicende circolatorie o alle trasformazioni riferite al bene oggetto di garanzia: il carattere rotativo della garanzia in questione si proietta sulla pubblicità nel Registro dei pegni non possessori e rende possibile il fatto che gli effetti dell'iscrizione originaria (*id est* quelli relativi all'opponibilità e al grado), rimangano tali e non subiscano variazioni nonostante le modifiche occorse all'oggetto della garanzia.

Il quinto comma dell'art. 1 prevede poi un limite significativo all'opponibilità del pegno mobiliare non possessorio il quale, *“anche se anteriormente costituito ed iscritto, non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa”*.

Il comma 5 non manca però di precisare alcune condizioni ulteriori affinché il pegno non possessorio non sia opponibile: innanzitutto il bene acquistato tramite finanziamento del terzo deve essere garantito da riserva della proprietà o da un pegno non possessorio; in secondo luogo, qualora l'acquisto del bene sia stato garantito da pegno non possessorio, esso deve essere stato iscritto nel registro in conformità alle modalità previste al comma 6 dell'art. 1 e al momento della sua iscrizione il creditore deve averne informato i titolari di pegno non possessorio anteriori<sup>149</sup>.

Da quanto sopra, risulta la sussistenza di un'evidente deroga al principio della priorità dell'ordine di iscrizione nel Registro dei pegni non possessori nella risoluzione dei conflitti tra più creditori: in sostanza, un creditore posteriore, in presenza dei sopraccitati requisiti, può prevalere sui creditori anteriori<sup>150</sup>.

Unica eccezione al principio di priorità dell'iscrizione potrebbe verificarsi nel caso in cui un creditore in buona fede, nell'atto di formalizzare la costituzione di un pegno non possessorio tramite iscrizione nel registro, non conosca l'esistenza di un pegno anteriormente iscritto su quel dato bene.

La testé citata mancata informazione potrebbe avvenire solo quando la relativa iscrizione non è in quel momento ancora avvenuta oppure quando la prima iscrizione riporti una descrizione generica diversa dalla specifica individuazione atta ad identificare esattamente il bene. Dando uno sguardo al modello codicistico, si potrebbe propendere per l'applicazione al caso di specie della disciplina giuridica che, relativamente alla garanzia su beni indeterminati, prima dell'individuazione del

---

<sup>149</sup> Le modalità di tale informativa non sono state esplicitamente formalizzate nella legge n. 119/2016.

<sup>150</sup> Da quanto detto consegue che il creditore finanziatore ed il creditore fornitore sono posti sullo stesso piano. Tuttavia, entrambi cedono di fronte al creditore che abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato.

bene prevede l'assenza di effetti nei confronti dei terzi<sup>151</sup>.

Inoltre, esaminando nel dettaglio la lettera della norma, se ne ricava l'assunto implicito secondo il quale il pegno destinato ad essere preferito a favore di quello successivamente costituito non può che essere un pegno su un bene futuro: non sarebbe infatti possibile per il creditore costituire un pegno su di un bene che, essendo oggetto di riserva di proprietà, non appartiene ancora al debitore.

Quindi possiamo affermare con ragionevole certezza che la norma vuole regolare il conflitto tra il titolare di pegno su cosa futura e il proprietario della cosa che l'ha acquistata grazie ad un finanziamento assistito da riserva di dominio<sup>152</sup>.

Stante la preferenza espressa dal Legislatore nei confronti del creditore successivo che abbia finanziato un bene determinato garantendo l'operazione con riserva di proprietà o pegno non possessorio, è lecito affermare che ciò disincentiverà la costituzione di pegno su cose future, soprattutto su quei beni come i macchinari delle imprese che spesso sono oggetto di acquisto a rate o mediante riserva di proprietà.

Questo aspetto della nuova garanzia non possessoria, non è privo di risvolti problematici: ammettere che ad un creditore, benché munito di pegno mobiliare non possessorio regolarmente costituito ed iscritto, venga preferito un creditore successivo, potrebbe disincentivare gli istituti bancari a concedere finanziamenti agli imprenditori, creando il rischio di un corto circuito interno al Decreto banche e venendo meno al fine ultimo della riforma in oggetto, ovvero quello di rilanciare l'economia.

Ma vi è di più: in assenza di ulteriori chiarificazioni da parte del Legislatore o dei regolamenti attuativi da emanarsi ad opera del Ministero dell'Economia, non è da

---

<sup>151</sup> A tal proposito si cita l'art. 1378 c.c. il quale dispone che, in caso di contratti aventi ad oggetto cose generiche, il diritto reale di godimento si trasmette all'atto dell'individuazione della *res* specifica, fermo restando che prima di quel momento il contratto è valido, ma dotato di effetti meramente obbligatori. Inoltre, secondo il terzo comma dell'art. 2787 c.c., l'individuazione deve essere specifica perché il contratto sia opponibile nei confronti di terzi.

<sup>152</sup> In questo modo viene fatto prevalere l'interesse del proprietario il cui acquisto è stato finanziato e garantito con riserva di proprietà anche quando il patto non abbia data certa anteriore all'iscrizione della garanzia come richiederebbe l'art. 1524 c.c. (*"la riserva della proprietà è opponibile ai creditori del compratore, solo se risulta da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento."*).

escludersi che la disparità di trattamento dei diversi creditori pignoratizi aventi causa sul medesimo bene possa costituire una violazione dell'art. 3 della Costituzione.

A tutela delle ragioni del creditore che abbia iscritto per primo un pegno non possessorio, pare infine ragionevole pensare che, dopo la costituzione del secondo pegno non possessorio, egli possa lamentare la decadenza del debitore dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c.<sup>153</sup>, pretendendo la ricostituzione di una garanzia equipollente a quella indebolita dal secondo finanziamento.

Concludendo, possiamo affermare che, dalla lettura combinata dei commi 5 e 6 della legge n. 119/2016, si possa far discendere l'esistenza di due sub istituti nel pegno non possessorio: il pegno non possessorio generico ed indistinto ed il pegno non possessorio relativo ai finanziamenti per l'acquisto di beni specifici, il quale gode di priorità nell'escussione (consistente nell'opponibilità agli iscritti precedenti) se comunicato agli altri portatori di pegno.

### **3 - L'escussione del pegno e le tutele delle parti**

#### **3.1 – Le modalità di escussione del pegno non possessorio**

Nel caso in cui il debitore di un'obbligazione garantita da pegno non possessorio si renda inadempiente, il creditore pignoratizio può procedere all'escussione della garanzia non possessoria nelle modalità di cui al comma 7 *ter* dell'art. 1 della Legge 119/2016.

Tale articolo, perseguendo l'obiettivo di rendere il recupero del credito rapido e sicuro, si colloca nel solco dell'approccio già tenuto in passato dal Legislatore in occasione della regolamentazione di altre garanzie non possessorie<sup>154</sup>.

La norma in oggetto dispone che *“al verificarsi di un evento che determina*

---

<sup>153</sup> L'art. 1186 c.c. è rubricato *“decadenza dal termine”* e dispone che *“Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse.”*

<sup>154</sup> Del medesimo tenore del comma in parola è l'art. 4 del d.lgs. n. 170/2004 in riferimento all'escussione del contratto di garanzia finanziaria.

*l'escussione del pegno, il creditore, previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché' al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere*" secondo diverse modalità di escussione, le quali rendono la garanzia in oggetto uno strumento particolarmente versatile sotto il profilo del soddisfacimento del creditore.

Prima di procedere con l'analisi delle modalità di escussione previste dalla legge n. 119, occorre rilevare che il creditore che intenda procedere all'escussione deve, per prima cosa, notificare l'intimazione ad alcuni soggetti tra i quali il debitore e l'eventuale terzo concedente il pegno che, rischiando di essere pregiudicati dall'iniziativa del creditore, hanno il diritto, come si vedrà in seguito, di proporre opposizione.

La notificazione di cui sopra deve essere inviata anche agli altri eventuali creditori che abbiano trascritto un pegno non possessorio e al *debitor debitoris* (il debitore del credito oggetto del pegno).

L'intento del Legislatore di velocizzare l'escussione emerge chiaramente dalla possibilità concessa al creditore di escutere la garanzia non possessoria anche senza che egli sia munito di titolo esecutivo: l'assenza, nella procedura in analisi, dell'intervento di un Giudice, rende l'intimazione<sup>155</sup> notificata dal creditore un atto sostanziale, unilaterale e recettizio, equiparabile ad un atto di messa in mora. Immediata conseguenza di quanto sopra è che l'atto di intimazione potrà essere redatto autonomamente dal creditore senza il patrocinio di un Avvocato.

Venendo ora alle diverse modalità di escussione della garanzia, il Legislatore ha previsto quattro facoltà alternative in capo al creditore pignoratorio.

---

<sup>155</sup> Pare qui scontata l'analogia con il precetto, che, ai sensi dell'art. 480 comma 1 c.p.c. "*consiste nell'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo*". Sussiste tuttavia una significativa differenza tra i due atti, in quanto l'intimazione di cui al comma 7 dell'art. 1 della legge n. 119/2016 non contiene alcun avvertimento che in mancanza di adempimento si procederà ad esecuzione forzata. Tale avvertimento non è contemplato nella procedura di escussione della garanzia pignoratoria non possessoria poiché, qualora l'intimazione fosse disattesa, il creditore non si avvarrebbe, in linea generale, dell'esecuzione forzata, ma ricorrerebbe a rimedi alternativi e più rapidi.

La lettera a) del comma 7 della legge 119 ammette che il creditore di vendita<sup>156</sup> i beni oggetto di pegno, trattenendo poi il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza dell'importo garantito, con l'obbligo di informare immediatamente il costituente dell'importo ricavato dalla vendita e di restituire<sup>157</sup> a quest'ultimo l'eccedenza.

Il fatto che il creditore possa procedere personalmente e direttamente alla vendita del bene oppignorato, pone in evidenza la profonda differenza che vige tra la disciplina in esame e quella del pegno "tradizionale" di cui all'art. 2797 c.c., in base al quale la vendita non è effettuata dal creditore bensì da una persona autorizzata.

Altra modalità di escussione concessa dalla legge al creditore pignoratizio è la possibilità di procedere all'escussione o alla cessione dei crediti oggetto di pegno fino alla concorrenza dell'importo garantito, previa comunicazione al datore della garanzia. Anche in questo caso è opportuno rilevare una differenza rispetto alla disciplina della escussione del pegno ordinario su crediti: se, in base agli artt. 2803 e 2804 c.c., il creditore è legittimato esclusivamente a riscuotere il credito concesso in garanzia o a richiederne l'assegnazione, la legge n. 119/2016 consente al creditore l'ulteriore opzione di cedere il diritto sul quale la garanzia è stata costituita, incassando il ricavato.

Nel procedere all'esposizione delle ulteriori opzioni di escussione delle quali il creditore si può avvalere, è fondamentale considerare che, mentre quelle finora considerate alle lettere a) e b) della legge 119 sono fattispecie legalmente previste e operano sempre, quelle disciplinate alle lettere c) e d), essendo di carattere

---

<sup>156</sup> La lettera a) del comma 7 detta anche le modalità tecniche con le quali la vendita deve avvenire, disponendo che la stessa debba essere "*effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati;*" e che "*l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 del codice di procedura civile.*"

<sup>157</sup> La lettera della legge non specifica come debba avvenire concretamente la restituzione della eventuale somma eccedente al costituente. Un autore in dottrina ritiene che siano applicabili le norme in tema di offerta reale e di deposito con efficacia liberatoria *ex artt.* 1209 e 1210 c.c. (così M.ORLANDO, *Prime riflessioni sul d.l. 59/2016 (c.d. "Decreto-Banche")*, in "IlFallimentarista.it", 9 maggio 2016, 12).

convenzionale, operano solo nel caso in cui siano espressamente previste nel negozio costitutivo di pegno.

Il diverso regime del quale si è appena detto è da ricondursi al fatto che le escussioni previste alle lettere c) e d) hanno un contenuto più ampio ed incisivo sui beni oppignorati rispetto alle due precedenti.

A conferma di quanto sopra, si consideri che la lettera c) consente al creditore, qualora ciò sia espressamente previsto nel contratto di pegno iscritto al Registro presso l'Agenzia delle Entrate, di procedere alla locazione del bene oggetto di pegno e all'imputazione dei canoni a soddisfacimento del proprio credito fino al raggiungimento dell'importo garantito.

Limiti a questa modalità di escussione sono previsti dalla medesima lettera del comma 7: innanzitutto si richiede che, nel contratto costitutivo di pegno, oltre alla suddetta previsione della generica possibilità di locare il bene oggetto di garanzia, sia presente anche la specifica indicazione dei criteri e delle modalità di determinazione dei canoni di locazione<sup>158</sup>. In secondo luogo, il creditore pignoratizio ha l'obbligo di dare immediata comunicazione per iscritto al costituente il pegno del corrispettivo e delle altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore.

In merito a questa possibilità di locazione del bene oggetto di garanzia non possessoria occorre dire che il fondamento della stessa risiede nella circostanza che oggetto di pegno non possessorio possono essere anche i beni primari dell'impresa, come apparecchiature e impianti strumentali alla produzione.

Da ciò deriva la particolare predisposizione di questi beni all'essere locati ad un conduttore terzo che possa sfruttarne la capacità produttiva in cambio del versamento di un canone, a differenza di quanto accade per il pegno tradizionale.

Ultima modalità di escussione è quella prevista dalla lettera d) la quale attribuisce al creditore la facoltà, sempre e solo quando prevista dal contratto costitutivo, di appropriarsi dei beni oggetto del pegno.

---

<sup>158</sup> Questo requisito è volto a prevenire eventuali condotte lesive e operazioni fraudolente poste in essere a danno del concedente.

Questa forma di autotutela del creditore avente fonte nella natura convenzionale dell'atto costitutivo di pegno, costituisce un'evidente "deroga" al divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. il quale, al fine di impedire che il creditore si avvantaggi troppo, stabilisce la nullità del patto col quale le parti convengono che *"in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore"*. Per aggirare tale divieto, la legge 119/2016 ha posto alcuni limiti alle facoltà del creditore, tra i quali la necessità della presenza, nel contratto costitutivo, dei criteri e delle *"modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita"* e il fatto che l'appropriazione possa avvenire fino a concorrenza della somma garantita. Il creditore dovrà inoltre comunicare al costituente il valore attribuito ai beni ai fini dell'appropriazione.

Da quanto previsto alla lettera d) pare che l'intento del Legislatore sia stato quello di rafforzare la posizione ed i diritti dei creditori che, potendo contare su un più ampio spettro di modalità di escussione e sulla maggiore celerità ed effettività delle stesse rispetto a quelle previste dal Codice Civile, saranno ulteriormente incentivati ad erogare finanziamenti alle imprese<sup>159</sup>. Tuttavia, nonostante gli attesi effetti positivi derivanti da questa disposizione di autotutela del creditore, non ci si può esimere dal rilevare che, pur essendo richiesta la necessaria presenza del consenso delle parti, la fattispecie prevista dalla lettera d) si pone in netto contrasto<sup>160</sup> con quanto stabilito da recenti pronunce giurisprudenziali in materia di patto marciano.

Più volte, infatti, la Cassazione ha stabilito che elemento essenziale ai fini della validità del patto marciano è la previsione contrattuale in base alla quale, in caso di inadempimento, si proceda alla stima del bene e il creditore, in caso di valore

---

<sup>159</sup> La previsione pattizia di meccanismi di *"auto-soddisfacimento"* del creditore implica necessariamente un rafforzamento dell'aspettativa di realizzazione del credito e, quindi, una maggiore probabilità di raggiungere lo scopo della garanzia.

<sup>160</sup> Si teme il rischio di eventuali controversie che potrebbero sorgere in sede di applicazione dell'autotutela esecutiva prevista per il pignoramento non possessorio, esse potrebbero alimentare delle opinioni giurisprudenziali che, in forza del tipico divieto del Patto commissorio, mettano in grave difficoltà la diffusione di questa nuova garanzia non possessoria.

superiore a quello del credito, si appropri del bene stesso ma ne restituisca il plusvalore al debitore.

Atteso che la disciplina dell'autotutela della lettera d) consente al creditore di appropriarsi del bene a prescindere dal valore di quest'ultimo, parte della dottrina ha a tal proposito parlato di "ipertutela del credito"<sup>161</sup>, in quanto la posizione del creditore risulterebbe eccessivamente rafforzata.

### **3.2 – Le azioni a tutela del creditore**

Lo spossessamento del debitore quale requisito del pegno ordinario risponde, oltre che ai fini pubblicistici, anche all'esigenza del creditore di conservare il *collateral* proteggendolo da un uso intensivo o scorretto da parte del debitore che ne possa compromettere il valore.

Se è vero che l'assenza di spossessamento costituisce lo snodo centrale della disciplina della nuova garanzia reale e favorirà lo sfruttamento dei beni oggetto di garanzia, è anche vero che il creditore pignoratizio ha interesse a che il bene oggetto di garanzia sia adeguatamente conservato.

Per questo la Legge di conversione ha puntualizzato la circostanza che “...è fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo di beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.”

Le principali fattispecie di abuso potranno consistere nella gratuita attribuzione a terzi, da parte del debitore/concedente, della possibilità di disporre del bene e nell'improprio utilizzo del medesimo<sup>162</sup>. Per tutelarsi da tali evenienze, il creditore potrà esperire l'azione conservativa o quella inibitoria: il giudice dovrà quindi effettuare un bilanciamento di interessi tra l'autonomia dell'iniziativa imprenditoriale prevista dall'art. 41 comma 1 della Costituzione da una parte, e le

---

<sup>161</sup> F. LAMANNA, "Decreto banche": iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla Legge Fallimentare, Giuffrè, Milano, 2016, p. 55.

<sup>162</sup> In ogni caso, occorre considerare che è ritenuto un abuso qualsiasi comportamento, in capo al debitore, volto a vulnerare la consistenza della garanzia e non accompagnato da un contestuale potenziamento del patrimonio aziendale.

ragioni creditorie del finanziatore<sup>163</sup> dall'altra.

Ulteriori tutele della posizione del creditore sono approntate dal comma 7 ter dell'art. 1 della legge 119/2016 per il caso in cui il debitore o il terzo concedente non collaborino alla corretta escussione della garanzia.

Tale comma dispone infatti che *“se il titolo non dispone diversamente, il datore della garanzia deve consegnare il bene mobile oggetto del pegno al creditore entro quindici giorni dalla notificazione dell'intimazione di cui al comma 7”* e che, nel caso in cui il termine non sia rispettato, il creditore possa fare un'istanza (anche verbale) all'ufficiale giudiziario affinché proceda, anche non munito di titolo esecutivo e di precetto, conformemente alle disposizioni del libro terzo, titolo III, del codice di rito.

Atteso che il pegno non possessorio può trasferirsi dal bene originario a quello frutto della trasformazione, l'Ufficiale Giudiziario si potrà avvalere di un esperto stimatore o di un commercialista scelto dal creditore al fine di individuare correttamente il bene mobile oggetto di garanzia, tenendo in considerazione le eventuali operazioni di trasformazione o alienazione poste in essere<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Nella maggior parte dei casi, ma non a titolo esclusivo, il finanziatore sarà un Istituto di credito le cui ragioni sono tutelate dall'art. 47 della Costituzionale.

<sup>164</sup> Nel dettaglio, in caso di trasformazione o alienazione del bene originariamente oggetto di pegno, il pegno non possessorio si trasferisce automaticamente, senza dare luogo a una nuova garanzia, sul bene risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato da pegno, ovvero sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo. Ne derivano almeno due ordini di problemi. In primo luogo, salvo il caso in cui il pegno attenga a beni specificamente individuati, per esempio tramite un numero identificativo, il Legislatore non ha chiarito come si individuerà concretamente il bene oggetto di escussione: ciò, non solo quando il bene originario sia stato trasformato, ma anche nel caso in cui l'ufficiale giudiziario debba prelevare un bene oggetto di pegno tra i tanti della medesima specie (non identificabili con numero di serie). Secondariamente la lettera della legge non esplicita come sarà possibile per il creditore far valere il suo diritto di pegno sulla somma di denaro (bene per sua natura fungibile) qualora il bene oggetto di pegno venga alienato a terzi, una volta che tale somma, incassata dal debitore, si sarà confusa con altre somme di pertinenza dello stesso debitore sui suoi conti correnti e, magari, sarà stato impegnato nella normale attività di impresa. Ad aggravare questa opacità della legge vi è la circostanza che la somma di denaro frutto dell'alienazione del bene oggetto di pegno potrà essere impiegata per acquistare beni che non possono costituire oggetto di pegno (per es. beni mobili registrati). Per ora non è possibile trovare una risposta a queste lacune della legge, pertanto si auspica un intervento chiarificatore del Legislatore.

### 3.3 – Le azioni a tutela del debitore e del terzo concedente

Come si è potuto esporre nei paragrafi che precedono, la disciplina che regola l'escussione della garanzia non possessoria ha puntato a rafforzare in modo evidente la posizione del creditore.

Di contro, il Legislatore ha dovuto predisporre delle misure aventi lo scopo di riequilibrare il rapporto tra debitore-costituente e creditore.

Nel dettaglio, la posizione del debitore viene tutelata innanzitutto tramite la possibilità accordata allo stesso di proporre opposizione con ricorso<sup>165</sup> nel termine di cinque giorni dall'intimazione notificata dal creditore di cui al comma 7.

Questo rimedio, precedendo l'escussione della garanzia, ha carattere preventivo, ed è corredato dalla possibilità per l'opponente di presentare istanza affinché il giudice, al sorgere di gravi motivi, inibisca “*con provvedimento d'urgenza*” al creditore di procedere all'escussione in autotutela<sup>166</sup>.

Il rimando al provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* potrebbe d'altro canto far presupporre l'applicabilità dell'istituto della reclamabilità di cui all'art. 669-terdecies c.p.c.<sup>167</sup>, tuttavia, il requisito del *periculum in mora* concernente i gravi motivi, rende tale disposizione più in linea con il disposto *ex art. 624 c.p.c.*<sup>168</sup>,

La normativa *de qua* nulla chiarisce poi in ordine al riparto dell'onere probatorio tra

---

<sup>165</sup> L'opposizione si propone nelle forme previste dalle disposizioni di cui al libro IV, titolo I, capo III-bis, del codice di procedura civile ovvero con ricorso ma nelle forme del procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis e ss.* Per quanto riguarda le casistiche, a titolo d'esempio, l'opposizione del debitore potrebbe essere accolta qualora il creditore pignoratizio intendesse escutere la garanzia di fronte alla contestata ricorrenza, da parte del datore, del verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia ovvero di fronte alla violazione di un *pactum de non petendo* (in questo caso la buona fede del creditore si esplica nell'obbligo di non fare uso dei poteri di autotutela).

<sup>166</sup> La disposizione in oggetto richiama l'analogo provvedimento previsto dall'art. 624 comma 1 del codice di rito per il caso di sospensione per opposizione all'esecuzione forzata. Occorre però precisare che quest'ultimo è reclamabile, mentre per l'opposizione del debitore o del costituente all'esecuzione del creditore garantito da pegno non possessorio non è prevista un'espressa reclamabilità.

<sup>167</sup> L'art 669 terdecies al comma 1 dispone che “*Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore*”.

<sup>168</sup> L'art. 624 c.p.c. dispone che “*Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza*”.

le parti, ma non si ritiene, anche in virtù dei principi in tema di opposizione all'esecuzione, che vi sia alcuna inversione della posizione formale delle parti: così sarà il debitore a dover dimostrare i fatti costitutivi delle proprie deduzioni, ossia che non sussistono i presupposti per procedere all'escussione della garanzia o che è stata scelta una forma errata di escussione.

Nel ventaglio delle tutele accordate dal Legislatore al concedente vi è poi un rimedio di carattere successivo (in quanto caratterizza la fase successiva all'escussione della garanzia) che attribuisce al debitore-costituente la facoltà di esperire, entro tre mesi<sup>169</sup> dalla comunicazione inviatagli dal creditore ai sensi del comma 7, l'azione di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle modalità e dei criteri previsti dalla legge per le singole casistiche di escussione<sup>170</sup>.

Occorre anche precisare che tale azione a tutela del debitore pare essere riferita solo alle domande concernenti gli abusi commessi dal finanziatore nella fase esecutiva, esorbitando quindi dalla sua sfera di applicazione le azioni giudiziali relative al contratto di pegno, alla sua iscrizione nel registro di pegno, ai fatti costitutivi del credito garantito, nonché ad ogni altro evento non specificamente relativo all'escussione della garanzia.

A conferma di quanto detto, diverse sentenze della Cassazione<sup>171</sup> hanno chiarito che

---

<sup>169</sup> Il termine di decadenza di tre mesi per agire in giudizio, in luogo degli ordinari termini prescrizionali, non sembra essere suffragato da alcuna ragionevole giustificazione: vi è il rischio che in futuro possano emergere incidenti di legittimità costituzionale per violazione degli artt... 3 e 24 Cost. Tuttavia, la dottrina ritiene che, in ogni caso, nonostante la brevità di tale termine, si tratti di responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* (del Patto Marciano e degli obblighi di protezione del patrimonio del datore della garanzia e/o informativi).

<sup>170</sup> Dal tenore letterale del comma 9 dell'art. 1 (*“Entro tre mesi dalla comunicazione di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 7, il debitore può agire in giudizio per il risarcimento del danno quando l'escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità di cui alle predette lettere a), b), c) e d) )) e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della disposizione di cui alla lettera d)”) sembra potersi ricavare l'assunto che, ai fini dell'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno, si richieda la presenza cumulativa, oltre che della violazione dei criteri e delle modalità dell'escussione previsti dalla legge, anche dell'incongruità tra il prezzo della vendita (o corrispettivo della cessione, canone di locazione, valore comunicato ai fini dell'appropriazione) e quelli che sono i valori correnti di mercato.*

<sup>171</sup> Si veda Cass. civ., sez. trib., 24 aprile 2009, n. 9772; Cass. civ., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21032

le norme introduttive di decadenze, causando la compressione del diritto di azione, hanno carattere eccezionale e devono essere interpretate in modo ristretto, non essendo passibili di applicazione al di fuori dei casi da esse espressamente previsti.

Oltre a quanto previsto dal dato normativo della legge n. 119/2016, la tutela del concedente passa anche attraverso l'azione di ingiustificato arricchimento, cui è correlato l'obbligo di restituire l'eccedenza in capo al creditore.

Qualora l'intimazione alla quale il creditore pignoratizio è tenuto non sia avvenuta, il concedente dovrà tutelarsi dall'arricchimento ottenuto "mediante fatto ingiusto" (per utilizzo *sine titulo* di diritti o beni altrui). Se invece l'escussione è avvenuta a seguito di un evento diretto ed automatico, la tutela sarà quella "derivante da una prestazione altrui", non ingiusta ma indebita o *sine causa* (ad esempio arricchimento imposto o mediato): in tale sede la regola violata è quella di circolazione di un bene giuridico, la quale dispone che gli spostamenti patrimoniali devono essere giustificati, ossia deve sussistere una giusta causa.

#### **4 – Il pegno non possessorio nelle procedure esecutive e concorsuali**

##### **4.1 – Il pegno non possessorio nelle procedure esecutive sul *collateral***

Dalla natura consensuale del contratto costitutivo di pegno mobiliare non possessorio, deriva la possibilità che la procedura di escussione della garanzia non possessoria si svolga parallelamente a diverse procedure esecutive promosse da altri creditori.

In questo caso, la lettera del comma *7-quater* dell'art. 1 della legge n. 119/2016 prevede l'intervento del giudice dell'esecuzione il quale, su istanza del creditore garantito dal pegno non possessorio, lo autorizza con decreto ad escutere la garanzia individuando anche le modalità e i tempi dell'escussione ai sensi del comma 7.

Se è vero che la previsione normativa del necessario intervento del giudice dell'esecuzione può, di primo acchito, stridere con la natura stragiudiziale delle altre modalità di escussione previste dalla legge 119, è anche vero che in questa circostanza l'intervento del giudice risponde ad un'esigenza di bilanciamento degli

interessi. Occorre infatti considerare come il giudice debba contemperare le legittime pretese di una pluralità di creditori e, per farlo, si trovi a dover mitigare i poteri del creditore che intenda procedere all'escussione della garanzia mobiliare non possessoria.

È chiaro, a questo proposito, che l'autorità giudiziaria debba avere un più ampio potere in relazione all'esecuzione.

La disciplina del pegno non possessorio in compresenza di procedura esecutiva inerente al bene oggetto di pegno dispone inoltre che, qualora il creditore pignoratizio ottenga, grazie all'escussione, una somma maggiore rispetto all'importo garantito, debba devolvere tale eccedenza alla procedura esecutiva salvo l'esistenza di crediti privilegiati cronologicamente anteriori rispetto a quello del creditore istante.

Solo in questa evenienza le pretese del creditore garantito da pegno non possessorio sono postergate rispetto a quelle degli altri creditori.

#### **4.2 – Il pegno non possessorio nelle procedure concorsuali**

I rapporti tra il pegno non possessorio e le procedure concorsuali sono disciplinati da due commi della legge n. 119/2016.

Nello specifico, all'interno dell'art. 1 del Decreto Banche, in tre occasioni il Legislatore disciplina i rapporti tra il pegno non possessorio e le procedure concorsuali.

Nello specifico, al comma 4 si dice che il pegno diventa opponibile ai terzi nonché alle "*procedure esecutive e concorsuali*" dal momento<sup>172</sup> dell'iscrizione nel Registro dei pegni non possessori.

---

<sup>172</sup> A tal proposito, vi è poi da menzionare la circostanza che la Legge di conversione, modificando le parole "*dal momento*" al posto della locuzione "*dalla data*" disposta nel Decreto-legge, fa intendere che se l'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel Registro delle Imprese è avvenuta nello stesso giorno di quella del pegno nell'apposito registro, delle due prevarrà l'iscrizione che si è verificata in orario anteriore. Ci si chiede se il mutamento lessicale possa avere conseguenze sulla inoperatività della regola c.d. dell'ora zero prevista all'art. 16 ultimo comma Legge Fallimentare. È noto infatti come gli effetti della sentenza

Dal combinato disposto dei due suddetti commi dell'art. 1 si può facilmente dedurre che, ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari, i termini in base ai quali valutare se la costituzione della garanzia mobiliare sia avvenuta durante il periodo sospetto decorrono, per il pegno non possessorio, dal momento della sua iscrizione nell'apposito Registro, e non dalla stipula del contratto, in quanto è da quel momento che la garanzia in questione diventa opponibile alle procedure concorsuali.

In caso di fallimento del debitore, il Legislatore al comma 8 dispone che il creditore può procedere all'escussione del pegno secondo quanto previsto dal comma 7, "*solo dopo che il suo credito è stato ammesso al passivo con prelazione*": anche nel caso del pegno non possessorio, come già disciplinato in passato per altri tipi di garanzia non possessoria<sup>173</sup>, il Legislatore rompe le barriere dell'autotutela esecutiva limitata, col fine di consentire al creditore pignoratizio di procedere autonomamente alla liquidazione del bene.

A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di pegno ordinario, per cui ai sensi dell'art. 53 della legge fallimentare il creditore pignoratizio può vendere la cosa oggetto di pegno solo su autorizzazione del Giudice delegato, l'unico presupposto richiesto per la realizzazione stragiudiziale del pegno non possessorio nel caso di fallimento del debitore è rappresentato dall'ammissione allo stato passivo: ognuna

---

dichiarativa di fallimento usualmente retroagiscono all'ora zero del giorno in cui la stessa viene depositata, così travolgendo anche gli atti posti in essere nel corso della stessa giornata del deposito ma in un momento anteriore al deposito della sentenza: questi ultimi atti saranno inefficaci. La suddetta efficacia retroattiva della sentenza con conseguente inefficacia degli atti posti in essere nel corso della giornata non opera per il *Financial Collateral* e per la Direttiva *Settlement Finality*. Se l'opponibilità del pegno non possessorio va ancorata al momento e non più alla data dell'iscrizione, ciò potrebbe essere sintomatico dell'inoperatività della regola dell'ora zero. Ne consegue che per il pegno non possessorio sarebbe sufficiente un sistema che indicasse sia l'ora sia il minuto, in conformità con l'indicazione dell'ora e del minuto che il cancelliere deve apporre al momento del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento, in funzione della determinazione del momento di eventuali ordini immessi in un sistema telematico di pagamento.

<sup>173</sup> L'impermeabilità dell'autotutela esecutiva rispetto alle procedure concorsuali era già stata disciplinata, con riferimento alle garanzie finanziarie, dall'art. 4 D.lgs. 170/2004, norma in base alla quale, in caso di apertura di una procedura di liquidazione, il creditore può procedere alla vendita o all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto di pegno.

delle facoltà del creditore di cui all'art. 7 è preclusa fino al momento dell'ammissione al passivo con *ius praelationis*.

All'autotutela esecutiva limitata prevista dalla disciplina codicistica si contrappone quindi l'autotutela "piena" prevista dalla legge n. 119/2016 per i crediti garantiti da pegno non possessorio.

Ne deriva che, al fine dell'escussione della garanzia, il creditore dovrà depositare in Tribunale istanza di ammissione al passivo del fallimento del debitore; il Giudice, previa verifica del rispetto delle formalità per la costituzione del pegno, ammetterà il credito al passivo con il riconoscimento della prelazione e, solo in seguito, il creditore potrà escutere il pegno non possessorio con le modalità previste dal comma 7 (*id est* vendita, escussione/cessione, locazione e appropriazione)<sup>174</sup>.

Spetterà quindi al creditore dimostrare non solo l'esistenza del proprio credito, ma anche il fatto che esso sia assistito da una causa di prelazione: il pegno mobiliare non possessorio.

Infine, il comma 10, precisando che "*agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 R.D. 16 marzo 1942, n. 267, il pegno non possessorio è equiparato al pegno.*", avrà come conseguenza principale la possibilità che l'atto costitutivo del pegno non possessorio possa essere assoggettato alla revocatoria ordinaria nel fallimento<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Pare evidente che tale procedura risulti innanzitutto più snella rispetto a quella prevista per il pegno ordinario di cui all'art. 53 L. fallimentare, ed anche chiaramente più vantaggiosa per il creditore, in quanto garantisce l'escussione del pegno senza valutazione da parte degli organi della procedura sull'opportunità di addivenire o meno alla vendita del bene oggetto di pegno. Per questo motivo, la previsione normativa *de qua*, oltre a costituire una deroga all'art. 51 L. fallimentare (il quale stabilisce una regola generale in base alla quale sono vietate le procedure esecutive particolari nel corso del fallimento), rappresenta anche un riflesso della ratio del Decreto Banche ovvero quella dell'accelerazione del realizzo del credito da parte dei finanziatori.

<sup>175</sup> Il comma 10 dell'art. 1 equipara il pegno senza spossessamento al pegno ordinario anche sotto il profilo delle azioni revocatorie (ordinaria e fallimentare), le quali potranno così eventualmente essere proposte dal curatore, come da prassi, nei confronti del creditore pignoratizio. Ai sensi dell'art. 67 Legge Fallimentare, a meno che l'altra parte non provi che non conosceva l'atto di insolvenza del debitore, potranno essere revocati i pegni non contestuali costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti, o costituiti entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti, nondimeno i pegni contestuali costituiti nei sei mesi anteriori.

Qualora, invece, la garanzia senza spossessamento sia stata costituita nell'ambito di un piano di risanamento attestato oppure di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione del debito omologato, o quando sia stata legalmente costituita dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 della legge fallimentare, sfuggirà alla revocatoria.

In considerazione del fatto che, dopo le iniziali incertezze applicative, l'istituto del pegno non possessorio, grazie alla sua duttilità e adattabilità alle esigenze degli operatori economici e commerciali, sarà diffusamente utilizzato dal mercato, è opportuno effettuare alcune considerazioni in merito alle criticità che potranno nascere dal rapporto con la disciplina fallimentare.

In primo luogo, si consideri che l'opzione preferenziale del Legislatore per la liquidazione in via stragiudiziale da parte del creditore, anche in presenza di una procedura fallimentare, ancorché riconducibile ad esigenze di celerità della realizzazione del credito, può ostacolare la liquidazione dell'azienda, in particolar modo con riferimento alle ipotesi in cui siano oggetto di pegno mobiliare non possessorio i beni strumentali.

Sarebbe forse stato più opportuno mantenere il bene nell'ambito della liquidazione fallimentare del complesso aziendale in quanto la modalità prevista dalla legge 119 potrebbe ostacolare la liquidazione dell'azienda come complesso unitario dei beni, atteso che vengono sottratti alla liquidazione fallimentare singoli beni oggetto di pegno non possessorio.

Secondariamente, dato che l'art. 93 della legge fallimentare non viene citato dalla legge 119/2016, esso pare essere pienamente applicabile: pertanto, il creditore pignoratizio, nella domanda di ammissione al passivo, dovrà dare compiuta indicazione e descrizione del bene oggetto di pegno al fine di consentirne l'esatta individuazione.

Una criticità in questo caso deriva dal fatto che il pegno non possessorio può trasferirsi al prodotto esito della lavorazione del bene originariamente sottoposto a vincolo di garanzia, ed è pertanto lecito attendersi che vi saranno dei costi per il rinvenimento e l'individuazione del bene, anche e soprattutto quando il pegno si trasferisca sul corrispettivo della vendita.

La legge tuttavia non specifica chi debba farsi carico dei costi del rinvenimento del bene oggetto di pegno, ma parrebbe opportuno ritenere che tali costi debbano essere sostenuti dal creditore.

È inoltre dubbio se, in caso di mancato rinvenimento del bene, pur in presenza dell'iscrizione del pegno nel registro istituito presso l'Agenzia delle Entrate, il credito pignoratizio si trasferisca in ogni caso su un valore economico, dando per scontato che l'assenza del bene equivalga alla sua vendita.

Da quanto detto emerge che l'istituto sembra essere destinato ad impattare in termini alquanto problematici con la materia fallimentare, nonché a far sorgere probabili contenziosi, almeno fino a quando la giurisprudenza di Cassazione darà indicazioni precise sull'adattabilità della figura del pegno non possessorio alla procedura di fallimento ed all'ordinamento giuridico italiano in generale.

## **5 - Il rinvio generale alla disciplina del pegno tradizionale**

L'ultimo comma dell'art. 1 del Decreto Banche dispone che, per quanto non previsto nel Decreto stesso, si applicano, nella misura in cui siano compatibili, le disposizioni di cui al Libro sesto, Titolo III, Capo III del Codice Civile: si tratta delle disposizioni codicistiche in tema di pegno ordinario.

Ai fini dell'applicabilità delle norme del pegno codicistico a quello non possessorio, è necessaria quindi la presenza di una lacuna normativa nel Decreto Banche e, in secondo luogo, si richiede che la disciplina del Codice Civile sia compatibile con la nuova garanzia non possessoria.

Infatti, nel rimando alle norme codicistiche dovranno essere considerate le caratteristiche di questo istituto il quale non dovrà essere snaturato nella sua peculiarità: l'assenza dello spossessamento del debitore che, detenendo il bene oggetto di garanzia, può alienarlo o trasformarlo nel rispetto della sua destinazione economica<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> Vd. N. GRAZIANO, *Un registro ad hoc per il nuovo pegno non possessorio*, in "Guida al diritto", 2016, 23, p. 32.

A tal fine, di certo risulteranno non applicabili al pegno non possessorio tutte quelle disposizioni che presuppongono la consegna materiale della *res* pignorata al creditore.

Considerando il requisito della lacuna normativa nella legge n. 119/2016 come presupposto ai fini del rimando alla disciplina del pegno ordinario, non saranno certamente applicabili al pegno non possessorio l'art. 2786 c.c. sulla costituzione del pegno, l'art. 2787 c.c. sulla prelazione del creditore pignoratizio e le norme sulla vendita della *res* oppignorata (artt. 2795, 2796, 2797, 2798 c.c.) stante il fatto che la novella legislativa prevede una disciplina ad hoc per questi aspetti.

Alla medesima conclusione si giunge in relazione all'applicabilità al pegno non possessorio di crediti degli artt. 2803 c.c. e 2804 c.c., i quali regolano rispettivamente la riscossione del credito dato in pegno e l'assegnazione o vendita del credito, in quanto l'art. 1 comma 7 della legge n. 119/2016 disciplina in maniera approfondita le modalità di escussione della nuova garanzia mobiliare senza spossessamento.

Dovendo individuare quali siano le norme riguardanti il pegno ordinario applicabili anche al pegno non possessorio, si può ipotizzare<sup>177</sup> l'applicabilità dell'art. 2788<sup>178</sup>, il quale disciplina l'estensione dello *ius praelationis* anche agli interessi, considerato che l'oggetto della prelazione non è inficiato in alcun modo dal fatto che nella garanzia mobiliare di recente introduzione non è prevista la *traditio rei* al creditore. In via interpretativa si ritiene applicabile al pegno non possessorio anche l'art. 2790 disciplinante l'obbligo del debitore di tenere e utilizzare la *res* oggetto di pegno secondo la diligenza del buon padre di famiglia<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Sull'argomento non è ancora presente giurisprudenza e la dottrina non si è finora espressa.

<sup>178</sup> In questo senso, l'art. 2788 può essere considerato come ulteriore forma di tutela a vantaggio del creditore.

<sup>179</sup> Nell'art. 2790 relativo al pegno ordinario l'obbligo, stante lo spossessamento del debitore, è posto in capo al creditore che detiene materialmente il possesso della *res* ma, ad opinione di chi scrive, anche in coerenza con la facoltà del creditore di esperire l'azione inibitoria e quella conservativa, tale obbligo (che risiede nel rinvio all'art. 1768 disciplinante il dovere di diligenza nella custodia della cosa data in pegno *ex art. 1768 c.c.*) può essere riferito in via interpretativa anche al debitore che, avendo costituito un pegno non possessorio su un bene, continua a detenerne il possesso. A questo proposito non mancano opinioni contrarie in dottrina: a titolo d'esempio vd. M. CAPUTO, L. CAPUTO, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno*

Occorre sottolineare, però, che pare essere remota l'ipotesi in cui l'imprenditore-debitore si trovi a violare il dovere di diligenza nella custodia e nell'uso della cosa oggetto di pegno, stante il suo interesse a che il bene sia ben tenuto in quanto tale bene è necessario per lo svolgimento della sua attività d'impresa.

Nel silenzio della legge n. 119/2016 pare potersi applicare al pegno non possessorio anche l'art. 2805 che, in caso di pegno di crediti, consente al *debitor debitoris* di opporre al creditore pignoratizio le stesse eccezioni opponibili al suo creditore, atteso che a tal fine non osta l'assenza della *traditio* del bene (peraltro assente anche nel caso di pegno "ordinario" su crediti).

Altri articoli del Codice Civile, avendo come presupposto lo spossessamento del debitore costituente il pegno ordinario, non sono applicabili al pegno non possessorio<sup>180</sup>.

Tra i tanti, a titolo d'esempio, è possibile citare l'art. 2789 che attribuisce al creditore che abbia perduto il possesso della cosa ricevuta in pegno, il potere di agire con le azioni di rivendica e possessorie spettanti al costituente: atteso che nel caso di pegno non possessorio manca il possesso del creditore, tali rimedi saranno esperibili esclusivamente da parte del debitore costituente.

Appurato che il rinvio alle norme del Codice Civile crea un collegamento logico-giuridico con l'impianto normativo del pegno ordinario, è opportuno chiedersi se le peculiarità distintive del pegno non possessorio lo caratterizzino in maniera tale da impedirne l'assimilazione al pegno ordinario, oppure se il pegno non possessorio sia da considerarsi come una mera variante dello schema tipico del pegno codicistico. Quest'ultima opzione, date le proprietà del pegno non possessorio, non pare essere quella più adatta: il rinvio alla disciplina codicistica non è infatti, quantomeno a

---

*mobiliare non possessorio*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 155 ss. i quali, sulla base dell'assenza dello spossessamento, escludono a priori l'applicabilità della norma.

<sup>180</sup> Si consideri in particolare: l'art. 2789 c.c. che attribuisce al creditore pignoratizio che abbia perduto il possesso della *res* oggetto di pegno la facoltà di agire con le azioni di rivendica o possessorie spettanti al costituente; l'art. 2791 che attribuisce al creditore la facoltà di appropriarsi dei frutti della *res* ricevuta in garanzia; l'art. 2792 che vieta al creditore di usare e disporre della *res* senza il consenso del costituente; l'art. 2793 che consente al costituente il pegno di domandarne il sequestro all'autorità giudiziaria qualora il creditore abusi del bene.

parere dello scrivente, sufficiente a considerare il pegno non possessorio come una mera variante del pegno ordinario<sup>181</sup>.

Il rinvio alla disciplina codicistica pare piuttosto rispondere alle intenzioni del Legislatore di identificare in anticipo l'ambito normativo cui fare riferimento per colmare, in via analogica, le lacune della disciplina di una fattispecie di garanzia mobiliare, che rimane comunque diversa ed autonoma da quelle previgenti.

---

<sup>181</sup> Autorevole dottrina pare prendere posizione in senso contrario. A tal proposito vd. E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 2017, 2, p. 12, il quale, afferma che il pegno non possessorio *ex lege* n. 119/2016 è "*un sotto-tipo del pegno di diritto comune, come risulta dalla circostanza che – secondo la teoria che distingue tra tipo e sotto-tipo – la figura presenta rispetto al tipo delle caratteristiche ulteriori, le cosiddette note extracontrattuali tipiche, le quali non sono presenti nel tipo legale del pegno, e tanto meno nella sua forma rotativa*".

## **CAP. 5 – CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

### **1 - Gli esiti dell'analisi normativa**

L'insieme delle caratteristiche della nuova garanzia non possessoria ed il fatto che esse siano combinabili tra loro in modo flessibile, rende la fattispecie del nuovo pegno non possessorio uno schema elastico di garanzia mobiliare che può trovare diverse applicazioni a seconda delle esigenze e delle conseguenti pattuizioni delle parti.

Occorre infatti considerare che in base al modo in cui viene identificato il credito o il bene in garanzia, in base al fatto che esso sia determinabile, determinato o futuro e alla circostanza che le parti abbiano (o meno) previsto la rotatività della garanzia, il divario delle caratteristiche del pegno non possessorio rispetto a quello codicistico si amplia o si riduce.

In particolare, a seconda che il bene oggetto di garanzia sia descritto in maniera specifica o generica, è possibile dare origine ad un diritto reale di garanzia la cui differenza rispetto al pegno codicistico sia tutta incentrata nell'assenza di spossessamento (nel primo caso, ovvero qualora il bene sia descritto in dettaglio e perfettamente individuato), oppure costituire una garanzia non possessoria caratterizzata da una piena rotatività (questo in particolare nel secondo caso, ovvero quando il bene sia descritto in termini generici).

Quasi in un'ottica di proporzionalità inversa, all'allontanamento della garanzia mobiliare dal modello codicistico del pegno, corrisponde l'avvicinamento della stessa ai modelli di garanzia che già diversi anni prima del Decreto Banche si erano diffusi nelle prassi commerciali degli operatori internazionali. Peraltro, la Relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. 59/2016 rende noto che l'accostamento

del sistema italiano alle tipologie di garanzie mobiliari già utilizzate all'estero, rientra pienamente tra gli scopi della riforma italiana delle garanzie<sup>182</sup>.

L'esito dell'analisi del nuovo istituto del pegno non possessorio e dei suoi antecedenti normativi<sup>183</sup> consente di effettuare alcune considerazioni ulteriori.

In primo luogo, appare evidente come l'unitarietà della categoria del pegno sia stata soppiantata da una pluralità di tipologie di pegni, ognuna di esse caratterizzata da una specifica ed autonoma disciplina.

Nel *genus* del pegno rientrano ora sia il pegno classico che il nuovo pegno non possessorio; in più occasioni si è avuto modo di rilevare come la prima e fondamentale differenza tra le due tipologie discenda già dal momento genetico-costitutivo degli stessi: mentre il primo (pegno tradizionale) si costituisce con contratto di natura reale, il secondo ha natura consensuale.

Le differenze che hanno affrancato il nuovo pegno mobiliare non possessorio dal modello del pegno codicistico, hanno contemporaneamente evidenziato la vetustà di quest'ultimo sotto il profilo dell'appetibilità nel quadro economico odierno: il superamento del requisito dello spossessamento del costituente è stato il primo e più importante passo verso l'aggiornamento delle garanzie mobiliari italiane alle esigenze dell'economia globalizzata.

Volendo trarre le conclusioni del presente lavoro, si può affermare che proprio la perdita di centralità dello spossessamento ha costituito l'elemento fondamentale della recente riforma delle garanzie mobiliari italiane: la *traditio* del bene concesso

---

<sup>182</sup> Vd. Il sesto paragrafo della relazione illustrativa in riferimento all'art. 1, il quale afferma che “*Per supplire alle lacune dell'impianto tradizionale e limitare il ricorso agli interventi legislativi di dettaglio, diversi ordinamenti di civil law hanno di recente posto in essere una riforma organica del sistema delle garanzie reali mobiliari: tra questi spiccano l'ordinamento francese, l'ordinamento olandese e quello del Québec (...). La disposizione introdotta si muove sulla medesima linea, prefigurando una modernizzazione del regime delle garanzie, volta a semplificare e rendere più flessibili ed efficaci le regole applicabili, allineando il diritto italiano ai più recenti sviluppi registrati in ambito europeo e internazionale*”. L'evoluzione normativa in tema di garanzie mobiliari non possessorie si è evoluta altresì in sintonia con i principi della *Model Law on Secured Transactions* emanati dall'UNCITRAL nel luglio 2016, in particolare con riferimento al pegno su cosa futura e al pegno a garanzia di obbligazioni future.

<sup>183</sup> Si pensi per esempio ai vari pegni non possessori istituiti in occasione di interventi normativi settoriali quali il pegno sui prosciutti *ex art. 1, L. 24 luglio 1985, n. 401* e il pegno sugli articoli lattiero-caseari, *ex art. 7, L. 27 marzo 2001, n. 122*.

in garanzia, in passato requisito assolutamente necessario<sup>184</sup> per la valida costituzione del pegno, ad opera della l. n. 119/2016 è diventata elemento fungibile, sostituibile<sup>185</sup> con altri meccanismi che consentano sia la pubblicità che l'opponibilità ai terzi.

La suddetta legge viene quindi ad essere la consacrazione normativa del fatto che lo spossessamento, da elemento naturale intrinseco e fisiologicamente necessario ai fini della valida costituzione di un pegno, sia stato degradato ad una delle diverse possibili modalità tramite le quali si raggiunge un obiettivo fondamentale ai fini del corretto e genuino funzionamento della garanzia stessa, ovvero quello della conoscibilità della garanzia da parte dei terzi.

E' ancora presto per domandarsi se il degradamento dello spossessamento e la sua sostituzione con l'iscrizione scritturale nel registro informatico pubblico siano indici del fatto che la garanzia mobiliare possa in futuro assumere una natura pienamente consensuale; è tuttavia da apprezzare, dopo anni di immobilismo, la direzione intrapresa dal Legislatore con l'introduzione del pegno mobiliare non possessorio, in quanto ha impresso una notevole spinta innovatrice al sistema italiano delle garanzie, ponendo così le basi per un più vivace e agevole sviluppo dell'economia e degli scambi commerciali.

## **2 - Riflessioni sulla modalità di decretazione d'urgenza**

Se è vero che la portata innovatrice della riforma delle garanzie mobiliari in oggetto non è in discussione, è altrettanto vero che tale riforma può suscitare nell'operatore del diritto alcune riserve, quantomeno in merito alla modalità normativa adottata dal Legislatore: il decreto-legge.

---

<sup>184</sup>La deroga alla necessità della *traditio rei* aveva già trovato in passato consacrazioni normative, ad esempio nel caso delle garanzie finanziarie *ex d. lgs. n. 170/2004*).

<sup>185</sup>Come si è già avuto modo di illustrare nel corso dell'elaborato, la nuova disciplina del pegno non possessorio conferma che l'unico elemento che non è mai possibile *obliterare* è una qualche forma di pubblicità della garanzia mobiliare stessa. Tale esigenza di pubblicità sarà soddisfatta, nel caso del pegno non possessorio, tramite l'iscrizione dello stesso nell'apposito registro da istituirsi presso l'Agenzia dell'Entrate.

La scelta della decretazione d'urgenza per introdurre un istituto, come quello del pegno non possessorio, avente una portata innovativa dirompente se rapportato alla tradizione giuridica romanistica in materia di garanzie reali, potrebbe aver impattato negativamente sulla buona riuscita della riforma delle garanzie reali mobiliari.

Il Legislatore, nell'arco almeno dell'ultimo decennio, ha fatto ricorso alla decretazione d'urgenza in svariate occasioni, anche quando lo strumento del decreto-legge non era quello più adatto o i presupposti per l'utilizzo dello stesso<sup>186</sup> erano, almeno in parte, carenti.

In generale, gli esiti negativi derivanti da una simile pratica di utilizzo sconsiderato della decretazione d'urgenza sono sostanzialmente due: in primo luogo l'assenza di un indirizzo generale - quale sarebbe quello di una legge strutturata ed organica - accresce notevolmente il rischio che le norme contenute nel decreto-legge vadano a confliggere con altre norme già esistenti nel sistema giuridico; in secondo luogo diviene ben più che potenziale il rischio che vengano meno i più elementari canoni di certezza del diritto e di qualità della legislazione<sup>187</sup>.

Al netto del fatto che il "Decreto Banche" sia stato convertito con legge n. 119/2016 e che quest'ultima abbia apportato modifiche ed integrazioni alla disciplina del pegno non possessorio, almeno a parere di chi scrive la decretazione d'urgenza non era la modalità più adatta per normare una materia complessa e articolata come quella delle garanzie mobiliari, la quale meritava (e soprattutto richiedeva) un'attenzione più organica e strutturale.

Questa linea di pensiero deriva soprattutto dal fatto che l'istituto del pegno non possessorio è ancora oggi inapplicabile nel concreto in quanto per la sua operatività presuppone la creazione del registro informatico dei pegni non possessori presso l'Agenzia delle Entrate che non è ancora stato istituito.

---

<sup>186</sup> Si veda l'art. 77 Cost. il quale, al comma 2, stabilisce che "*in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge*", restringendo quindi l'utilizzabilità del decreto-legge solo alle situazioni caratterizzate da necessità e urgenza.

<sup>187</sup> Si veda a tal proposito l'art. 15, 3° comma, della legge ordinaria dello Stato 23 agosto 1988 n. 400 la quale afferma che "*i Decreti devono contenere misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*".

Da questo punto di vista, quindi, ci troviamo in una delle tante ipotesi in cui gli istituti nuovi o seminuovi introdotti in “via d’urgenza” non possono operare perché mancano tutti quegli adattamenti funzionali e propedeutici al loro esercizio.

Tali adattamenti sono spesso oggetto di disposizioni attuative che vengono in seguito demandate ai singoli ministeri<sup>188</sup>. Il fatto che, a distanza di più di due anni dalla conversione in legge del “Decreto Banche”, non sia ancora stato implementato il registro dei pegni non possessori, quantomeno ci fa interrogare sulla effettiva urgenza dell’istituto in questione.

Utilizzare la decretazione d’urgenza in forma poco meditata per introdurre un istituto la cui operatività è solo “virtuale”, rischia di far sorgere più problemi di quelli che l’introduzione del nuovo pegno non possessorio vorrebbe risolvere: nelle more dell’implementazione del registro, potrebbe sorgere un numero di controversie in materia così alto che non si riuscirà invece a raggiungere il nobile obiettivo del migliorare l’accesso al credito da parte delle aziende.

Se, da un lato, il ritardo nell’implementazione del registro ci fa riflettere sull’effettiva urgenza dell’introduzione del nuovo istituto, dall’altro non può che accendere il dubbio che l’introduzione del pegno non possessorio (avvenuta peraltro con decreto-legge) abbia avuto una finalità che trascende quella dichiarata (il sostegno all’economia tramite la facilitazione dell’accesso al credito).

In quest’ottica il ricorso al decreto-legge potrebbe aver avuto il ruolo di rapido ed efficiente “effetto annuncio” con il quale il Legislatore italiano ha voluto comunicare agli *stakeholders* mondiali che il Paese si stava muovendo sia per efficientare il sistema giustizia, che per incrementare la facilità di accesso al credito.

Un argomento a sostegno di questa tesi è riscontrabile dall’analisi dei *reports* “*Doing Business*” della Banca Mondiale, nei quali il punteggio attribuito all’Italia in seguito all’emanazione del Decreto Banche ha registrato un notevole incremento<sup>189</sup> immediatamente dopo l’annuncio delle riforme contenute nello stesso.

---

<sup>188</sup> Si attende anche l’emanazione del Decreto del Ministero dell’economia e delle Finanze che dovrebbe disciplinare il funzionamento concreto del Registro dei pegni non possessori.

<sup>189</sup> Si vedano a tal proposito i *reports* “*Doing Business*” della *World Bank* (<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>), i quali classificano

Se ciò, da un punto di vista macroeconomico, non può che suscitare la soddisfazione anche dell'operatore giuridico, dal punto di vista qualitativo la riforma delle garanzie mobiliari soffre tuttora di un'assoluta ineffettività a causa dell'assenza del registro pubblico che ne costituisce il presupposto operativo.

Per quanto si possano prevedere e stimare l'incremento di utilità e le positive ricadute pratiche date dalla maggiore flessibilità e dinamicità delle garanzie mobiliari nell'ordinamento italiano, deve essere chiaro che introdurre norme non immediatamente applicabili rischia di generare un elevato numero di controversie giurisdizionali tra gli operatori pratici.

Infine, la via della decretazione d'urgenza appare essere stata inadeguata ai fini della riforma in oggetto altresì per il fatto che le sue caratteristiche intrinseche (ovvero i presupposti di necessità e urgenza) hanno probabilmente indotto il Legislatore ad una "cautela normativa" che si è riverberata nella mancata generalizzazione dell'istituto del pegno mobiliare non possessorio a favore di tutti i soggetti giuridici: la timidezza del Legislatore in questo frangente, ha limitato l'applicabilità del nuovo pegno non possessorio ai soli soggetti imprenditori<sup>190</sup>.

### **3 - Il pegno non possessorio nel finanziamento delle *start-up***

Nel corso della precedente trattazione si è potuto più volte evidenziare come il nuovo diritto reale di garanzia non possessoria, grazie all'assenza della necessaria indicazione di un bene determinato, giochi un ruolo fondamentale nell'agevolare

---

le economie dei vari Paesi del mondo in base alla semplicità del "fare *business*" nei Paesi stessi. Gli indici utilizzati per realizzare il *ranking* prendono in considerazione voci quali, tra le altre, la facilità di accesso al credito (*getting credit*) e la facilità con la quale il creditore può ottenere l'esecuzione di una prestazione alla quale un debitore si è obbligato tramite un contratto (*enforcing contracts*). L'indice *enforcing contracts* dell'Italia, in seguito "all'effetto annuncio" ottenuto con l'emanazione del "Decreto Banche" del 2016, ha effettivamente fatto registrare un sensibile miglioramento passando dalla posizione numero 147 nell'anno 2015 a quella numero 108 nell'anno 2017.

<sup>190</sup> A tal proposito si veda *supra* il par. 4.1.4 nel quale ipotizza che l'utilizzabilità del pegno non possessorio solo a vantaggio degli imprenditori iscritti nel Registro delle Imprese sia stata una limitazione dovuta ai presupposti di necessità e urgenza quali circostanze legittimanti la tutela delle imprese in crisi, ma non sufficienti a legittimare una riforma *tout court* delle garanzie mobiliari.

l'accesso al credito. Occorre però evidenziare come rilevanza ancora maggiore possa avere tale istituto qualora se ne ipotizzi l'applicazione a vantaggio di soggetti che, a causa di una scarsa dotazione patrimoniale nel momento in cui contraggono un debito, difficilmente potrebbero ricorrere a garanzie reali tradizionali<sup>191</sup>.

Ciò deriva soprattutto dalla principale caratteristica della garanzia fluttuante, ovvero la sua valida costituibilità ed opponibilità anche nei casi di incapienza, iniziale o successiva, del patrimonio aziendale: la garanzia non possessoria sarà uno strumento di *security* particolarmente adatto ad assistere i finanziamenti e i prestiti che hanno come scopo quello dell'investimento in un'impresa che, in considerazione della sua recente costituzione, si trovi a non poter vantare altro che un valido progetto imprenditoriale<sup>192</sup> e una "stimata" capacità del *management* di sviluppare il business creando profitti.

Particolarmente significativo è inoltre il caso delle aziende che si trovino in una temporanea situazione di debolezza patrimoniale (peraltro spesso aggravata da gravi contrazioni dei ricavi) e di difficoltà in genere.

Un simile scenario, nel contesto giuridico conosciuto sino all'introduzione della garanzia fluttuante, avrebbe interrotto il funzionamento della clausola di rotatività della garanzia, compromettendone l'efficacia non novativa sui beni che sarebbero stati acquisiti successivamente.

Qualora, invece, si ipotizzi l'adozione della garanzia fluttuante per garantire i prestiti erogati alla suddetta impresa, i beni oggetto di garanzia sarebbero determinati in ragione del loro valore in rapporto ad una quota del patrimonio del costituente; ne deriverebbe che la mancanza di tali beni in un determinato momento non comprometterebbe in alcun modo il creditore. Per quest'ultimo sarà sufficiente attendere una nuova fase espansiva del patrimonio del debitore per aggredirne i beni

---

<sup>191</sup> Le garanzie classiche, presupponendo che la società, benché di recente costituzione, abbia nella sua disponibilità degli *assets* da fornire in garanzia, rischiano di "frustrare" la possibilità di accesso al credito delle *start-up*. Queste ultime infatti, seppur appaiano con sguardo prospettico delle ottime occasioni di profitto, molto spesso non hanno fin dall'inizio della loro attività le dotazioni patrimoniali necessarie a garantire finanziamenti.

<sup>192</sup> Si pensi a tutte quelle aziende che, all'inizio della loro attività, dispongano solo del *know-how* necessario a sviluppare un progetto.

che ne fanno parte; ciò in ragione della natura fluttuante della garanzia non possessoria<sup>193</sup> ed entro i limiti di valore del credito.

L'imprenditore può quindi costituire in pegno beni dei quali, al momento della costituzione del pegno stesso, non immagina nemmeno di avere la disponibilità, fino al punto di non doverne indicare il genere ma potendone indicare anche solo il valore.

Le caratteristiche della garanzia fluttuante che sono state oggetto di analisi di questo elaborato, evidenziano da un lato come tale diritto di garanzia sia di particolare interesse per i finanziatori e, dall'altro, sottolineano come il moderno Legislatore abbia dimostrato la sua sensibilità nei confronti della fase di *start-up* delle imprese, introducendo istituti e strumenti altamente flessibili<sup>194</sup>.

Si può affermare quindi che la figura di garanzia fluttuante in esame costituisce un'alternativa efficiente rispetto agli altri strumenti di finanziamento alle nuove imprese elaborati dalla prassi e, in alcuni casi, recepiti dal diritto societario<sup>195</sup>.

#### **4 - Riflessioni sul Registro informatico dei pegni non possessori**

Come si è avuto occasione di illustrare nel corso del presente elaborato, uno dei principali difetti dell'impianto normativo italiano delle garanzie è da ricondursi alla sua complessità: nel nostro sistema convivono diversi diritti di garanzia che, sebbene si possano considerare uniformi da un punto di vista della funzione che assolvono,

---

<sup>193</sup> In questo senso, il pegno non possessorio si differenzia dalla *floating charge* di diritto anglosassone la quale, al verificarsi di una condizione indicata nell'atto costitutivo della stessa, passa dalla sua condizione di "floating" a quella di *fixed*, tramite l'*automatic crystallisation* – ovvero l'immediata cristallizzazione e fissazione della garanzia stessa su di un bene specifico facente parte del patrimonio del debitore.

<sup>194</sup> La nuova garanzia fluttuante del pegno non possessorio va così ad aggiungersi al novero delle già numerose deroghe al diritto societario oggi estese a tutte le piccole e medie imprese ma, in origine, previste per le *start-up* (cfr. art. 26, d.l. n. 18 ottobre 2012, n. 179, come integrato e modificato da ultimo con il d.l. 24 aprile 2017, n. 50). A questo proposito è utile citare anche i c.d. piani individuali di risparmio, strumenti finanziari che dovrebbero consentire lo sviluppo del mercato del credito delle piccole e medie imprese.

<sup>195</sup> Con particolare riferimento alle società per azioni, la disciplina delle azioni speciali e degli strumenti finanziari partecipativi ha costituito la base normativa per l'introduzione di strumenti di finanziamento dell'impresa alternativi rispetto al tradizionale prestito obbligazionario garantito.

sono disciplinati da differenti regole in quanto alla loro creazione, esecuzione, registrazione e regime di pubblicità.

Proprio la complessità derivante dai diversi regimi di pubblicità dei diritti di garanzia potrebbe essere risolta tramite l'istituzione di un singolo registro di carattere elettronico-informatico che censisca tutti i diritti di garanzia e ne dirima i conflitti di priorità in base all'ordine cronologico di iscrizione nel registro medesimo.

A questo proposito, la creazione del Registro dei pegni non possessori potrebbe essere l'occasione per implementare un singolo registro nel quale far confluire anche le registrazioni di tutte le altre garanzie.

Un unico registro contenente tutte le garanzie porterebbe un immediato incremento di chiarezza nelle pretese dei singoli creditori e ridurrebbe i costi delle transazioni garantite.

Si consideri però che tutte le suddette proposte e le idee concernenti la forma e l'operatività del Registro rischiano di rimanere delle mere speculazioni fino a quando i regolamenti attuativi ne disporranno effettivamente l'implementazione.

La portata innovativa del d.l. 59/2016 rischia quindi di rimanere del tutto virtuale, anche perché il pegno non possessorio acquista l'opponibilità ai terzi solo in seguito all'iscrizione nel Registro.

Detto ciò, e preso atto del fatto che la legge 119/2016 disponga la creazione del Registro presso l'Agenzia delle entrate, la centralità del Registro delle Imprese nella tenuta dei dati sul ciclo di vita delle imprese italiane avrebbe reso auspicabile che il Registro dei pegni non possessori fosse istituito presso il Registro delle Imprese stesso<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Molto ambigua la scelta dell'Agenzia delle Entrate quale ente depositario del registro. Tale scelta forse si spiega con il fatto che il Registro catastale è gestito dalla medesima Agenzia o con esigenze sia di tassazione che di monitoraggio dell'istituto e del suo impatto sui privilegi generali erariali. Il coinvolgimento dell'Agenzia nella gestione del registro dei pegni non possessori lascia presupporre che la registrazione sarà subordinata al pagamento di imposte, che rischierebbero di minare la diffusione e l'appetibilità della nuova garanzia.

Per quanto riguarda le caratteristiche tecniche del registro informatico<sup>197</sup> e le modalità di organizzazione dello stesso, le opzioni possibili consistono nell'uso di elenchi su base personale<sup>198</sup> (per nome del debitore) o reale (per tipologia di bene). Studi internazionali evidenziano la superiorità dei primi sui secondi, poiché, nel caso di organizzazione su base reale, l'esatta specificazione e individuazione dei beni risulta possibile solo per certe categorie di *asset* e non per altre.

I meccanismi di funzionamento del registro dovranno, al fine di raggiungere la pubblicità dei vincoli in esso iscritti, garantire un'elevata efficienza e semplicità di consultazione, coniugandosi al contempo con la tutela della *privacy* e con la sicurezza dei dati.

È auspicabile inoltre che, al fine di garantire una pubblicità effettiva dei dati, i costi<sup>199</sup> di accesso e di consultazione del registro si attestino su livelli contenuti.

Se è vero che l'introduzione del pegno non possessorio ha costituito un'importante innovazione a livello nazionale, è anche vero che, approcciandoci al tema delle garanzie mobiliari non possessorie dal punto di vista sovranazionale, non possiamo esimerci dal rilevare come in materia viga una totale frammentarietà delle discipline dei diversi Paesi. Questo è ancor più evidente se focalizziamo l'attenzione sui meccanismi di pubblicità delle garanzie non possessorie ovvero sulle tipologie di Registro: in materia vi è una totale assenza di uniformazione dei funzionamenti dei registri dei vari Paesi.

---

<sup>197</sup> In merito alla tipologia di struttura informatica destinata a ospitare il Registro, non sono mancate le proposte della dottrina scientifica di applicare anche in questo ambito la tecnologia *blockchain*. A tal proposito vd. C. W. MOONEY, *Fintech and secured transactions systems of the future*, in "Law and contemporary problems", 1, 2018; T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Digital technology-based solutions for enhanced effectiveness of secured transactions law: the road to perfection?*, in "Law and contemporary problems", 1, 2018.

<sup>198</sup> Analoga è la soluzione adottata in Francia con la cd. *Réforme des sûretés* del 23 marzo 2006, là dove il nuovo art. 2337, co. 1, *code civil*, prevede una pubblicità di tipo personale.

<sup>199</sup> La Nota di lettura della conversione in legge del d.l. 59/2016 pubblicata dal Senato della Repubblica Italiana, riporta che "si prevede di introdurre il pagamento di diritti differenziati in relazione alle diverse operazioni da effettuare sul registro (iscrizione, consultazione, modifica ed estinzione delle garanzie reali) in misura tale da garantire la copertura dei costi di allestimento, gestione ed evoluzione del registro". A questo proposito un interessante esempio è fornito dal caso del Messico il quale dal 2010 ha istituito un registro pubblico delle garanzie accessibile gratuitamente online (è consultabile al sito <http://www.rug.gob.mx/Rug/home/inicio.do>).

Negli ultimi anni, infatti, varie proposte legislative e dottrinali hanno riguardato l'introduzione di registri internazionali per le garanzie reali su beni mobili. In questo campo esiste già un modello in vigore e testato nella pratica: il registro internazionale informatico istituito in applicazione della Convenzione di Città del Capo del 2001 sulle garanzie internazionali relative ad alcuni beni mobili strumentali, operativo dal 2006 e con più di 400.000 iscrizioni.

A tale diritto uniforme convenzionale si sono aggiunti altri strumenti a carattere non vincolante, accomunati dal fatto di prevedere una pubblicità delle garanzie su beni mobili tramite iscrizione in appositi registri. Ciò è avvenuto anche su base regionale e, con riferimento particolare al diritto europeo, nel contesto dell'elaborazione del Draft Common Frame of Reference (DCFR) compiutosi nel 2009<sup>200</sup>.

Nonostante le differenze insite in tali sforzi di uniformazione (si pensi, ad esempio, alla diversità geografica di riferimento: la Convenzione di Città del Capo ha efficacia internazionale, mentre le proposte di uniformazione delle garanzie e dei registri nate in seno al DCFR sono di carattere regionale-europeo) e nei meccanismi di funzionamento dei registri operativi in tutto il mondo, dagli sforzi di uniformazione nati in ambito sovranazionale è possibile astrarre una sostanziale convergenza dell'approccio di fondo e delle direttrici operative comuni.

L'idea alla base di tali sforzi uniformatori è che l'uniformazione delle garanzie esistenti a livello internazionale da un lato e, l'integrazione di un unico registro delle stesse dall'altro, consentirebbero di incrementare notevolmente sia la dinamicità delle operazioni commerciali e finanziarie transfrontaliere che la trasparenza e l'accessibilità alle informazioni sui vincoli di garanzia.

Il Legislatore italiano, nell'imminente istituzione del Registro dei pegni non possessori, dovrebbe tenere conto delle tendenze internazionali volte all'uniformazione delle garanzie mobiliari e all'accentramento dei registri.

---

<sup>200</sup> Gruppi di lavoro transnazionali come lo Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law Principles hanno propugnato la creazione di un unico elenco pan-europeo di garanzie, denominato European register of *security* rights.

Per esempio, se non contestualmente alla creazione del Registro, immediatamente dopo la sua introduzione, si potrebbe prevedere una modifica allo stesso che lo renda adatto ad ospitare anche le registrazioni di tutti gli altri tipi di vincolo di garanzia.

## BIBLIOGRAFIA

ABATANGELO C., *Una nuova figura di pegno nel c.d. «decreto banche»*, in “Osservatorio del diritto civile e commerciale”, 1, 2017.

AGABATINI C., *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in “Rivista critica del diritto privato”, 3, 2015.

ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996.

BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in “Corriere giuridico”, 11, 2017.

BARBIERA L., *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in “Banca borsa e titoli di credito”, 1, 1992.

BARILLA' G. B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, “Giurisprudenza Commerciale”, 4, 2017.

BENVENUTO G., *Pegno non possessorio: la creazione di un nuovo privilegio alle banche*, “Diritto bancario”, 8 maggio, 2016.

BRIANDA G., *Il pegno nel sistema delle garanzie: un'analisi di diritto interno e comparato*, Tesi di dottorato di ricerca in diritto ed economia dei sistemi produttivi. Ciclo XXVII, Università degli Studi di Sassari, 2014.

BRIDGE M., *The English Law of Real Security*, in “European Review of Private Law”, 10, 2002.

BRODI E., *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 Papers), Banca d'Italia, n. 356 settembre 2016.

BRUNI G. B., *La garanzia “fluttuante” nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, “Banca borsa e titoli di credito”, fasc. 6, pt.1, 1986.

BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in “Contratto e impresa”, 1, 1997.

CABRELLI D., *The Case against the Floating charge in Scotland*, in “Edinburgh Law Review”, 9, 2005.

CALNAN R., *Floating charges: A Proposal for Reform*, in “Journal of International Banking and Financial Law”, vol 19, 2004.

CAPALDO G., *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, “Diritto della banca e del mercato finanziario”, 1987.

CAPUTO L., CAPUTO M., *I pegni: dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, Giuffrè, 2017.

CASSANDRO SUPLISSO B., *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in “Rivista di diritto civile”, 4, 1995

CASTELLANO G., *“Reverse engineering the law: reforming secured transactions law in Italy”*, in S. V. BAZINAS-N. ORKUN AKSELI, *International and Comparative Secured Transactions Law*, Hart Publishing, 2017.

CASTELLANO G., *The new Italian law for non-possessory pledges: a critical assessment*, in *“Butterworths Journal of international banking and financial law”*, 10, 2016.

CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, Jovene, 2018.

CHIANALE A., TERLIZZI G., CAMPOLATTARO S., MARTELLI S., *Garanzie reali e personali*, Torino, Giappichelli, 2018.

CRESPI REGHIZZI Z., *Lex rei sitae e disciplina delle garanzie mobiliari nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007.

CRIVELLARI D., *Decreto banche a doppia faccia*, in *“Italia oggi”*, 11 luglio 2016.

CURTIS G. F., *The Theory of the Floating charge*, in *“The University of Toronto Law Journal”*, Vol. 4, No. 1, 1941.

D’ORAZIO L., *Le garanzie; pegno non possessorio e patto marciano*, in *“Il Nuovo Diritto delle Società”*, 5, 2017.

DEBERNARDI A., *L’art. 48-bis del TUB ed il c.d. “Patto marciano” nei contratti di credito immobiliare*, in *“Rivista di Diritto Bancario”*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 15 maggio 2018.

DI RAIMO R., *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *“Rivista di diritto bancario”*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 10, 2018.

DROBNIG U., *Present and future of real and personal security*, in “European review of private law”, 11, 2003.

FARRAR J. H., *World Economic Stagnation Puts the Floating Charge on Trial*, in “Company Lawyer”, 83, 1, 1980.

FAVARA E., *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore di pegno*, in “Economia e credito”, 1961.

FERRAN E., *Floating charges. The Nature of the Security*, in “The Cambridge Law Journal”, Vol. 47, No. 2, 1988.

FERRARI E., *I floating charges e le garanzie del credito all'impresa*, in “Rivista del notariato”, 1996.

FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, “Rivista di diritto civile”, 2, 2000.

FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, “Europa e diritto privato”, 2006.

GABRIELLI E., *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti, e trust. Problemi generali*, in “Trusts e attività fiduciarie”, 4, 2002.

GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, Cedam, 1990.

GABRIELLI E., *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in “Banca Borsa Titoli di credito”, 1, 1995.

GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, Giappichelli, 2015.

GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

GABRIELLI E., *Una garanzia reale senza possesso*, in “Giurisprudenza italiana”, vol. 169, fasc. 7, 2017.

GALANTI E., *Garanzia non possessoria e controllo delle crisi d'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in “Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia”, n. 51, 2000.

GATTI S., *Il credito su pegno*, Milano, Giuffrè, 1997.

GIGLIO D., *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*, in “Rivista di diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente”, 2016.

GIORDANO R., *Esecuzioni civili: le novità del decreto banche: tutte le modifiche introdotte dal D. L. 59/2016, convertito con modifiche in L. 119/2016*, Milano, Giuffrè, 2016.

GOLDSBERRY J. L., *Perfection of Nonpossessory Security Interests Under Revised Article 9: Consequences of the Practical and Conceptual Incompatibility of Us and English Secured Transactions Law*, in “Chicago Journal of International Law”, 2002.

GOODE R. M., *Legal problems of credit and security*, London, Sweet & Maxwell, 2017.

GOODE R., *The modernisation of personal property security law*, in “Law quarterly review”, 1994.

GRETTON G., *Floating charges in Scots law: the saga continues*, in “Journal of Business Law”, 212, 1995.

GRETTON G., *The Reform of Moveable Security Law*, in “Scots Law Times”, 1999.

HASELMANN R., PISTOR K., VIG V., *How Law Affects Lending*, in “The Review of Financial Studies”, Volume 23, Issue 2, 1 February 2010.

JANNARELLI C., *Commento alla l. 24,7,1985 401*, in “Nuove leggi civili commentate”, 1986.

LAMANNA F., *“Decreto banche”: iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2016.

LIUZZI A., *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in “Rivista critica di diritto privato”, 2, 1992.

LOCKE N., *Security granted by a company over its movable property: the floating charge and the general notarial bond compared*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 41, No. 1, 2008.

LOCONTE S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa*, Rimini, Maggioli Editore, 2016.

LUCCI M., *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in “Il Foro Italiano”, Vol. 141, Fasc. 6, 2016.

M. KIENINGER E., *Security Rights in Movable Property*, in “European Private Law”, Cambridge University Press, 2004.

MAGNANO M., *L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di superamento del principio di tipicità*, in “La Nuova giurisprudenza civile commentata”, fasc. 5, 2002.

MESSINEO F., *Costituzione di pegno mediante compossesso tra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in “Banca Borsa Titoli di credito”, 1, 1949.

MESSINETTI D., *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in “Rivista critica di diritto privato”, 1991.

MESSUTI A., *La “floating charge”*, in “Notariato”, 2003.

MONTEL A., *Il pegno mediante custodia delle parti*, in “Economia e credito”, 1961.

MORELL A., HELSEN F., *The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non-possessory Security Interests*, in “European Review of Private Law”, 3-2014.

MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in “Banca Borsa Titolo di Credito”, 2, 2017.

NIGRO A., *Note minime su pegno mobiliare non possessorio e patto marciano nel quadro delle procedure concorsuali*, in “Diritto della banca e del mercato finanziario”, 1, 2017.

NITTI D., *Il pegno non possessorio*, in “Bilancio vigilanza controlli”, 8, 2016.

OCCORSIO V., *La garanzia mobiliare non possessoria “fluttuante” nella prospettiva delle garanzie reali al finanziamento d'impresa*, in “Il nuovo diritto delle società”, 2, 2018.

OLISTERNO V., *La consacrazione normativa dei pegni cd. Anomali: il pegno mobiliare non possessorio*, in “Jurisprudenzia.it”, 17 ottobre 2016.

OMODEI SALE' R., *The Functions of Property Rights under Italian Law*, in "Osservatorio del diritto civile e commerciale", 2, 2016.

ORLANDO M., *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. "Decreto Banche")*, in "Il fallimentarista", 9 maggio 2016.

PATERSON S. - ZAKRZEWSKI R., *The law of international finance*, Oxford University Press, 2017.

PENNINGTON R., *The genesis of the floating charge*, "The modern law review", Vol. 23, 1960.

PIEPOLI G., *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, Jovene, 1980.

PISCITELLO P., *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in "Banca borsa titoli di credito", 2, 2001.

PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, Giappichelli, 1999.

PRESTI G., *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in "Banca borsa e titoli di credito", 5, 1995.

PRETE F., *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, in "Rivista di diritto agrario", 2017.

RESCIGNO M., *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci*, Milano, Giuffrè, 1992.

RICCHI M., *Project Financing e Floating charge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in "Economia e diritto del terziario", volume 17, fasc. 1, 2005.

ROJAS ELGUETA G., *The Economic Foundation of Debtor-Creditor Relations*, Bologna, Il Mulino, 2018.

SERICK R., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, Giuffrè, 1990.

S

ICLARI D., *European capital markets union e ordinamento nazionale*, in “Banca Borsa Titoli di Credito”, 4, 2016.

STEVEN A., *Reform of Security over Moveable Property: Some Further Thoughts*, in “Scots Law Times”, 1995.

TRAPANI G., *Il cosiddetto pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, Giuffrè, 1963.

TRAVERSA P. G., *Floating charge all'ungherese*, in “Contratti”, fascicolo 10, 2005.

TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti: l'esperienza statunitense e italiana*, Milano, Giuffrè, 1974.

TUCCI G., *Il progetto preliminare di convenzione Unidroit per le garanzie internazionali e l'ordinamento interno italiano*, in “Rivista di diritto privato”, volume 4, fascicolo 4, 1999.

VALENTINO D., *Le situazioni di garanzia reale: il pegno nel finanziamento dell'attività d'impresa*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, 2, 2006.

VENEZIANO A., *La garanzia sull'intero patrimonio dell'imprenditore della nuova legge bancaria italiana al confronto con i modelli stranieri: una riforma a metà?*, in “Diritto del commercio internazionale”, 4, 1996.

WALTON P. - GREGORY R., *Fixed and Floating charges - A Revelation*, in “Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly”, vol. 1, 2001.

WOOD P., *Comparative law of security interests and title finance*, 2, 2007.

WORTHINGTON S., MITCHKOVSKA I., *Floating charges: the current state of play*, in “Butterworths Journal of International Banking and Financial Law”, 23, 2008.

ZECCHIN F., *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, “Europa e diritto privato”, 2017.

## **CITAZIONI GIURISPRUDENZIALI**

Cass., 3 giugno 1983, n. 3800

Cass., 26 gennaio 1996, n. 611.

Cass., 28 maggio 1998 n. 5264

Cass., 28 maggio 1998, n. 5264

Cass, 27 settembre 1999, n. 10685;

Cass., 5 marzo 2004, n. 4520.

Cass., 28 settembre 2006, n. 21032

Cass., 24 aprile 2009, n. 9772;

Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520

Cass., 26 ottobre 2010, n. 1526

Cass., 25 febbraio 2015, n. 3746.