



ROSARIO FRANCO

Notaio

## PEGNO 'NON-POSSESSORIO' E 'ROTATIVO' TRA ATTIVITÀ D'IMPRESA E SETTORE AGRICOLO: COSTITUZIONE ED EFFETTI

SOMMARIO: 1. Il pegno 'non possessorio' e il pegno 'rotativo'. – 2. Il pegno (mobiliare) non possessorio ex lege 59/2016: a) soggetti. – 3. Segue: b) oggetto. – 4. Segue: c) la 'destinazione dei beni' e l'inerenza dei crediti garantiti all'esercizio dell'impresa. – 5. Segue: d) costituzione, forma, effetti inter partes ed efficacia erga omnes tra consensualità (del contratto) e dichiaratività (della pubblicità). – 6. Segue: e) la rotatività, la surrogazione reale e il meccanismo sostitutorio. L'opponibilità ai terzi. – 7. Segue: f) il conflitto tra titolari di diverse cause di prelazione: i privilegi di cui artt. 44-46 TUB ed il pegno non possessorio. – 8. Segue: g) la trasformazione, l'alienazione, la disposizione dei beni costituiti in pegno ed il «rispetto della loro destinazione economica». – 9. L'escussione della garanzia pignorizia: l'autonomia privata quale plus-valore nella realizzazione del credito in autotutela esecutiva. – 10. Il pegno 'agricolo' di cui all'art. 78, comma 2-duodecies del d.l. 17 marzo 2020. – 11. Sintesi.

1. – L'analisi delle figure giuridiche del pegno 'non possessorio' e del pegno 'rotativo' merita una preliminare ricognizione esplicativa e qualificatoria siccome entrambe risultano di recente (se non introduzione, almeno) diffusione nel nostro ordinamento in scia a sollecitazioni sovvenienti sia dal legislatore dell'Unione, sia da decisive spinte evolutive dell'economia finanziaria e bancaria. Invero, al netto degli interventi normativi che hanno preso avvio dalla nota vicenda del 'pegno' sui prosciutti<sup>1</sup>, passando attraverso l'estensione oggettuale ai prodotti lattiero-caseari<sup>2</sup> ed alla pignorabilità delle c.dd. quote-latte, diritti (o titoli) all'aiuto e di impianto (e re-impianto) viti-vinicoli<sup>3</sup> fino alla rotati-

<sup>1</sup> L. 24 luglio 1985, n. 401.

<sup>2</sup> L. 27 marzo 2001, n. 122.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 102/2004 si dispone che «gli imprenditori agricoli, singoli o associati, per garantire l'adempimento delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa agricola possono costituire in pegno, ai sensi dell'articolo 2806 del codice civile, anche le quote di produzione e i diritti di reimpianto della propria azienda» aggiungendosi al comma 2 che «in deroga a quanto previsto dall'articolo 2786 del codice civile, gli imprenditori agricoli continuano ad utilizzare le quote di produzione e i diritti di



vità del privilegio generale mobiliare di cui agli artt. 44 e 46 TUB<sup>4</sup> ed agli strumenti finanziari di cui agli artt. 83-*octies* e 87 del TUF<sup>5</sup>, si è dovuto attendere il Regolamento del Consiglio CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000 per la disciplina della procedura di insolvenza (art. 5, par. 1 in cui si indica la possibile *variabilità nel tempo* dell'oggetto della garanzia) e segnatamente la successiva Direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria<sup>6</sup>, attuata con d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 e poi modificata con Direttiva 2009/44/CE recepita con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, per una prima disciplina delle divise ipotesi *anomale* di pegno, successivamente specificate e ridefinite (non senza persistenti questioni interpretative) dalla legge 30 giugno 2016, n. 119<sup>7</sup> (di conversione con modifiche del d.l. 3 maggio 2016, n. 59) e di recente anche con il d.l. 17 marzo 2020, art. 78, comma 2-*duodecies* e ss. (convertito con la legge 24 aprile 2020, n. 27).

Si tratta, dunque, di figure non ancora *stabilizzate*<sup>8</sup> (per quanto ora più ampiamente penetrate) nel nostro ordinamento e intorno alle quali in dottrina, oltre che nella giurisprudenza, sussistono ancora incertezze che ineriscono, *ab ovo*, alle stesse definizioni, evidentemente trascurando quelle preziose indicazioni che premonitrice e attenta dottrina<sup>9</sup> aveva sapientemente tracciato nello studio della complessa problematica ad esse sot-

---

reimpianto» contemplandosi una tipica ipotesi di pegno non possessorio; come confermato dalla Agea, nella Circolare, 21 novembre 2017, prot. n. 89117, in [www.agea.gov.it/portal/page/portal/AGEAPageGroup/RedazioneAgea/Normativa/Circolare%20AGEA.2017.%20del%20trasferimento%20titoli.pdf](http://www.agea.gov.it/portal/page/portal/AGEAPageGroup/RedazioneAgea/Normativa/Circolare%20AGEA.2017.%20del%20trasferimento%20titoli.pdf), p. 16.

Cfr. R. FRANCO, *Dai titoli all'aiuto alle autorizzazioni agli impianti viticoli: tra beni e diritti*, in *Riv. dir. alim.*, 2020, n. 3, p. 15 ss.

<sup>4</sup>D.lgs 1° settembre 1993, n. 385.

<sup>5</sup>D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il quale prevede il sistema di annotazione mediante registrazioni in appositi conti tenuti dall'intermediario; cui *adde* art. 34 del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213.

<sup>6</sup>La quale, peraltro, recepita con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48 ha costituito l'*incipit* anche per la modifica della legge n. 633/1941 sul diritto di autore, in cui lo spossessamento è sostituito da tecniche alternative.

<sup>7</sup>Ricorda opportunamente R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 53 ss., spec., 57 ss., come la nuova disciplina, per un verso, sia l'esito di sollecitazioni, non sempre formali, sovvenienti dall'Unione europea e condensate nel Libro verde della Commissione Europea del 18 febbraio 2015 intitolato «Costruire un'Unione dei mercati dei capitali» per un riposizionamento delle difficili situazioni in cui versavano le banche in occasione della precedente crisi economica e, per l'altro, sia stata occasionata dalle vicende occorse a quattro banche italiane in relazione alle quali si era prospettata l'applicazione, per la prima volta, del meccanismo cd. del *bail in* di cui alla Direttiva UE/2014/59.

<sup>8</sup>Ed invero l'art. 11 della delega 19 ottobre 2017, n. 155 prevede la delega al Governo per una sistematica disciplina delle garanzie non possessorie e rotative.

<sup>9</sup>Per tutti, tra le tante pubblicazioni in merito, E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, *passim*; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli 1998, *passim*; ID., *Diritti reali. 5. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, *passim*; ID., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, *passim* che costituisce una raccolta di numerosi contributi (comprese alcune voci enciclopediche) in tema di pegno rotativo, dalla



tese, vieppiù in un sistema come il nostro in cui, in scia al brocardo ulpiano<sup>10</sup> *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit*, il profilo ‘possessorio’ ha costituito per secoli la sineddoche<sup>11</sup> dell’intero istituto pignoratorio; in adesione alla stessa etimologia<sup>12</sup> del pegno, vuoi che si accetti la ricostruzione per cui esso condivide con *pignus* la radice indicante il fenomeno dell’avere qualcosa (e, dunque, un bene mobile) tra le proprie mani, vuoi che si concordi con l’ipotesi che lo lascia discendere dal latino *pingĕre* e, quindi di-pingere, nella plastica rappresentazione del segno fatto sulla cosa per ricordare l’impegno preso.

Orbene – nel prescindere da ogni possibile tentazione di intraprendere un preliminare discorso sul (valore euristico del) le definizioni giuridiche<sup>13</sup> che nella nota ripartizione tra lessicali e reali appartengono senz’altro alle prime, a loro volta comunemente suddivise in lessicali, stipulative e ridefinizioni – aggiunge opportuno procedere ad una condivisa esplicazione delle divise due figure, fissandone gli elementi individuativi per un fecondo sviluppo delle successive riflessioni.

Converrà a tal fine distinguere tra pegno ‘non possessorio’ e pegno ‘rotativo’<sup>14</sup> ed evidenziare che le formule non assumono un valore né endiàdico, né ossimòrico se è vero che seppur *normalmente* concorrenti nella modulazione concreta degli interessi delle parti, esse non possono essere sovrapposte, né sono coincidenti e coestensive. Invero, per un verso, con la predicazione ‘non-possessorio’ si intende far riferimento all’ipotesi del pegno che, *traendosi* dalla tradizionale (quanto inconfidente<sup>15</sup>) impostazione *pan-*

---

quale le ulteriori citazioni. In scia, tra gli altri, F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, *passim*.

<sup>10</sup> Come rammentato da G. FAGGELLA, *Il pegno commerciale*, *Comm. cod. comm.*, Milano, 1924, pp. 98-99; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 663.

<sup>11</sup> Di pegno «anchilosato dal requisito dello spossessamento» discute, Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, 2001, p. 311.

<sup>12</sup> Ma in senso contrario, A. BURDESE, *Pegno*, cit., p. 662, il quale ritiene corretta la riconduzione dell’etimologia a *pango* nel significato di fissare e/o stringere un accordo.

<sup>13</sup> Sulle definizioni in generale, si cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 64 ss.; ID., voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, Torino, 1989, p. 149 ss. che ripercorre e ripensa criticamente l’autorevole insegnamento di U. SCARPELLI, *Il problema della definizione ed il concetto di diritto*, Milano, 1955, p. 56 ss.; nonché della linguista B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, p. 11 ss.

<sup>14</sup> La formula si è diffusa con le numerose opere di E. Gabrielli, il quale rappresenta uno dei massimi esperti di pegno nel nostro paese, ma puntualizza in ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 181 ss. ed *ivi* nota 139 che la formula è da imputare alla paternità di un Parere *pro veritate* di G.B. Portale e A.A. Dolmetta.

<sup>15</sup> Ce lo ricorda, ancora, ispirandosi ad Ulpiano, A. BURDESE, *Pegno*, cit., pp. 663, 666 che rammenta come già nell’epoca romana, a partire dalla fine del III secolo a.c., si distingueva un *pignus datum* (e dun-



*possessoria* della garanzia mobiliare<sup>16</sup>, si costituisce definitivamente (*id est*: validamente) quale *contratto*<sup>17</sup> consensuale, in luogo di quello codicistico strutturato<sup>18</sup> come contratto reale. Per quanto, in proposito, attenta linea di pensiero<sup>19</sup> avesse proficuamente revocato in dubbio non solo la realtà del pegno, distinguendo tra “titolo per la costituzione” – *titulus* – e “costituzione del pegno”<sup>20</sup> – *modus* –, bensì la stessa pensabilità giuri-

---

que con attribuzione del possesso al creditore) da un *pignus conventum* (ovvero la *conventio pignoris* con il possesso del bene che rimaneva al debitore); cfr., altresì, L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 764.

<sup>16</sup>Di «retaggi del passato» discute E. GABRIELLI, *Spossestamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 71 ss., spec., p. 74.

I primi tentativi di superamento dell'elemento del possesso nella configurazione della tradizionale figura del pegno si devono alle premonitrici letture sistematiche di G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, p. 155 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 121 s.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossestamento*, Napoli, 1980, *passim* e poi giungono ad un primo stadio di componimento con il noto contributo di E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., *passim*.

È opportuno precisare che la più attenta dottrina in tema di pegno ha segnatamente distinto lo *spossestamento* del bene da parte del debitore dalla *consegna* del medesimo bene al creditore, ritenendo, variamente, necessari entrambi ovvero soltanto il primo per la valida costituzione della garanzia mobiliare. Sul punto, cfr., S. CICCARELLO, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 690 s.

<sup>17</sup>L'art. 1, comma 3, della legge n. 119 del 2016 fa riferimento, espressamente, al solo *contratto*, là dove, nell'interpretazione dell'art. 2786 c.c., la dottrina quasi unanimemente consente la costituzione del pegno anche per atto negoziale unilaterale (D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno<sup>2</sup>*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, p. 238 ss.; E. GABRIELLI, *Pegno*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 95 s.; F. REALMONTE, *Il pegno<sup>2</sup>*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 827 s.; F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1994, p. 115). Si tratterà di verificare, nell'evolversi delle analisi, se il richiamo al contratto si rivelerà infettibile o, al contrario, si spiegherà come una *sineddoche*.

<sup>18</sup>Per tutti, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno<sup>2</sup>*, cit., p. 220 ss.; S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 693 s.

<sup>19</sup>D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 ss., spec., p. 794; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.; ID., *Pegno*, cit., p. 97 s.; ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 89 ss.

<sup>20</sup>E, dunque, tra *validità*-perfezionamento dell'atto costitutivo di pegno (che non deve necessariamente strutturarsi in una convenzione, essendo sufficiente anche l'atto unilaterale) ed *opponibilità*, che si conseguirebbe, sul modello della garanzia ipotecaria, con la successiva *consegna* (del bene al creditore o con l'*iscrizione* per l'ipoteca); *consegna* che, neutra ed incolore, parteciperebbe già del momento esecutivo del regolamento pignoratorio: in questo senso già G. FAGGELLA, *Il pegno commerciale*, cit., p. 98: «la legge ... richiede il requisito del possesso per la esistenza del diritto di prelazione» in replica a C. VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, IV, Milano, 1916, n. 1780, per il quale la *consegna* della cosa costituisce elemento essenziale alla costituzione, anche *inter partes*, del pegno. Ma deve, in ogni caso, ribadirsi la distinzione tra possesso e pubblicità costitutiva con l'*iscrizione* dei registri immobiliari per l'ipoteca evitando di incorrere in quella «analogia ... illusoria» (S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, I, 1, Milano, 1957, p. 290 s., anche per i successivi virgolettati; D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 790 ss.) che «a prima vista» verrebbe di effettuare «tra la funzione alla quale



dica<sup>21</sup> della divisata figura<sup>22</sup>, almeno se non coonestata dalla verifica in concreto degli interessi dedotti nello schema negoziale-configuratorio di riferimento<sup>23</sup>, lasciando traslocare la *consegna*, nella sua materialità e neutralità<sup>24</sup>, dalla (natura di co-elemento della fattispecie integrante la) *struttura*<sup>25</sup> (o da altre ipotizzate *funzioni*<sup>26</sup>) al momento ese-

---

adempie l'iscrizione, rispetto alla costituzione dell'ipoteca, e la investitura possessoria [nella costituzione del pegno], e conseguentemente [indurre] a ritenere che codesta investitura possessoria sia una forma di pubblicità»; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 24 ss.

La precedente affermazione ove si collega la consegna all'opponibilità e, dunque, lo spossessamento alla prelazione merita, tuttavia, la precisazione secondo cui lo spossessamento del debitore è solo condizione necessaria ma non sufficiente per l'opponibilità del pegno, che, infatti, si consegue *soltanto* con la scrittura avente data certa (art. 2787). Si evita così di esporsi alla replica che rilevasse come lo spossessamento, in una alle concomitanti «tecniche di privazione del potere di disposizione del bene» (E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 120), costituisce «condizione insostituibile [soltanto] per la produzione dell'effetto della prelazione» (L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 141 s.) non anche per conseguire (l'ulteriore e diverso effetto del) l'opponibilità ai terzi della garanzia pignorizia. Dunque, lo spossessamento, anche nella prospettiva tradizionale, costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente, rivelandosi altresì necessaria, per espresso riferimento legislativo di cui all'art. 2787, la scrittura avente data certa, la quale, peraltro, come si è riferito, costituisce «strumento evidentemente inadeguato, al quale si ricorre proprio perché manca qualsiasi forma di pubblicità» (S. PUGLIATTI *La trascrizione*, cit., p. 292; e con vigore, E. GABRIELLI, *Pegno*, pp. 119-122: «il requisito della data certa, infatti, non costituisce un mezzo pubblicitario, ma una forma necessaria, di fronte ai terzi, quale elemento costitutivo del titolo per la sua opponibilità ai creditori chirografari»; G.E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 193 ss., spec., p. 205). Con questa e non con quello, in ultima analisi, si consegue l'effetto dell'opponibilità ai terzi della garanzia mobiliare.

Cfr., L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 16 ed *ivi* nota 36; F. REALMONTE, *Il pegno*<sup>2</sup>, cit., p. 828; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.

<sup>21</sup> La principale voce ricostruttiva a favore della configurabilità del contratto reale si deve a U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975, *passim*, spec., p. 24 ss.; cui *adde*, almeno, G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 358 ss.

Per un'esautiva prima informazione, cfr., A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 287 ss.; U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, II, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2016, p. 54 ss.

<sup>22</sup> G. OSTI, voce *Contratto*, in *Nss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 483 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 331 ss., 338 ss., 347 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2002, p. 187 ss. che giudica la realtà un *essenziale negotii* solo per i contratti gratuiti; E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 93 ss., 105 ss.; V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 1 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, *passim*.

<sup>23</sup> G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 36 ed *ivi* nota 15, nonché p. 41 ss.; ID., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 33 ss.

<sup>24</sup> Cfr., in termini generali, R. FRANCO, *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell'autonomia privata. Note a margine della complessa figura del rent to buy*, in ID. (a cura di), *Rent to buy tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 21 ss., spec., p. 55 ss.; ID., *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, p. 352 ed *ivi* nota 507.

<sup>25</sup> Sebbene poi all'interno dell'orientamento che sostiene la rilevanza strutturale della consegna si discu-



cutivo del regolamento di interessi<sup>27</sup>, con il bene oggetto del pegno che sarebbe rimasto nella *disponibilità* (*scilicet*: materiale, non necessariamente anche giuridica) del debitore. Dall'altro la specificazione della 'rotatività' si esplica, prendendo a prestito illuminate parole, quale ipotesi di garanzia «che consent[e] la sostituibilità e mutabilità nel tempo dell'oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che dia luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere»<sup>28</sup> e senza alcun effetto novativo<sup>29</sup>.

---

ta del ruolo che segnatamente ad essa compete tra una rilevanza sul piano causale (U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., p. 27 ss.; G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, cit., p. 359 ed ivi nota 30 di richiami), sul piano della forma del contratto reale (P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 98 ss.), ovvero su quello della stessa qualificazione tipologica negoziale o, ancora, quale elemento di caratterizzazione del tipo legale (si che un contratto reale senza la consegna configurerebbe non già un contratto invalido, bensì atipico: U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 280 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 57 ss.). Cfr., altresì, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 75, il quale riporta l'esempio del pegno per il quale lo *spossezzamento* sarebbe concausa della stessa attuazione funzionale dell'istituto, nella convinzione che nei contratti reali, la *traditio* «caratterizza essenzialmente il procedimento» di formazione «chiudendone la sequenza», sì che tra questi e le corrispondenti versioni del contratto consensuale vi sarebbe un'incompatibilità; in senso contrario R. SACCO(-G. DE NOVA), *Il contratto*<sup>3</sup>, I, Torino, 2004, p. 704; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2011, p. 522; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Effetti*, III, a cura di M. Costanza, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 54 s., il quale nega che l'elemento della consegna sia idoneo a tradurre il pegno nella categoria dei contratti reali, trasponendolo su quello dell'efficacia se esso «non è richiest[o] per la sua conclusione, ma soltanto per la produzione dei suoi effetti (reali) tipici»; ma diversamente, ancora, G. OPPO, *In tema di responsabilità patrimoniale*, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 355 ss. (già in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 105 ss.).

<sup>26</sup> Tra esse, ad es., quella di concausa di efficacia.

<sup>27</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 793, il quale, nel sottolineare «un'affermazione funzionalistica della validità delle strutture e una loro non insostituibilità», rilevava come «se abbandoniamo il paradigma della garanzia mobiliare a fattispecie possessoria, possiamo affermare la validità di strutture dotate dello stesso senso proprio della garanzia possessoria, alla luce dei fini della prassi che l'attività trasformatrice mette in moto».

<sup>28</sup> E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Milano, 1995, I, p. 853, giacché «sul piano degli effetti normativi il connotato della mobilità o sostituibilità dell'oggetto della garanzia, come dato in sé, riguarda il tema dell'oggetto solo in maniera esteriore e indiretta» (E. GABRIELLI, *Pegno*, p. 117 ed ivi nota 89); ID., *Pegno*, cit., p. 157 ss., 223 ss.

<sup>29</sup> Autorevolmente, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812 ss. il quale evidenzia la «distinzione [che corre] tra gli oggetti materiali e l'oggetto della garanzia con astrazione unitaria delle singole concrete res», sì che nell'ipotesi della rotatività l'oggetto della garanzia acquista «un valore di sintesi, indipendentemente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale»; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Dir e giur.*, 2000, p. 470 ss.; in *Riv. not.*, 2000, p. 1464 ss.: «il pegno rotativo non comporta la costituzione di una nuova garanzia nel momento della modi-





Si che se con la ‘non-possessorietà’ si riferisce della mancanza di un elemento tradizionalmente ritenuto costitutivo del pegno (o almeno della sua opponibilità), con il possesso del bene oppignorato che rimane al costituente, con la ‘rotatività’, di contro, trascorrendosi dalla *formazione* del titolo al suo *oggetto*, si allude – di là dalla collocazione del possesso – alla possibilità della continua modificabilità, nel corso tempo<sup>30</sup>, del bene oppignorato ed al «rovesciamento del modello del potere dispositivo sul bene»<sup>31</sup> (*melius*: disponibilità giuridica) con una struttura gestoria modellata sullo schema dell’agire per conto altrui, nell’unitarietà temporale della complessiva operazione economica<sup>32</sup> di garanzia. Ed allora se (soltanto) *normalmente* il pegno non possessorio è connotato anche dalla rotatività, non potrà dirsi che *ogni* pegno senza spossessamento debba necessariamente lasciar verificare anche la surrogabilità – legale o convenzionale – del bene oggetto della garanzia. Ci potrà essere, dunque, un pegno non possessorio, rotativo e non rotativo; sì come ci potrà essere un pegno (tradizionalmente) possessorio, ma rotativo (con la disponibilità giuridica e il potere di surrogazione reale nelle mani del creditore) e non rotativo.

D’altra parte si deve pure distinguere<sup>33</sup> – continuando nel preliminare tracciamento

---

ficazione dell’oggetto, poiché la sostituzione dei beni lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio non determina alcun pregiudizio per gli altri creditori».

<sup>30</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 784, il quale rileva come «il punto di novità» sia costituito dalla «mobilità nel tempo dell’oggetto della garanzia, che esce fuori dai limiti della fissità e della specificità, quale riflesso dell’automatizzazione dell’esigenza di funzionalità, che caratterizza sistemi anonimi e personalizzati di regole economiche».

<sup>31</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817, ove si evidenzia come la «rotatività ha origine [...] nel fatto che [...] viene ipotizzata la possibilità che il vincolo di garanzia si incorpori (circoli), in tempi successivi, su beni ... acquistati (dal creditore pignoratizio) con il reimpiego delle somme ricavate dalla vendita dei beni [...] costituiti in pegno. Il progetto di garanzia implica, dunque, necessariamente, uno specifico *medium* strutturale finalizzato allo scopo. Questo non può non essere dato che da un potere del creditore di sostituire e modificare, nel tempo, l’oggetto su cui esercita il vincolo».

<sup>32</sup> Per la concettualizzazione dell’operazione economica rilevante giuridicamente sia in termini di “unità formale” sia quale categoria ordinante, e, dunque, quale sintesi complessa dei singoli segmenti negoziali e/o materiali che possono contribuire ad attuarla, il rinvio è d’obbligo a E. GABRIELLI, “Operazione economica” e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, *passim*: «l’operazione economica ... quale schema unificante l’intero assetto di interessi disegnato dall’autonomia privata, penetra all’interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali» (p. 179); E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160 ss.

<sup>33</sup> Magistrati, sul punto, le riflessioni di D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 787 ss., 790; E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 241 ss., spec., p. 256 s.; ID., *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1715 ss., spec., p. 1717; ID., *Pegno*, cit., p. 168 s. ove si precisa che il «termine “anomalo” [...] non vuole né essere un escamotage linguistico, né tanto meno, ovviamente, indicare l’esistenza di un *tertium genus* tra “ti-



delle linee identificative del pegno ‘non possessorio’, per così dire ‘di nuova generazione’ – tra una ‘non-possessorietà’ *anomala*, sì come ricostruita alla stregua della disciplina settoriale anteriore al 2016 e delle configurazioni negoziali private con il concorrente *qualificante* vincolo di indisponibilità<sup>34</sup>, proprio del tipo legale, e una ‘non possessoria’ *atipica* originante dalla disciplina della garanzia mobiliare nell’impresa che prescinde da tale ultimo elemento specificativo nel consentire *normalmente* a quest’ultimo ampi poteri di disposizione e trasformazione dei beni costituiti in pegno.

Invero, la prima modalità, con cui la vicenda della non possessorietà si manifesta, continua a mantenere la convenzione all’interno del tratto tipologico del pegno codicistico, sostituendo<sup>35</sup> alla consegna, che costituisce *soltanto uno* (questo è il punto!) dei diversi meccanismi (legali o negoziali) idonei a conseguire quel fine a cui presidio il possesso è stato tradizionalmente selezionato<sup>36</sup>, tecniche alternative parimenti idonee a provocare, per il debitore, l’effettiva perdita «della esclusiva disponibilità della cosa» (art. 2786, comma 1) ovvero la «impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore» (art. 2786, comma 2) con il corrispondente vincolo di indisponibilità idoneo a realizzare pienamente la funzione di garanzia (mercé la privazione per il costituente del potere

---

picità” e “atipicità”, ma unicamente far emergere come determinate fattispecie di pegno (di fonte legale o convenzionale), pur presentandosi con una veste esteriore, apparentemente diversa da quella propria del tipo legale, debbano in ogni caso [...] essere ricondotte proprio all’interno sia dello schema legalmente tipico, sia della disciplina, del pegno»; ID., *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 33 ss., ove si insiste sul rilievo per cui la funzione di garanzia non deve essere costretta nello schema e/o modello codicistico del pegno, postulando, impropriamente, una consustanzialità a questo dello spossessamento, là dove, al contrario, essa potrà «realizzarsi – pur all’interno del tipo contrattuale e quindi senza alterarne la struttura formale e comportare effetti diversi da quelli propri dello schema legale – utilizzando strumenti alternativi, quali l’iscrizione del vincolo in appositi registri, che comunque determinino l’impossibilità per il costituente di compiere atti di disposizione della *res* oggetto della garanzia»; ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 74 ss.

<sup>34</sup> Là dove nel modello pignoratizio del 2016 l’elemento *qualificante* è rappresentato – oltre che dalla rotatività – dalla non possessorietà in una alla piena disponibilità giuridica dei beni in testa al debitore (con la salvezza che il titolo costitutivo la ridimensioni o la escluda interamente).

<sup>35</sup> Con la riforma del 2006 del *Còde civil* il legislatore francese ha espressamente sostituito all’elemento materiale dello spossessamento quello – più consono alle esigenze economiche attuali – della registrazione della garanzia in pubblici registri mediante annotazione.

<sup>36</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 795 ss.: «la fattispecie possessoria [...] incorporante la forma costitutiva della garanzia, è un momento necessario, solo in quanto collegato con quei disposti normativi che trovano il loro comune punto di riferimento con l’art. 1153 c.c., secondo i quali è possibile attivare una circolazione dei beni mobili (traslativa o comunque costitutiva di diritti in favore di terzi) fondata su fattispecie possessorie», E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., p. 71 ss.: «la *traditio rei* [...] non è fine a sé stessa, ma rappresenta lo strumento per la realizzazione di una diversa situazione finale: l’impossibilità per il costituente di compiere atti di disposizione della *res* oggetto della garanzia» (p. 76); ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 123 ss., 187 ss., 216 ss.





di beneficiare dell'effetto liberatorio mediante la tecnica di cui all'art. 1153 c.c. e l'eventualità per il creditore di attuare la ritenzione) nella diversità del modello strutturale<sup>37</sup>.

La seconda (*scilicet*: la non possessorietà *post* 2016), al contrario, denuncia evidenti caratteri di atipicità<sup>38</sup> con l'attribuzione di penetranti poteri di escussione della garanzia e di autotutela esecutiva al creditore (assenti nel modello legale<sup>39</sup>) nonché di ampi poteri gestori e dispositivi, dei beni oggetto della garanzia, al debitore (depositario), con le relative clausole di lavorazione e di estensione (c.dd. verticali<sup>40</sup> e orizzontali<sup>41</sup>) del vincolo (proprie di altri ordinamenti europei e segnatamente di quelli tedesco ed anglosassone). Specificità che, se rappresentano una «forma di surrogato negoziale [...] tale che la cosa si prolung[hi] nel credito per il prezzo [ovvero in quella che costituisce l'esito della sua trasformazione]»<sup>42</sup>, finiscono anche per costituire elementi che segnano una marcata diversità. Idonei, questi ultimi, ad ipostatizzare il definitivo superamento della tradizionale logica pignorizia, sia pure aggiornata dalla pagina del pegno anomalo, se è vero che rispetto a quello, produttore *soltanto* una diversa modalità espressiva della tecnica codicistica in funzione dell'indisponibilità, questo (il pegno non possessorio di cui alla legge n. 119/2016), al contrario, evidenzia caratteristiche ulteriori ed estranee (e che non si esauriscono nel mancato spossessamento), idonee a prefigurare uno specifico sotto-tipo<sup>43</sup> del

---

<sup>37</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 790 s., il quale sottolinea il *caveat* per l'interprete di evitare «un'aprioristica, e come tale indebita, identificazione tra modello e funzione. Indebita perché ... la risposta tecnica dell'ordinamento alle complessità della prassi sociale è una risposta strumentale: è ricondotta, cioè, a una razionalizzazione dei mezzi in vista dei fini e si esprime in un linguaggio proposizionalmente articolato».

<sup>38</sup> Ovvero chiare «note *extra* tipiche» come evidenzia E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 257; sottolinea le notevoli novità della disciplina del 2016 anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 703 ss.

<sup>39</sup> Ed invero le disposizioni di cui agli artt. 2742, 2794 e 2798 attribuiscono al creditore pignorizio alcune facoltà che comunque devono essere *mediate* dalla valutazione giudiziale.

<sup>40</sup> Con l'espressione 'verticali' comunemente si intendono quelle clausole contenenti la disciplina di estensione del pegno alle somme o ai crediti originanti dal trasferimento (o, in senso più ampio, alla disposizione giuridica) dei beni originari oggetto di pegno. Per un'ampia trattazione, A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, p. 41 ss.; ma anche, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 260.

<sup>41</sup> Con l'espressione 'orizzontali' si suole individuare tutti quei meccanismi – legali e/o convenzionali – alla cui stregua il prodotto originario sottoposto a pegno, in seguito ad uno o più processi di lavorazione, si trasforma in altro da sé (ad es. dall'uva si passa al mosto, poi al prodotto oggetto della fermentazione e così via fino alla bottiglia e al successivo, ma anche precedente, invecchiamento) ovvero viene sostituito con altri beni.

<sup>42</sup> E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 260-261.

<sup>43</sup> Cfr., ad es., E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2000, p. 1 ss.;



pegno codicistico, non già un'ipotesi a garanzia atipica<sup>44</sup> *tout court*. Si da evidenziare, per un verso, la non essenzialità di alcuni elementi evocati dalla disciplina tradizionale e, confermare, per l'altro, che la minima unità effettuale del pegno continua ad individuarsi nel conseguimento della medesima funzionalità di garanzia.

Si è così trascorsi dal pegno di origine romana giunto fino alle interpretazioni prevalenti della disciplina codicistica per il quale lo spossessamento veniva fatto coincidere con la stessa (possibilità giuridica dell')attuazione della funzione di garanzia<sup>45</sup>, alle innovative pagine che, ricollocando condivisibilmente il possesso *esclusivamente* tra le tecniche realizzative del pegno (non perciò stesso esaurendole), avevano evidenziato come la funzione di garanzia non fosse coestensiva con lo spossessamento, fino al pegno non possessorio di 'nuova generazione', oltrepassante anche l'ultimo presidio che del pegno costituiva la cifra connotativa (vale a dire il vincolo di indisponibilità per il costituente) per, al contrario, attribuire al datore di garanzia ampi poteri gestori e dispositivi nel prefigurato fine di una maggiore performatività della garanzia mobiliare e nella generale prospettiva dell'insuperabile dimensione della dinamicità economica e finanziaria sottesa alla postmodernità.

Il tutto in un più ampio orizzonte di una *Modernisierung* dell'intero (strategico) settore delle garanzie, non sono mobiliari, al fine di intercettare la costante necessità di coniugare virtuosamente le inesauribili esigenze di credito, specialmente da parte delle imprese, e le istanze di certezza del recupero da parte dei soggetti erogatori (si come recepite nel disegno di legge n. 1151 presentato al Senato della Repubblica il 19 maggio 2019, Delega al Governo per la revisione del codice civile), e, dunque, tra un'efficiente responsabilità patrimoniale del debitore e l'innesto di pervasivi fattori configuranti una sua più concreta protezione, come lucidamente segnalate in un recente propositivo intervento<sup>46</sup> in una alla concorrente «responsabilità di razionalizzazione dell'intera materia»<sup>47</sup> ed

---

al quale, in forza del richiamo contenuto all'art. 1, comma 10-bis, si applicano «in quanto compatibili» le norme codicistiche del pegno: sul punto cfr., G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, in *giustiziacivile.com*, 22 giugno 2018, p. 15-18.

<sup>44</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 619 ss.; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 21 ss.

<sup>45</sup> Lo ribadiva A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 794, il quale rilevava come il pegno si costituisce proprio e soltanto con l'*impossessamento* del bene da parte del creditore; dunque, l'atto dell'impossessamento deve ritenersi quale «atto costitutivo del pegno» (corsivo originale).

<sup>46</sup> F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, in *Questione giustizia*, 29 maggio 2018, p. 1 ss.

<sup>47</sup> A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1304 ss., spec., p. 1305.



alla «concezione funzionalistica del “rapporto di responsabilità”»<sup>48</sup>.

Con la promozione di una virtuosa *valorizzazione* dell'autonomia privata<sup>49</sup>, da sempre ai margini dell'ampio settore delle garanzie, tradizionalmente presieduto dal principio di *tipicità*, e senza che la stessa venga confinata al limitante ruolo di esclusiva registrazione delle diffuse tipizzazioni sociali della contrattualistica bancaria<sup>50</sup>. Sì da prestare la massima attenzione, per un verso, al *tendenziale* superamento di due principi che, fino a quale anno fa, apparivano come immodificabili con il loro carico di tradizione dogmatica: l'*unicità* (e la necessaria soggettività) del patrimonio<sup>51</sup> e la *par condicio creditorum*; e, per l'altro, alla sovveniente diffusione delle recenti discipline del sovraindebitamento (che dal diritto commerciale giungono al debitore *civile*<sup>52</sup>) con i concorrenti meccanismi delle clausole marciane e di esdebitazione<sup>53</sup> (legali e/o convenzionali).

---

<sup>48</sup> F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, cit.

<sup>49</sup> E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 29 ss.; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 163 ss., spec., p. 173 ss.; Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 1999, p. 304 ss.

<sup>50</sup> In questo senso criticamente, A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1305, sebbene il disegno di legge n. 1151, alla lettera o) dell'unico articolo di cui è composto preveda che la disciplina delle «nuove forme di garanzia del credito» avvenga «anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario».

<sup>51</sup> Così, qualche anno fa, si rilevava in R. FRANCO, *Le recenti (de)specializzazioni del credito fondiario*, in *Dir. merc. ass. e fin.*, 2019, p. 255 ss.: il concetto, e la stessa funzione ideologica della responsabilità patrimoniale, è da «sempre sottoposto a costanti tensioni rivalutative: uno per tutti la separazione patrimoniale che tanto faticano, i giuristi continentali, a comprendere nel perenne confronto con l'effetto destinatario, come entrambi contrapposti all'asserita (e tanto difficile da superare) unicità patrimoniale necessitante logicamente, prima che giuridicamente, dell'elemento soggettivo d'imputazione e di raccordo; e che pure una più meditata rilettura delle opere di Brinz e Bekker in Germania con la *Zweckvermögenstheorie*, e, soprattutto, di quelle di Bonelli e Ferrara che si confrontavano nella vivace polemica risalente al secondo decennio del secolo scorso, avrebbe consentito di agevolmente comprendere, svelando la sovrapposizione concettuale tra patrimonio e soggetto che, di contro, non necessariamente si devono vicendevolmente implicare. Il patrimonio non deve essere necessariamente di qualcuno; ma può anche essere destinato per uno scopo; il patrimonio non dovrà, per individuarsi, inevitabilmente specificarsi nella *selezione* soggettiva, ma potrà *raccordarsi unitariamente* in ragione di una destinazione (*für etwas*)».

<sup>52</sup> Cfr., legge n. 3/2012, in base alla quale, dunque, anche chi non è un imprenditore commerciale può ora ... *fallire* ... ma anche subito dopo *riabilitarsi* quale soggetto attivo del mercato nelle nuove prospettive sottese alla politica economica del cd. *fresh start*. La quale se, nelle immediatezze, implica un'opportunità per il debitore, è idonea a suscitare anche profonde riflessioni critiche in merito ad una delle possibili visioni della cd. *credit society* che per alimentarsi ed accrescere sempre più le imprese che in essa si agitato ha la costante necessità di avere infiniti attori *ripuliti dal pregresso* e posti in grado di essere nuovamente *capaci di indebitarsi*. In altri termini, attraverso l'anamorfose del *favor debitoris*, si costruisce un *favor creditoris*, versione post-moderna, sì come riconcettualizzato con riferimento non già ad un singolo rapporto obbligatorio ma con riferimento al mercato del credito, inteso probabilmente quale «nuovo criterio di *ordine pubblico*»: G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”*: oltre la tutela (esclusiva) del creditore, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 171 ss., spec., p. 178.



2. – Dalla lettura del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 59/2016 emerge che il datore di pegno – sia esso lo stesso debitore, sia esso un terzo – deve essere un imprenditore «iscritto nel registro delle imprese»<sup>54</sup>, senza ulteriori specificazioni della sezione entro la quale deve essere inserito. Ne consegue, probabilmente, l'esclusione delle società semplici (salvo che per le medesime non si proceda all'iscrizione volontaria) e la ricomprensione degli imprenditori agricoli<sup>55</sup>, dei modelli organizzativi societari e di tutti i soggetti (persone fisiche, enti, soggetti giuridici e persone giuridiche del terzo settore limitatamente alle attività economiche svolte con metodo imprenditoriale, enti pubblici economici, ecc.) del polimorfo mondo imprenditoriale che abbiano accesso alla divisata pubblicità iscrivibile. I crediti garantiti dalla concessione della garanzia mobiliare devono<sup>56</sup> essere «inerenti all'esercizio dell'impresa», con le ulteriori specificazioni di essere presenti o futuri, determinati o determinabili, in ogni caso individuati con riferimento all'importo massimo che il pegno garantisce. Dunque, per delineare la fattispecie individuativa l'interprete deve riferirsi sia all'elemento soggettivo (l'imprenditore), sia all'elemento dinamico-funzionale dell'inerenza<sup>57</sup> e, quindi, del nesso funzionale tra il credito ricevuto e la finalizzazione del medesimo alla (più ampiamente intesa) gestione dell'impresa.

Potrebbe rimanere aperta la questione relativa alla verifica della ricorrenza dei due

---

Sul punto le dense e proficue pagine di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 73 ss. Per un primo spunto, ancora, G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, cit., p. 177 s.

<sup>53</sup> Sia consentito il rinvio, in termini generali, a R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 265 ss., spec., p. 297 ss.; ID., *Le recenti (de)specializzazioni del credito fondiario*, cit., p. 255 ss.

<sup>54</sup> Occorre quindi sia il requisito sostanziale dello svolgimento in concreto dell'attività, sia quello formale dell'iscrizione nel registro delle imprese.

<sup>55</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 705; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 5.

<sup>56</sup> Rimane, peraltro, aperta la questione relativa all'individuazione della conseguenza giuridica dell'eventuale riscontro, *ex post*, dell'assenza del nesso funzionale tra i 'crediti garantiti' e l'inerenza all'esercizio dell'impresa' giacché la sanzione della nullità della convenzione pignoratizia, pur prefigurata nei primi commenti (S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 5; R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano giuridico*, 6 maggio 2016, p. 1 ss.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfatta del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 772) in ragione di una sua configurazione in termini di requisito funzionale-causale della medesima (se non addirittura come norma imperativa), parrebbe dover ricevere una più pacata valutazione al fine di verificare, non soltanto mercé il ricorso all'art. 1424 c.c., una possibile conservazione della costituita garanzia, in ragione delle concreta modulazione degli interessi delle parti, sia pure con l'applicazione della disciplina tradizionale in luogo di quella di cui alla legge n. 119/2016.

<sup>57</sup> Inerenza all'impresa che costituisce un «paradigma denotativo» per E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253. Parrebbe, dunque, doversi escludere che, ricorrendo



indicati elementi (soggettivo ed oggettivo) *connotativi* della fattispecie, vale a dire se essi dovranno essere (entrambi) accertati *soltanto* nella fase costitutiva del pegno o dovranno, al contrario, persistere per tutta la durata della garanzia ovvero se, presenti *ab origine*, saranno poi da verificare soltanto nell'eventuale momento successivo dell'esercizio della prelazione pignorizia. Esclusi possibili effetti invalidanti<sup>58</sup> o di inefficacia che si potrebbero rispettivamente produrre per la sopravvenuta registrata carenza della qualità soggettiva del datore di garanzia ovvero della funzionalizzazione all'esercizio dell'impresa dei crediti garantiti, si ritiene che la conseguenza non possa essere altra da quella che conduca all'applicazione (residuale, ai sensi della norma di chiusura di cui al comma 10-*bis* dell'art. 1 della legge n. 59/2016) della disciplina codicistica del pegno (per la mancata prefigurazione dei requisiti qualificatori di quello 'non possessorio'), sì come riletta nella condivisibile proposta evolutiva delineante la figura del c.d. pegno anomalo, ormai recepita in giurisprudenza<sup>59</sup> (e caratterizzata, almeno, dal patto di rotatività con la concomitante surrogazione reale non novativa e dall'assenza dello sposessamento, sia pure senza le rilevanti novità introdotte dalla novella). Dunque, soltanto qualora (ed al momento in cui) il creditore pignorizio o il debitore garantito volessero rispettivamente ricorrere all'esercizio di quelle più ampie prerogative a loro concesse dalla novella dovrà procedersi al riscontro in concreto della sussistenza dei due indicati elementi specificativi, traslocando così, in termini funzionali, la disciplina da una registrazione statica ad un accertamento dinamico: il c.d. «interesse alla conservazione (in senso dinamico) della garanzia mobiliare»<sup>60</sup>.

Qualche perplessità è emersa in merito alla necessaria verifica della qualità imprenditoriale del debitore-beneficiario della garanzia nel caso in cui il datore di pegno sia

---

il requisito soggettivo dell'imprenditore iscritto nel registro delle imprese, possa applicarsi la disciplina della legge n. 119/2016 senza la necessaria verifica anche dell'altro requisito – oggettivo – dell'inerenza del credito all'esercizio dell'impresa.

<sup>58</sup> Come mostrano di ritenere R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfatta del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 772; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7; e, sia pure limitatamente, alla fase costitutiva, G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, p. 7.

<sup>59</sup> Cass., 1° luglio 2015, n. 13508: «il pegno di cosa futura rappresenta una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti (...) avente meri effetti obbligatori e si perfeziona con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per completamento della fattispecie, è meramente materiale consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore»; Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456.

<sup>60</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817.



un imprenditore terzo: a chi<sup>61</sup> ritiene che anche il debitore debba rivestire la qualifica imprenditoriale, si oppone chi<sup>62</sup>, rilevando la generica dizione legislativa (riferita al profilo oggettivo) del credito «inerent[e] all'esercizio dell'impresa», ipotizza anche un debitore non imprenditore ovvero un imprenditore non iscritto o una società di fatto.

Nulla è detto con riguardo sia alla natura giuridica di colui che eroga il credito, sia al modello mediante il quale l'erogazione deve avvenire. Con riferimento alla prima questione, l'erogatore potrà essere, dunque, in assenza di espresse indicazioni, un qualsiasi soggetto, pubblico o privato, persona fisica o giuridica, non necessariamente coincidente con un operatore bancario o finanziario, in ogni caso un soggetto di diritto a ciò abilitato; con riferimento alla tecnica contrattuale di erogazione, non dovendosi trattare improrogabilmente soltanto di mutui o finanziamenti in genere, qualsiasi credito potrà essere garantita dal pegno non-possessorio, quale che sia la modalità di concessione del credito.

**3. – Segue.** – Quanto all'oggetto, l'art. 1, comma 2, individua sia i beni che possono subire il pegno, sia i criteri cui le parti possono ricorrere per l'individuazione dei medesimi. Con riferimento ai primi, dopo qualche iniziale incertezza dovuta alla formulazione della disposizione del decreto legge, in sede di conversione, si è chiarito che potrà trattarsi di beni mobili, sia materiali che immateriali, e di crediti purché specificati dalla predicazione dell'inerenza all'esercizio dell'impresa; si deve cioè trattare di cespiti (di qualsivoglia natura) rientranti nello svolgimento in concreto<sup>63</sup> dell'attività imprenditoriale e/o nel complesso aziendale. Si prevede l'espressa esclusione dell'assoggettabilità a pegno dei «beni mobili registrati» e, quindi, di tutti quei beni già suscettibili di ipoteca mobiliare<sup>64</sup> (art. 2810, comma 2): per l'effetto si è posta la questione se possano costitui-

---

<sup>61</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 705 ed *ivi* nota 8.

<sup>62</sup> E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 252; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 10 s.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 238 s.; ma, in senso contrario, F. LAMANNA, *"Decreto banche": iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, Milano, 2016, pp. 16-17.

<sup>63</sup> Con il relativo profilo probatorio tutto da costruire ad opera dell'interprete, ma che non si crede esposto ad alcun tipo di limitazione. Si che se la verifica sarà agevole per quei cespiti debitamente annotati nel relativo libro aziendale, non perciò stesso dovranno escludersi quegli altri che non avessero ricevuto tale formalizzazione, condividendosi il rilievo per cui la destinazione imprenditoriale «deve essere intes[a] in senso estensivo»: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 707; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 241 s.

<sup>64</sup> E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 131. Ma qualche perplessità, in termini generali, esprime F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda*, in ID.





re oggetto di pegno non possessorio, da un lato, i brevetti, i marchi registrati e gli altri diritti di proprietà industriale e, dall'altro, le quote societarie<sup>65</sup>, con specifico riferimento a quelle di s.r.l., nell'assunzione che queste – a differenza di quelle di partecipazione nelle società di persone – possano ricondursi alla natura di beni *mobili* e non debbano piuttosto prefigurarsi quali più complesse posizioni contrattuali. E si è condivisibilmente rilevato<sup>66</sup> che l'esclusione dall'oggetto del pegno dei divisati beni sia imputabile all'opportunità, avvertita dal legislatore, di evitare che, con riferimenti ad essi, si potesse creare un conflitto tra diversi strumenti pubblicitari<sup>67</sup> ai fini della costituzione e delle prerogative concesse dalle rispettive prelazioni (in termini di grado e efficacia dichiarativa delle relative pubblicità).

In merito ai secondi si indicano ampi criteri di identificazione: potrà trattarsi di beni, anche immateriali, o crediti<sup>68</sup>, presenti o futuri<sup>69</sup> (art. 1348; con la precisazione che il

---

(a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, IV, t. 2, Torino, 2006, p. 1245, sebbene rilevando che in caso di contrasto prevarrà il creditore ipotecario.

<sup>65</sup> Cfr., le riflessioni di F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 243 ss.

<sup>66</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 708-709; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 955 s.; ma in senso contrario, con riferimento alle quote di partecipazione sociale, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 248 ss., il quale espressamente estende il pegno anche alle quote di partecipazione sociale nelle società personali. Un approfondimento in G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 8 ss.

<sup>67</sup> Ma nel senso dell'ammissibilità di sottoposizione a pegno anche dei diritti industriali, marchi e brevetti, F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 12 s., la quale argomenta nel senso che la legge del 2016 è *specialis* rispetto alla generale disciplina del pegno ed è successiva rispetto alla disciplina di cui al d.lgs., 10 febbraio 2005, n. 30, recante disciplina anche del registro U.I.B.M.

<sup>68</sup> Sebbene, a rigore, la lettera della legge (così come al comma 3 ed al comma 6) riferisca i criteri di cui nel testo esclusivamente ai 'beni' mobili non estendendoli né ai beni immateriali, né ai crediti.

<sup>69</sup> Si tratta di precisazioni *ingenue* per E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 250. La precisazione, a differenza della successiva, potrebbe spiegarsi in ragione della tradizionale controversia (E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 144 ss.) insorta in tema di oggetto di pegno codicistico con particolare riguardo all'assoggettabilità ad esso di beni o crediti futuri, stante anche la limitrofa incidenza interpretativa dell'espresso divieto in tema di ipoteca. Sennonché, anche per il pegno codicistico si era proficuamente chiarito come, in virtù della norma generale di cui all'art. 1348 c.c., esso potrà avere ad oggetto anche beni o crediti futuri, purché originanti da e/o imputabili titolativamente a rapporti giuridici già costituiti ed esistenti. Qualora, invece, non fosse in essere neppure quest'ultimo si sarebbe al cospetto di crediti (non già futuri, bensì soltanto) eventuali, con il che la problematica della determinazione *oggettuale* si sposterebbe su quella della puntuale redazione della clausola di estensione (di matrice soprattutto bancaria) della garanzia mobiliare a quei crediti per i quali non si è, appunto, ancora formato neppure il titolo (negoziale o legale) al momento della nascita del pegno. In mancanza di una precipua indicazione dei criteri alla cui stregua individuare il credito futuro – anche per le sottese esigenze di tutela dei terzi di cui all'art. 2787, comma 3 – con la individuazione di un'unitaria operazione negoziale e l'annessa previsione di



un'attività configuratoria-procedimentale privata (alla quale ha aderito anche la giurisprudenza che sia pure discutendo impropriamente di fattispecie e formazione progressiva: Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725, in *Foro it.*, 2013, I, c. 557 ss.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.: «la continuità del rapporto non è incompatibile con la realtà del pegno, perché deriva dalla convenzione con la quale le parti prevedono la possibilità di sostituirne l'oggetto senza estinzione del precedente rapporto di garanzia. E, come già rilevato nella citata sentenza n. 5264 del 1998 [...] questa possibilità di surrogazione reale dell'oggetto del pegno non è incompatibile con il diritto positivo, che prevede la riferibilità della garanzia a un valore economico piuttosto che al bene di volta in volta utilizzato per concretizzarlo» si che «le parti poss[on]o obbligarsi a sostituirne l'oggetto senza necessità di ulteriori stipulazioni e, quindi, nella continuità del rapporto originario»; Cass., 27 agosto 1998, n. 8517, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1311 ss.; Cass., 1 agosto 1996, n. 6969, in *Fall.*, 1997, p. 263 ss.), la previsione di beni/crediti futuri dovrebbe ritenersi inefficace almeno *erga omnes* e, dunque, ai fini della costitutività della prelazione pignorizia (ma con una residuale efficacia obbligatoria *inter partes*): per tutti, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 141 ss. Cfr., altresì, S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 686; F. REALMONTE, *Il pegno*<sup>2</sup>, cit., p. 807; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*<sup>4</sup>, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, continuato da Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 29.

In merito vale la pena sottolineare che la distinzione negoziale tra pegno rotativo e pegno di beni/crediti futuri deve rimanere ferma ed essere rivendicata (nonostante qualche incertezza giurisprudenziale: Cass., 11 novembre 2003, n. 16914 in *Foro it.*, 2004, I, c. 410 ss.; Cass., 14 gennaio 2000, n. 8089, in *Fallimento*, 2001, p. 636 ss.). Invero, sul punto anche i due più recenti contraddittori in tema di pegno rotativo – evocando nomi fiabeschi ('Grillo parlante' per Francesco Gazzoni e 'Pinocchio' per Enrico Gabrielli) – concordano: altro è il pegno rotativo che si costituisce *uno acto* (e dal cui momento il diritto reale di garanzia potrà dirsi esistente) in una all'azione dell'autonomia privata procedimentale e configuratoria che gli è sottesa, senza che la modifica materiale dell'oggetto induca ad incertezze sull'oggetto astratto del fenomeno della garanzia e senza, dunque, la produzione di alcun effetto novativo (D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812 ss.); altro il pegno di cose/crediti futuri che non può prefigurarsi se non come fattispecie a formazione progressiva (ma, in senso diverso, S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 686 per il quale il contratto sarebbe fin dall'origine definitivo e di natura consensuale e la consegna assumerebbe mero valore simbolico) che giunge a definitivo compimento con la venuta ad esistenza del bene e lo spossessamento a favore del creditore (ovvero mercé altre modalità alternative a quest'ultimo per l'ontologia della *res*): qui il pegno potrà dirsi costituito solo allorché saranno verificati detti eventi (e, dunque, con efficacia *ex nunc*, ad ogni effetto di legge), senza alcuna retroattività dell'effetto reale (che, invece, costituisce il *quid essentiae* della rotatività, espressione com'è di un'operazione economica continuativa ed unitaria). Cfr., F. GAZZONI, *Qualche dubbio su pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1468 ss., spec., p. 1471 e E. GABRIELLI, «Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il faceto), ora in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 291 ed *ivi* nota 47. Dunque, «una cosa è il pegno rotativo, altra e diversissima cosa è il pegno su cosa futura, al punto che se davvero il primo fosse da assimilare al secondo, la soluzione da dare al problema posto dall'art. 67 l.f. dovrebbe essere esattamente opposta» (F. GAZZONI, *Qualche dubbio su pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1471; e con vigore argomentativo, E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 162 s.).

Cfr., Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, p. 485 ss.: «l'ammissibilità di modificazioni oggettive che non facciano venir meno l'identità del rapporto giuridico o che, pur dando vita alla costituzione di un rapporto nuovo, assicurino, comunque, la tutela della situazione giuridica preesistente è, in effetti, specificamente riconosciuta dal legislatore, rispetto ai diritti reali di garanzia, con una serie di disposizioni (artt. 2742, 2795, primo e secondo comma, 2815 e 2816, 2825, secondo comma, c.c.) che, nella diversità delle ipotesi regolate, sono legate da un aspetto comune, costituito dal fatto di prendere in considerazione la "cosa" per la sua "componente di valore", in piena aderenza all'interesse del titolare del diritto, che non è rivolto al bene nella sua "individualità", ma al suo valore economico» .



pegno – già efficace in termini obbligatori ed *inter partes* – diviene immediatamente opponibile con l’iscrizione<sup>70</sup> nel relativo registro<sup>71</sup> e non con la venuta ad esistenza del bene e/o del credito<sup>72</sup>, con l’annesso spossessamento o formazione del titolo in riferimento ai crediti o altri diritti: comma 4 dell’art. 1 legge n. 59/2016), determinati o determinabili<sup>73</sup> (con una indicazione probabilmente superflua<sup>74</sup> stante la disciplina generale di cui all’art. 1346) ovvero individuati<sup>75</sup> «mediante riferimento a una o più categoria

---

<sup>70</sup>M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 710. Diversamente, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 957 s.

<sup>71</sup>Registro che, a quanto consta, non è stato ancora istituito; sul punto è stata già presentata un’interrogazione parlamentare alla Camera dei Deputati in data 21 aprile 2020, n. 4-05264 con la quale si chiede di conoscere «quali siano motivi per i quali ad oggi il registro informatizzato ... non è stato ancora istituito presso l’Agenzia dell’entrate, rendendo quindi efficace tale nuovo istituto giuridico; [e] quali iniziative siano state predisposte dal Ministro interrogato al fine di rimuovere tutti gli elementi ostativi alla creazione del predetto registro informatizzato».

<sup>72</sup>Così come vorrebbe la regola generale in tema di compravendita di cosa futura valevole anche per il pegno codicistico: venuta ad esistenza del bene/credito e relativo spossessamento; di conseguenza la costituzione del pegno non possessorio su cosa futura retroagirà nell’efficacia giuridica, una volta che la cosa è venuta ad esistenza, al momento in cui è avvenuta l’iscrizione. Concordano, V. OLISTERNO, *La consacrazione normativa dei pegni cd. anomali: il pegno mobiliare non possessorio del D.L. 59/2016 convertito con modifiche in L. 119/2016*, in *Jurisprudenzia.it.*, p. 6 s.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all’autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 783.

<sup>73</sup>Art. 1, comma 2.

<sup>74</sup>Di «ingenuità» discute E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 250.

<sup>75</sup>È bene rammentare che è segnatamente sulla puntuale descrizione dei beni ovvero sulla specifica indicazione dei criteri e modalità alla cui stregua individuare i beni che andranno a sostituire, per effetto del funzionamento del meccanismo rotativo, quelli originariamente oppignorati, che si gioca tutta la partita della rotatività (con vigore argomentativo, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 798, per il quale le tecniche di individuazione dei termini della fattispecie acquistano la propria giustificazione normativa «in presenza di processi di oggettivazione particolari di tutta la struttura complessiva della garanzia, che rendono possibile la variabilità dell’oggetto, in quanto, per la stessa razionalità immanente nella funzione, ne implicano la riproduzione»; E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160 ss.). Non soltanto, dunque, quella dell’opponibilità *erga omnes* della rotatività (con la connessa delicata questione dei conflitti tra il creditore pignoratizio ed i terzi che vantassero diritti sui beni che sostituiscono quelli originari, nell’ipotesi in cui tali diritti fossero stati acquistati da tali terzi in epoca successiva alla data di costituzione ed iscrizione del pegno, ma precedentemente al momento della sostituzione), ma della stessa utile concettualizzazione della rotatività, con i suoi effetti retroattivi e non novativi (nella continuità dell’oggetto là dove «il bene viene in considerazione, non già nella sua individualità, ma per il suo valore economico», E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160). Invero, questa in tanto ha un senso (logico, prima che giuridico) in quanto il pegno potrà dirsi costituito fin dal primo atto costitutivo ed indipendentemente dalle successive modificazioni oggettuali; qualora ciò non potesse essere con certezza conseguito il pegno rotativo perderebbe ogni suo *appeal* giuridico (in termini teorici e ricostruttivi) ed economico (quale nuova avvincente modalità di garanzia). Ed infatti, sulla questione, insiste, condivisibilmente, sul punto E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 116 s.; ID., *Rotatività della garanzia*, ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 228 s.; ID., “Forma” e “realtà” nel



merceologiche» o, finanche (e, qui la rilevante novità), mercé la mera indicazione di «un valore complessivo»<sup>76</sup>. Con un'ideale prosecuzione di quella antica prospettiva cui appariva utile convenire che, nel settore delle garanzie, si sarebbe dovuto convertire il 'diritto al bene' nel 'diritto al suo valore' (di scambio), così raccordando le sempre più stringenti esigenze dei traffici commerciali globalizzati sottese all'interesse all'immediata monetizzazione delle garanzie e all'autonoma circolazione di quel 'valore' (inteso come *bene* in sé, già facente parte del patrimonio del beneficiario) a quelle intuizioni<sup>77</sup>, sovvenute agli albori del secolo scorso (e successivamente meglio precisate<sup>78</sup>), individuative della minima unità funzionale dell'ipoteca – quale paradigma di ogni garanzia – non nel 'diritto al bene' bensì nel 'diritto *al* (e non *sul*)<sup>79</sup> valore' del bene ovvero quello alla costituzione di una «riserva di utilità (reale) sul patrimonio del costituente»<sup>80</sup>.

---

*diritto italiano delle garanzie reali*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 54 ss., 58 s., ove si ribadisce che «l'atto di autonomia privata [ove strutturato e conformato alla stregua delle indicazioni formali prescritte dal legislatore per il pegno e, specificamente, artt. 2787 e 2800] non può perdere la sua efficacia nei confronti dei soggetti che vantino titoli in conflitto, poiché il controllo sulla rispondenza dell'operazione economica di garanzia alle regole di validità e di opponibilità del vincolo dettate dal legislatore sarà necessariamente successivo al momento di costituzione del vincolo e del patto di rotatività» (p. 58); ID., «*Pinocchio*», il «*Grillo parlante*» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il face-to), cit., p. 285 s.; ID., *Il pegno*, cit., p. 237 ss., spec., p. 242; cui *adde*, ma in senso diverso, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, p. 1 ss., spec., p. 25 ss.

<sup>76</sup> Probabilmente neanche in questo caso potrà dirsi che il legislatore abbia accolto, nella sua integralità, la nozione tecnica del cd. pegno flottante, propria di altri ordinamenti (tradizionalmente quelli di *common law*), in cui la garanzia mobiliare può costituirsi avendo per oggetto non cose e/o diritti, bensì esclusivamente (e direttamente) *valori* economici. Il riferimento legislativo al 'valore complessivo' sarebbe da intendersi, quindi, quale criterio – ulteriore rispetto agli altri indicati nel medesimo enunciato legislativo – al quale si è fatto ricorso allo scopo *esclusivo* di individuare i beni oggetto del pegno non possessorio (*id est*: criterio di individuazione), non già per indicare che *anche* esso stesso, in quanto mero *valore*, potrebbe costituire oggetto di pegno. Per le coordinate del dibattito, sia pure antecedente alla novella del 2016, cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 257 ss.

<sup>77</sup> G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Milano-Torino-Roma, 1917, p. 25 ss.

<sup>78</sup> G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 83 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 6 ed ivi nota 4, il quale magistralmente puntualizza – mercé il rigore dogmatico che gl'è proprio – che l'ipoteca rappresenta un *diritto al valore* non già *sul valore*, vale a dire che il suo oggetto è un determinato bene (non potendo consistere in un valore) per quanto sia possibile ricavare dalla vendita forzata. Cenni anche in A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 11 s., 44 s.

<sup>79</sup> Al fine di evitare di incorrere nell'errore prospettico di considerare il *valore* quale *oggetto* dell'ipoteca.

<sup>80</sup> E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 14 s. (già in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, cit., p. 1009 ss.), ove la specificazione che la costituzione della 'riserva' è logicamente e crono-



La previsione legislativa, infine, si rivela idonea a ridimensionare anche un altro carattere del pegno tradizionale, vale a dire la *specialità* (ex artt. 2784-2786-2787, comma 3): se l'oggetto del pegno potrà individuarsi «anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche» ovvero al solo *valore* complessivo (ad es., di un determinato complesso aziendale, formato da beni mobili non registrati e crediti di impresa) ne consegue evidentemente il dissolvimento della predicazione (costitutiva) della specialità pignoratoria ed un sensibile avvicinamento del pegno al privilegio mobiliare<sup>81</sup> (ad es. quello di cui agli artt. 44 e 46 TUB).

**4. – Segue.** – L'art. 1, comma 2, nell'indicare i possibili beni oggetto di pegno non possessorio, aggiunge un ulteriore elemento connotativo e/o qualificativo-funzionale affinché questi possano rendersi oggetto di garanzia, vale a dire la predicazione della loro *destinazione* (siano essi beni mobili, immateriali o crediti) all'esercizio dell'impresa. La previsione destinataria dei medesimi pone la problematica – che sarà meglio investigata in seguito, con riferimento al fenomeno sostitutorio – della possibile successiva incidenza della sua modifica (rispetto all'originaria funzionalizzazione aziendale) sulla (stessa regola negoziale e, più probabilmente, sulla) disciplina del pegno già costituito. Si può in proposito ritenere, sia pure con margini di possibili ulteriori approfondimenti, che per quanto la destinazione all'impresa sia elemento innovativo, quanto specificativo della nuova figura di garanzia mobiliare, essa non sia idonea a segnare la pattuizione privata in termini di validità e/o sopravvenuta inefficacia e/o inopponibilità della medesima<sup>82</sup> (ri-

---

logicamente anteriore alla realizzazione patrimoniale della 'utilità'; E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., p. 77.

<sup>81</sup> Lo rileva anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 710-711; nonché, R. Di RAIMO, *Appunti sulla circolazione a scopo di garanzia nel diritto attuale*, cit., p. 60: «il pegno non possessorio, quello del DL 59/2016 s'intende, fatica a distinguersi qualitativamente dalla garanzia generica. Meglio, la genericità dei nessi identificativi del rapporto consegna l'immagine di un legislatore il quale, memore della teoria che nei primi decenni del secolo scorso rappresentava la responsabilità patrimoniale generica come una sorta di pegno *omnibus* sul patrimonio del debitore, ha bensì attribuito all'autonomia privata il potere di sezionare i patrimoni per quote di valore, frammentando l'unico patrimonio c.d. generale, unificato dal criterio proprietario espresso dallo stesso art. 2740, in più nuclei unificati invece dagli accordi e dall'iscrizione costitutiva di cui all'art. 6 del DL.»; cui *adde* G. STELLA, *Il "pegno non possessorio" alla luce delle disposizioni del Decreto legge n. 59/2016*, cit., p. 5.

<sup>82</sup> Come invece ritengono R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, cit., p. 2 e S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7, il quale rileva come dalla mancanza del «nesso che deve intercorrere tra il bene oppignorato ed esercizio dell'impresa [...] dovrebbe verosimilmente discendere l'invalidità della costituzione di pegno (per violazione di norma imperativa) e comunque la sua inopponibilità ai terzi»; concorda, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 955.



dimensionando, pertanto, la sua funzionalizzazione causale), bensì ad incidere – nel profilo dinamico – soltanto sulle singole facoltà che al creditore ed al debitore sono attribuite dalla novella. Invero, qualora al momento dell'esercizio di detti poteri, attribuiti dall'art. 1 della legge n. 59/2016, si rilevasse la sopravvenuta assenza della divisata destinazione, i rispettivi titolari si ritroverebbero in una posizione di impossibilità *ex lege* ad esercitarli, dovendosi ritenere che il pegno abbia *smesso* (o mai conseguita) quella qualificazione di sotto-tipicità per divenire una variante (probabilmente) *anomala* del pegno codicistico<sup>83</sup> (là dove, peraltro, l'elencazione dei beni, possibili oggetto del pegno, in nulla si differenzia da quella di cui alle tradizionali indicazioni, con la salvezza, evidentemente, per quei criteri di individuazione che fanno riferimento soltanto alla categoria merceologica di appartenenza ovvero al valore complessivo<sup>84</sup>).

L'*inerenza* all'esercizio dell'impresa è criterio (*melius*: requisito di fattispecie) al quale il legislatore ricorre al fine di individuare i crediti ed i rapporti giuridici in generale che l'imprenditore può garantire con il ricorso alla figura del pegno non possessorio. Si tratterà – compresa agevolmente la *ratio* della disposizione nella dimensione imprenditoriale nel cui ambito si è inteso disciplinare la nuova figura di garanzia mobiliare – di ritrovare, dal punto di vista pratico-funzionale, gli indici idonei a selezionare i crediti «funzional[i] alla realizzazione dell'attività di impresa»<sup>85</sup> rispetto a quelli che, non specificati dall'inerenza, dovranno ricorrere alla tradizionale figura del pegno o ad altri modelli di garanzie, tipiche o atipiche, ma non a quella di cui alla novella del 2016. Potendosi rilevare che se, per un verso, quei rapporti creditizi riconducibili *tout court* alla sfera *strettamente* personale del debitore saranno senz'altro esclusi dalla possibilità di essere *accessoriati* dalla garanzia pignoratizia non possessoria, per l'altro, non potranno rivelarsi sufficienti (almeno se tassativamente interpretati) quei criteri elaborati nell'ambito

---

L'affermazione appare incerta in quanto, per un verso, propone un'assertiva natura imperativa della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, là dove la stessa, più esattamente, (si limita ad) indica(re) un requisito specificativo del sotto-tipo del pegno non-possessorio di cui alla novella, con la conseguenza che la sua possibile assenza dovrebbe svolgersi sul profilo regolamentare, non già su quello propriamente costitutivo del pegno (con l'applicazione della disciplina codicistica); per l'altro, incorre in una sovrapposizione tra invalidità ed inefficacia che al contrario, proprio nella vicenda pignoratizia, devono essere tenute in adeguata cifra di distinzione incidendo la prima sull'atto costitutivo e la seconda sull'opponibilità (*id est*: prelazione) così come si provvede nella condivisa separazione tra “titolo per la costituzione” – *titulus* – e “costituzione del pegno” – *modus* (art. 2786 e 2787).

<sup>83</sup> In questo senso parrebbe anche E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 264.

<sup>84</sup> In questi casi, nell'impossibilità di evocare la figura del pegno tradizionale, stante l'evidente indeterminatezza dell'oggetto, la pattuizione sarebbe destinata all'inefficacia.

<sup>85</sup> E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253.





della giurisprudenza tributaria<sup>86</sup> per identificare i rapporti per i quali è prevista (giustappunto in quanto relativi all'impresa) la deducibilità dei costi di esercizio, a tal fine risultando sufficiente non che la spesa debba essere esclusivamente riferibile alla struttura d'impresa (ed al suo oggetto sociale), bensì soltanto che essa sia in *ogni caso* funzionalmente collegata alla produzione di un utile soggetto alla imposizione fiscale.

Si «tratta [invero] di un paradigma denotativo, che diviene anche profilo di ricostruzione della garanzia, il quale richiama quello rinvenibile nel diritto dei consumatori, laddove un determinato atto per essere qualificato come del consumatore, e quindi soggetto alla relativa disciplina, deve essere caratterizzato “dallo scopo dell'atto”»<sup>87</sup>; secondo una «declinazione normativa, ormai ricorrente nel sistema, la quale fa leva su una sorta di necessario collegamento tra qualità soggettiva della parte (imprenditore) e funzione del contratto (garanzia dei crediti inerenti all'esercizio dell'impresa), impiegando così sia il profilo soggettivo, sia oggettivo della fattispecie per inquadrarla nel sistema». La valutazione con riguardo al medesimo sarà da compiersi improrogabilmente con riferimento al caso concreto, escludendo ogni automatismo interpretativo o meccanico sillogismo, esaltando il carattere pervasivo dell'inerenza all'impresa di ogni singolo rapporto creditizio in una dimensione che lasci prevalere i criteri economici-finanziari e non quelli meramente giuridici.

**5. – Segue.** – I commi 3 e 4 dell'art. 1 della legge n. 59/2016 si provvedono di indicare i requisiti necessari per la costituzione e l'opponibilità ai terzi del *contratto* costitutivo di pegno non possessorio. Si prescrive<sup>88</sup> la forma scritta<sup>89</sup> in termini strutturali e, quindi,

---

<sup>86</sup> Cass. civ., 21 gennaio 2021, n. 1147; Cass. civ., 30 settembre 2020, n. 20829; Cass., 25 febbraio 2015, n. 3746.

<sup>87</sup> E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253, anche per il successivo virgolettato.

<sup>88</sup> A differenza del pegno tradizionale, per il quale la forma scritta unitamente alla data certa sono requisiti necessari al fine soltanto della prelazione (e non anche per la valida costituzione) per gli importi superiori ad euro 2,58: in questi termini, Cass., 5 settembre 2006, n. 19059, in *Mass. giur. it.*, 2006, CED; Cass., 19 novembre 2002, n. 16261, in *Fallimento*, 2003, p. 751 e, in dottrina, già A. MONTEL, *Pegno*, cit., p. 782. Si tratta, segnatamente, di una forma *ad substantiam* per la costituzione della prelazione (o come si «dice spesso che la forma è prescritta per l'efficacia o l'opponibilità nei confronti dei terzi» e non per la costituzione *tout court* della garanzia mobiliare come insegnava magistralmente F. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 997-998; con rigore, G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 208 s., il quale rileva che la forma scritta richiesta dall'art. 2787, comma 3, «non essendo “requisito del negozio”, la scrittura può non essere coeva al sorgere del negozio: il negozio nasce valido e perfetto indipendentemente dalla scrittura; solo affinché esso possa produrre certi effetti rispetto ai terzi, o a determi-



(probabilmente<sup>90</sup>) *ad substantiam*, e non soltanto ai fini della prelazione (art. 2787), con le ulteriori necessarie previsioni (la cui assenza è parimenti sanzionata con la nullità) «del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, [del]la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e [dell]'indicazione dell'importo massimo garantito». Senza, tuttavia, alcun riferimento allo *spossessamento* che diviene, pertanto, un elemento non più richiesto né in sede di costituzione (comma 3), né in sede di

---

nati terzi, sarà necessaria una scrittura, coeva o successiva al negozio») e, comunque, non di una forma meramente *ad probationem*: cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 95 ss.

Tuttavia, l'adoperata formula legislativa «deve risultare da atto scritto» parrebbe censurabile almeno sotto due profili. Il primo: sarebbe stato decisamente più puntuale ricorrere non tanto all'espressione devonno essere «redatti per iscritto» (come si può verificare con riferimento all'art. 23 TUF che pure ha ingenerato assai vivaci controversie interpretative in margine alla natura della prescrizione formale e che si è provato ad analizzare in altra sede, in seguito indicata) quanto a quella codicistica «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata» (in ciò, peraltro, esauendosi, salva l'assimilazione di alcune forme telematiche, le possibilità logiche dello scritto). Il secondo: il ricorso al 'deve risultare' in luogo di quello 'devono farsi' o 'devono essere redatti' lascia – sia pur remota – qualche possibile incertezza se la forma richiesta sia necessaria ai fini della costituzione o ai fini della prova.

<sup>89</sup> Ma non si impone l'ulteriore requisito dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata che, al contrario, sono sempre ritenute le predicazioni necessarie al fine di accedere ai pubblici registri, deputati a fornire informazioni privilegiate rispetto alle quali il controllo iniziale dell'identità dei soggetti dell'atto è posto come minimo requisito di accesso. È critico verso il complessivo atteggiamento *a-formale* del legislatore in quanto troppo aderente all'«ideologia sostenuta dai corifei del neoliberalismo della finanza globale», A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, p. 1310. In proposito vale la pena sottolineare che lo Schema di Decreto di istituzione del pubblico registro dei pegni non possessori da tenersi presso l'Agenzia delle Entrate, predisposto dal Ministero dell'economia e delle finanze, all'art. 3, comma 4, prevede che per l'accesso al predetto registro sia necessaria che la forma della scrittura costitutiva del pegno sia almeno quella dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata ovvero con sottoscrizioni accertate giudizialmente o, ancora, un documento digitale formato ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

<sup>90</sup> La perplessità – ignota, peraltro, a tutti gli autori che sono sinora intervenuti, i quali si sono decisamente espressi nel senso di un requisito di forma *ad substantiam* – è riconducibile alle sovvenienti questioni che sono prepotentemente emerse nell'interpretazione dell'art. 23 TUF con la nota vicenda del contratto cd. monofirma. Questioni originate, tra l'altro, anche in ragione della formula legislativa «sono redatti per iscritto» con la connessa azione di nullità a legittimazione relativa (art. 23, comma 3, TUF), e che ha generato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale al fine di accertare se essa veicolasse una forma scritta richiesta *ad substantiam* (per intendersi: della stessa natura di quella codicistica) ovvero una forma scritta diversa da quella necessaria per la scrittura privata (che, nella linea di pensiero dominante, deve recare la sottoscrizione delle parti), quale forma *informativa* o forma *funzionale* e teleologicamente orientata in termini di tutela. La medesima questione potrebbe riproporsi qui, avendo il legislatore prescritto che l'atto costitutivo di pegno «deve risultare da atto scritto» e non, come si dispone all'art. 1350 c.c., «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata».

Cfr. R. FRANCO, *Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 635 ss.; e, con un contributo più ampio, in ID., *Dalla fattispecie al procedimento: il c.d. contratto monofirma per un tentativo di ri-concettualizzazione della scrittura privata. Con postilla sulla nullità selettiva*, in ID. (a cura di), *Il monofirma: firma, procedimento e formalità. Contributo allo studio della forma contrattuale*, Napoli, 2020, p. 105 ss. ove si è provato, nella più ampia prospettiva dell'ipotesi lavorativa, a ridiscutere sistematicamente la stessa condivisa e diffusa nozione di scrittura privata, sì come comunemente accettata.



opponibilità (comma 4) che si consegue invece con la (e dal momento della) iscrizione del pegno nel «registro informatizzato costituito presso l’Agenzia delle entrate e denominato “registro dei pegni non possessori”». Si risolve così, nel modo indicato dal più attento pensiero<sup>91</sup>, la controversa questione relativa all’individuazione del *dies a quo* per il calcolo dei tempi per l’esercizio dell’azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, il quale decorrerà dalla data di pubblicità del pegno nell’apposito registro e non da quella successiva delle eventuali sostituzioni oggettuali, le quali, per un verso, non produrranno alcun effetto novativo e, per l’altro, non incideranno sul profilo *oggettuale* della costituita, unitaria e originaria operazione di garanzia.

Emerge una figura di pegno non possessorio che si esprime mercé un contratto consensuale, non più reale, immediatamente valido e vincolante tra le parti, produttore tutti gli effetti previsti dalla legge; con la forma scritta *sempre* necessaria in sede costitutiva «a pena di nullità»; una pubblicità (che è meccanismo idoneo a doppiare lo spossessamento<sup>92</sup>) con funzione (non più costitutiva, come per la consegna del bene nel pegno codicistico<sup>93</sup>, bensì meramente) dichiarativa<sup>94</sup> ai fini dell’opponibilità<sup>95</sup> (e che in quello tradizionale si conseguiva con la scrittura avente data certa) e la concomitante funzione di regola di governo della circolazione dei beni oggetto di pegno, affiancando (ma anche superando?) alla regola generale del possesso vale titolo di cui all’art. 1153 c.c. (ed ancora valida per il pegno codicistico) quella del pegno *senza possesso* ma con la prescritta iscrizione nel registro pubblico<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, nonché, almeno, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814 ss.; E. GABRIELLI, «Pinocchio», *il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit., p. 284 ss.; ID. *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss.

<sup>92</sup> E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 254.

<sup>93</sup> E come pareva emergere dalla precedente versione della formulazione della disposizione contenuta nel d.l. («il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con l’iscrizione in un registro») poi successivamente convertito in legge con modificazioni incidenti, tra l’altro, giustappunto, sulla più corretta identificazione della funzione della pubblicità.

<sup>94</sup> Il rilievo è unanime: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 706; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 265; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 8; sebbene in G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 14 s. persistano ancora perplessità e in F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 265 s. si continui finanche a ritenere preferibile la ricostruzione della pubblicità in termini costitutivi.

<sup>95</sup> La priorità dell’iscrizione nel registro dei pegni non possessori sarà criterio elettivo anche per la soluzione dei conflitti tra più creditori pignorati con riferimento al medesimo oggetto, a nulla rilevando la data in cui si sono concluse le rispettive convenzioni pignoratorie.

<sup>96</sup> L’eventuale conflitto tra un acquirente che rivendichi il titolo di appartenenza ai sensi dell’art. 1153



L'iscrizione ha una durata decennale, rinnovabile, «per mezzo di una nuova iscrizione», la quale, nondimeno, deve essere effettuata prima della scadenza, con un meccanismo assimilabile a quello previsto per la rinnovazione dell'ipoteca di cui all'art. 2847 c.c.; la cancellazione potrà effettuarsi con accordo tra le medesime parti costituite e, in mancanza, ordinata giudizialmente (dietro apposita domanda giudiziale).

---

ed un avente causa dal costituente pegno che avesse precedentemente iscritto la garanzia nel registro dovrebbe veder prevalere quest'ultimo, se alla regola iscrizionale vuol riconoscersi efficacia applicativa: potrebbe dirsi, infatti, che il terzo acquirente non è in buona fede al cospetto della conoscibilità dell'informazione emergente dai registri e portante l'intervenuta costituzione di pegno (F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 7 s.; in senso problematico, A. CHIANTALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 965 s.; ID., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1311, ove si prende in considerazione la distinzione tra 'alienazioni normali' e 'alienazioni anomale', si che se la prima esclude l'opponibilità del pegno al terzo acquirente stante la rotatività, la seconda ribadirebbe, al contrario, l'opponibilità della garanzia mobiliare, rilevandosi, altresì, che «l'art. 1153 c.c. – pur richiamato dall'art. 46, comma 5, TUB e dall'art. 186 c. app. – non può trovare razionalmente applicazione in questo ambito», e cioè in quello del pegno non possessorio; nonché G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 18 s., il quale ritiene che per non onerare il terzo in buona fede di un eccessivo onere di verifica del registro di pubblicità del pegno non possessorio, il medesimo potrebbe continuare ad avvantaggiarsi del meccanismo di acquisto generale di cui all'art. 1353).

È però anche vero, come condivisibilmente rileva M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 720 s., che il prefigurato (e non agevolmente risolvibile) conflitto dovrebbe tendenzialmente non porsi nelle vicende di cui alla nuova disciplina del pegno non possessorio là dove, salvo diversa disposizione negoziale, si consente *naturaliter* al debitore l'alienazione e/o la disposizione del bene. Senonché (come, per vero, anche il medesimo A. rileva), se la novella, per un verso (art. 1, comma 2), ammette che il pegno si possa costituire anche su beni individuati esclusivamente «mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo» ovvero su beni soltanto determinabili o futuri, e, per altro, consente che il costituente possa, arricchendo il regime della rotatività, disporre con ampie facoltà dei beni oggetto del pegno senza la necessità di alcuna esplicita formalità dell'intervenuta sostituzione (e del consenso del creditore), con la conseguenza che uno o più beni originari (anche se determinati in sede di costituzione) potrebbero non ritrovarsi più nel suo patrimonio poiché sostituiti da *altri* beni, allora l'ipotesi del divisato conflitto si fa meno remota e tutt'altro che eccezionale, con buona pace della certezza della prelazione del creditore pignoratizio e delle emergenze informative del registro dei pegni, con il rientro in gioco della regola generale del possesso vale titolo. In altri termini, se l'oggetto del pegno è determinato e specificato fin dalla costituzione ovvero si proceda ad una sua puntuale indicazione in concomitanza con le successive operazione sostitutorie, il terzo acquirente del bene non potrebbe ritenersi in buona fede in quanto la consultazione del Registro (che, per vero, potrebbe non essere operazione agevole) gli avrebbe consentito di apprendere la precedente costituzione di un diritto reale minore; se, al contrario, il bene o complesso di beni non è originariamente individuato ovvero, al momento della surrogazione reale, il bene in sostituzione non viene puntualmente descritto, si potrebbe suggerire il 'rientro in gioco' della regola generale di cui all'art. 1153, con il terzo che, in ipotesi in buona fede (giustappunto perché *anche* la consultazione del Registro non gli consentirebbe di apprendere alcuna utile informazione in merito all'individuazione del bene oggetto di pegno), conseguendo il possesso, prevarrebbe sul titolare della precedente (costituita ed iscritta) garanzia pignoratizia; fatta salva, evidentemente, per quest'ultimo, l'azione per il risarcimento del danno contro il disponente. Cfr., anche, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 255 s.



Tra i criteri costitutivi del pegno si deve individuare anche la necessità dell'espressa indicazione «dell'importo massimo [del credito] garantito» (comma 1 e 3 dell'art. 1 legge n. 59/2016). Si tratta di una previsione che, in scia alla sopravvenuta modifica legislativa in tema di fideiussione<sup>97</sup>, con l'introduzione di una norma *transtipica* espressione di un «principio tipico delle garanzie reali»<sup>98</sup> [ma non soltanto di queste ultime] riconducibile all'ordine pubblico economico<sup>99</sup> (di 'protezione') e, dunque, pervasivo dell'autonomia privata (sia in termini programmatici, sia in termini esecutivo-applicativi) nell'intero ambito delle garanzie (tipiche o atipiche), permette di ritenere ammissibile<sup>100</sup> una versione ('attenuata', ma che rappresenta l'unica possibile nel nostro ordinamento) del cd. pegno *omnibus*, in uso soprattutto nei rapporti bancari. Si potrà consentire un costante e dinamico adeguamento della garanzia al continuo mutamento dell'esposizione debitoria del cliente nei confronti dell'istituto bancario nel perseverante controllo diretto ad impedire quelle «condotte prevaricatrici del creditore destinate a tramutare [la garanzia] in uno strumento di vessazione a nocumento»<sup>101</sup> del costituente. Vale a dire di una garanzia a beneficio di *ogni* credito che il debitore riceve e/o riceverà da quello specifico finanziatore nell'ambito di una più ampia ed unitaria operazione economica, a condizione

<sup>97</sup> Art. 1938 così come modificato dalla legge n. 154/1992.

<sup>98</sup> S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss., 103 ss.; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 962; e cfr., infatti, anche l'art. 46 TUB.

<sup>99</sup> Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Corr. giur.*, p. 479 ss., con nota di M. BELLANTE, *Responsabilità del creditore per eccesso di iscrizione ipotecaria sui beni del debitore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1183 ss., con nota di V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale e responsabilità aggravata del creditore*; in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 294 ss., con commento di S. GIOVA, *La responsabilità del creditore per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale sproporzionata*; nonché Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 530 ss., con nota di C. CHIGI, *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 713 ss., con nota di R. CALVO, *Lettere di patronage e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*; in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss., con nota di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche «omnibus»: l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*; successivamente confermata da App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, con nota di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*, in *Corti salernitane*, 2016, p. 227 ss.; in *Giur. it.*, 2015, p. 814 ss., con nota di M. ROBLES, *La fideiussione cd. omnibus secondo l'ordine pubblico "economico" di "Bruxelles I"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2105, I, p. 430 ss., con nota di I. PIZZIMENTI, *Importo massimo garantito per obbligazioni future e principi generali di ordine pubblico*.

<sup>100</sup> L'apparente contrasto tra E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 262 e M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 711 è dovuto al diverso modo di intendere la predicazione *omnibus*, intesa dal primo in senso ampio e dal secondo in senso più ristretto, giustappunto con riferimento al criterio dell'importo massimo garantito; nonché, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 962-963.

Per la ricostruzione, si cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 138 ss.

<sup>101</sup> R. CALVO, *Lettere di patronage e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*, cit., p. 717 s.





che sia indicato l'importo massimo *coperto* dal pegno<sup>102</sup> e sia preservata la (la continua-verifica della) proporzionalità<sup>103</sup> *in concreto*<sup>104</sup> tra credito e debito<sup>105</sup> e, quindi, non astrattamente predeterminabile, ma verificata di volta in volta alla stregua degli interessi delle parti sì come filtrati mediante il criterio della ragionevolezza *sistematica ed ordinamentale*<sup>106</sup>, idonea a fugare ogni sovveniente soggettivismo dell'interprete. Con una

<sup>102</sup> Da qui la proposta di ricorrere alla predicazione 'attenuata' al fine di distinguere l'ipotesi ammessa dal nostro legislatore rispetto alla figura *omnibus* vigente nelle garanzie internazionali che l'ammettono anche 'in purezza', e, dunque, senza alcun parametro limitativo. Nel senso del testo, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 711 ss.: «ritengo pertanto ammissibile la clausola secondo cui il pegno non possessorio sia costituito, nei limiti dell'importo massimo indicato, a garanzia di tutti i futuri crediti inerenti all'esercizio dell'impresa sorti fra il creditore pignoratizio ed il debitore».

<sup>103</sup> Principio ben diverso e distinto da quello di equivalenza delle prestazioni o di stretta corrispettività tra esse.

Cfr., P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti* (già in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.), ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss., spec., p. 452 ove la proporzionalità viene individuata come «principio che vale per tutte le garanzie, non soltanto per quelle personali» e quale «principio imperativo di tutto il sistema delle garanzie».

Alla proporzionalità, quale criterio pervasivo della legalità delle garanzie fa espresso riferimento anche l'articolato sistema delle garanzie negli appalti pubblici come ridisegnato dal vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Infatti, in ossequio ai criteri di delega, l'art. 93 dispone che, in caso di partecipazione alla gara, l'offerta deve essere corredata da una c.d. "garanzia provvisoria" il cui importo sia «*proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni*»; l'art. 103, aggiunge che la c.d. "garanzia definitiva" costituita dall'appaltatore per la successiva sottoscrizione del contratto di appalto deve essere «*progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione*» dell'opera, del servizio o della fornitura: quest'ultima norma denota un forte impatto sistematico dal momento che sancisce l'automatica riduzione della garanzia prestata affinché sia mantenuto, tempo per tempo, il giusto equilibrio rispetto all'obbligazione residua dell'appaltatore.

<sup>104</sup> App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, cit., ove si legge che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alla sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato».

<sup>105</sup> R. CALVO, *Equità e controllo del giudice sull'equilibrio contrattuale*, in F. VOLPE (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, p. 170 s.; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 32; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 129 ss.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 282, 309-310, 312, 317, ove si è dato pieno credito alla prospettiva del «pieno riconoscimento del principio di proporzionalità che dovrà essere pervasivo di ogni rapporto tra credito e garanzia, sul fondamento di (antichi e nuovi) specifici dati normativi operanti in tutto il settore delle garanzie, di là da persistenti schemi dogmatici che ancora s'attardano nella distinzione delle logiche sottese a quelle personali o reali, accessorie o autonome, tipiche o atipiche»; nonché, in giurisprudenza, ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713; ABF Roma, 22 aprile 2014, n. 2492, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), ove le affermazioni per cui «in virtù del disposto degli artt. 2872 codice civile e 39 comma 5° TUB, [si deve affermare] l'esistenza di un principio generale di proporzionalità delle garanzie creditorie rispetto all'entità del credito cui accedono» con la conseguenza di una doverosa ricerca di una «effettiva e ragionevole proporzione» tra esse.

<sup>106</sup> In R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 317 si invitava l'interprete alla «costante verifica dell'applicazione *ragionevole* del principio di proporzionalità, pervasivo dell'intero fenomeno della garanzia».





valutazione da compiersi sia al tempo della costituzione della garanzia (cd. momento genetico), sia costantemente e continuativamente nel corso di svolgimento dell'intero rapporto obbligatorio garantito (cd. rapporto funzionale).

Il rilievo è degno di nota in quanto tradizionalmente la specialità del pegno conduce la linea di pensiero prevalente ad accettarne (*id est*: del pegno *omnibus*) l'ammissibilità<sup>107</sup> (in termini di validità dell'atto costitutivo) ma con effetti limitati<sup>108</sup> *inter partes*<sup>109</sup> e, dunque, inopponibili ai terzi creditori (o aventi causa dal datore di pegno) in quanto potenzialmente idoneo a lederne gli interessi (in seguito ad eventuali collusioni tra creditore pignoratizio e debitore) a presidio dei quali è collocato l'art. 2787, comma 3.

Si sarebbe confermata<sup>110</sup> la distinzione tra pegno quale diritto reale e prelazione o, il che è lo stesso, tra *garanzia* e *prelazione*, tra le quali non v'è né rapporto, né (improrogabile) implicazione: la prima rilevante nel rapporto *inter partes* (e nei rapporti con i terzi non creditori), la seconda incidente sul profilo esterno per il conseguimento dell'opponibilità (ai terzi creditori). Con questa che «non identifica il contenuto primario ed esclusivo del diritto, ma ne indica soltanto un profilo di disciplina, conseguenziale alla costituzione della riserva»<sup>111</sup> svolgendo «una funzione integrativa rispetto alla creazione del-

---

<sup>107</sup> C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in ANGELICI-BELLI-GREZO-PORZIO-RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 232 ss.; F. REALMONTE, *Il pegno*<sup>2</sup>, cit., p. 801 s. e 832; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 24 ed *ivi* nota 2 e 59; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 141 ss.; ID., *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 111 ss.; ID., *Garanzie mobiliari e fallimento: il problema della determinazione del credito nel pegno omnibus*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 407 ss.

In giurisprudenza: Cass., 5 dicembre 2016, n. 24790; Cass., 25 marzo 2009, n. 7214; Cass., 19 marzo 2004, n. 5561; Cass., 13 aprile 1997, n. 1380; Cass., 11 agosto 1998, n. 7871; Cass., 19 giugno 1972, n. 1927, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 212, con nota critica di M. Tamponi; Trib. Torino, 2 febbraio 1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 501.

<sup>108</sup> Effetti che si individuano almeno nella possibilità per il creditore pignoratizio di esercitare il diritto di ritenzione (ma per qualche perplessità, F. REALMONTE, *Il pegno*, cit., p. 802-803).

<sup>109</sup> E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 143-144 ove si riconduce il valore impegnativo *inter partes* «quanto meno [...] ai materiali comportamenti che i paciscenti si impegnano a portare in essere per la successiva estensione del preesistente vincolo di garanzia ad altri e successivi crediti e/o beni, ovvero [...] all'esistenza in capo al costituente di obbligazioni strumentali di dare».

<sup>110</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 794 ss.; M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 460; A. MONTEL, *Pegno*, cit., p. 774 s.: approfonditamente E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 17 ss.; G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 205: «anche senza la prelazione, il pegno attribuisce il diritto di sequela, dal quale consegue che, se dopo la costituzione del pegno il bene viene dal costituente venduto a terzi, il creditore pignoratizio conserva il diritto di far vendere quel bene per soddisfarsi sul ricavato, o di farsi assegnare il bene a soddisfazione del suo credito». Nel senso della non distinzione, cfr., A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 603.

<sup>111</sup> E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 93 s., anche per il successivo virgolettato; già L. BARBIERA, *Responsa-*



la riserva di utilità che, viceversa, configura sul piano dogmatico l'idea della garanzia reale»; là dove il pegno, pur senza guadagnare la prelazione, continua ad attribuire al suo titolare il diritto di sequela e il diritto di ritenzione (con la connessa facoltà di soddisfarsi sul bene oppignorato): «[d]isconoscere questi due effetti del pegno senza prelazione significa non distinguere tra *diritto reale* e *prelazione*, ovvero significa dimenticare che il pegno, prima di essere (*eventualmente*) una causa di prelazione, è (*necessariamente*) un diritto reale su cosa altrui»<sup>112</sup>.

Le preoccupazioni di una pervasiva diffusione di tale innovativa modalità conformativa della struttura e della funzione della garanzia mobiliare (almeno a porsi nella prospettiva positiva, là dove la prassi economica l'aveva da tempo recepita e disciplinata, non senza alcune persistenti incertezze) non possono essere sottaciute, sebbene, all'un tempo, auspicabilmente ricomponibili nella sovveniente e più ampia prospettiva sottesa agli interventi legislativi degli ultimi anni. I quali, in scia alle sollecitazioni di matrice europeista, si collocano in un complessivo ripensamento dell'intera politica creditizia e del mercato del credito con l'introduzione dei noti strumenti, tutti formalmente recepiti e disciplinati<sup>113</sup>, dell'esdebitazione, del patto marciano (e del relativo meccanismo del trasferimento sospensivamente condizionato), degli accordi di ristrutturazione del debito, degli sviluppi dei profili di autotutela esecutiva con la tendenza alla *de-pubblicizzazione* a favore di una spiccata caratterizzazione privatistica (non priva di concomitanti strumenti di controllo dell'azione individuale), fino alla deriva<sup>114</sup> (ormai definitiva) sia del cd. principio di *par condicio creditorum* (che, nelle linee attuali, si rivela idoneo più ad evidenziare i segni del tempo che non a dimostrare un'ancora pervasiva attualità<sup>115</sup>), sia

---

*bilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744, 2ª ed.*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 28 s.: ID., *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., p. 99 ss., 141 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 62 ss.

<sup>112</sup> G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 205, corsivi originali.

<sup>113</sup> Ed oggetto di possibili successivi interventi di sistemazione, con particolare riferimento all'estensione del meccanismo esdebitatorio di cui all'art. 8 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

<sup>114</sup> P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Studi in onore di Mengoni*, Milano, 1995, p. 919 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 19, p. 485 ss., spec., p. 529 ss. e, in ogni caso, si tratterebbe di un principio effettivamente operante solo nella fase esecutiva. Ma per la riaffermazione della vigenza del principio, diffusamente, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 151 ss.

Per una ordinata sistemazione del principio, M. FABIANI, *La par condicio creditorum al tempo del codice della crisi*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 202 ss.

Cfr. R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 265 ss.

<sup>115</sup> Di una «sorta di storico simulacro» discute E. GABRIELLI, *Pegno «non possessorio» e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 249.



di quello di tipicità<sup>116</sup> del sistema delle garanzie reali. Il legislatore delegato<sup>117</sup>, allora, dovrà farsi carico di intercettare le distinte, ma convergenti linee evolutive del sistema dei privilegi e delle garanzie mobiliari, innanzitutto per riconcettualizzarlo *funditus* e poi ri-ordinarlo e dettarne una competitiva (oltre che razionalizzante) disciplina uniforme.

**6. – Segue.** – Con l’espressa – e rinnovata<sup>118</sup> – formalizzazione della rotatività il legislatore acquisisce positivamente e in termini generali anche i concetti limitrofi e (normalmente) coestensivi di surrogabilità legale (già prevista dall’art. 2742, accanto a quella di matrice convenzionale per effetto dell’originario negozio di configurazione) e dello svolgimento procedimentale del rapporto senza effetti novativi. Vale a dire che il pegno risulterà costituito sempre alla stregua del contratto originario; in una parola, dell’unitaria operazione economica regolata mercé il ricorso alla garanzia mobiliare, esaltandone «il profilo dinamico e causale»<sup>119</sup>. Si tratta di una rotatività *ex lege* e, per così dire, *hard* dal momento che – stando alla lettera delle legge – essa riuscirebbe (finanche) a prescindere da tutte quelle puntuali specificazioni che la migliore dottrina<sup>120</sup> al riguardo, da

---

<sup>116</sup> Ma per una puntuale riconsiderazione, G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 21 ss.; M. ANGELONE, *Nuove forme di garanzia e «legalità costituzionale»*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 910 ss.

<sup>117</sup> Il riferimento è agli artt. 10 e, soprattutto, 11 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 – Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza ove si individuano alcuni principi fondamentali per la regolamentazione delle ipotesi di pegno non possessorio, espressamente prevedendo al ‘libera utilizzabilità’ dei beni concessi in pegno da parte del costituente, la rotatività e la non novatività della sostituzione oggettuale.

<sup>118</sup> Già e almeno con l’art. 9, lett. c) della d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 il legislatore aveva indicato che «agli effetti di cui all’art. 67 della legge fallimentare [...] la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di nuova garanzia e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria». In verità, come si verificherà in seguito, già il privilegio agrario del 1927 ammetteva (sia pure in ragione delle necessità sovveniente dalla natura dei beni che ne costituivano l’oggetto) una clausola di rotatività.

<sup>119</sup> E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225.

<sup>120</sup> E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss., 228: «il patto per essere efficace nei confronti dei terzi, fin dal momento costitutivo del diritto di garanzia, dovrà ... indicare sia il meccanismo di rotatività del vincolo, sia le modalità di individuazione degli oggetti sui quali il medesimo verrà nei tempi successivi ad insistere»; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 263 s.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 131: «l’operare del diritto di prelazione nella garanzia rotativa, fin dal momento del vincolo, con esclusione di qualsiasi effetto novativo deve [...] rinvenire il proprio fondamento nella configurazione dell’unità formale dell’operazione economica dalla quale devono emergere le indicazioni necessaria ad identificare, nello svolgersi ed avvicinarsi del vincolo di garanzia, i beni o valori che ne costituiscono l’oggetto»; ID., *Pegno*, cit., p. 165 s.; ID., *Il pegno*, cit., p. 242 ss.; approfonditamente, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative»*



tempo, unitamente alla giurisprudenza<sup>121</sup>, anche al fine di evitare manovre fraudolente a danno dei terzi creditori chirografari<sup>122</sup>, si era prodigata di indicare e rammentare. Invero – fatta salva la possibile previsione negoziale che immunizzi il pegno non possessorio dalla rotatività<sup>123</sup> (art. 1, comma 2) – il funzionamento del meccanismo sostitutorio, operante *ex lege*, sembrerebbe potersi ammettere con la sola formale indicazione del *valore* dei beni oggetto di pegno e dell'*importo massimo garantito*, ma (questo è il punto!) senza un'originaria configurazione programmatica in sede di costituzione della garanzia reale, mercé la quale le parti fissino gli elementi di funzionamento della rotatività e selezionino gli indici idonei all'individuazione dei beni e/o diritti che potranno avvicendare

---

*convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 4 ss., 16 ss., il quale individua i requisiti minimi della clausola di rotatività «nella necessità [che la medesima] specifichi le modalità, anche cronologiche, della sostituibilità dei beni oggetto della garanzia (la clausola, altrimenti detto, non deve essere *generica*), e ... nel fatto che la sostituzione “avvenga nei limiti di valore dei beni originariamente dati a pegno” ovvero nella “predeterminazione del valore entro il quale le sostituzioni dell'oggetto della garanzia possono essere effettuate”».

<sup>121</sup> Per tutte, Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit., ove si puntualizza che il patto di rotatività deve riportare «la precisazione dei tempi e delle modalità di sostituzione».

<sup>122</sup> P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 96 ss.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 6.

<sup>123</sup> La clausola negoziale – stante l'ampiezza della lettera della legge – potrebbe sia impedire la rotatività *in toto*, sia modularne le modalità di esercizio in modo da consentirla al ricorrere di alcuni co-elementi legittimanti, come ad es., all'espresso consenso del creditore (richiesto, per es., per tutti i beni ovvero per alcuni beni e non per altri; oppure per alcune attività dispositive e non per altre; o, ancora, nel caso di pegno coinvolgente più beni, solo per quelle attività che si collochino al di sotto di un certo valore, ecc.). In proposito si pone il problema dell'opponibilità di siffatta clausola limitativa (cd. clausola di indisponibilità negoziale) al terzo acquirente (*successivo*) di un bene mobile sottoposto a pegno, il quale risulterebbe *protetto* dal meccanismo acquisitivo di cui l'art. 1153 c.c., se non fosse che il medesimo potrebbe non essere giudicato in buona fede al cospetto delle emergenze pubblicitarie del pegno nel relativo Registro. Con riguardo al *divieto negoziale* (che potrebbe inerire non soltanto all'alienazione e/o disposizione, ma anche alla trasformazione, cumulativamente o alternativamente tra esse) – riconducibile all'ampia categoria dei divieti di alienazione convenzionali di cui all'art. 1379 c.c. – si deve ritenere che esso non sia sottoposto (come, invece, argomenta A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 968) alle limitazioni prescritte da tale ultima disposizione, là dove si negano effetti reali ai divisati divieti se non contenuti «entro convenienti limiti di tempo» e rispondenti «ad un apprezzabile interesse di una delle parti». Invero, il divieto in parola (per il quale la disciplina del pegno non possessorio non prevede alcuna limitazione in termini di tempo e di opponibilità), ove effettivamente risultante dalla convenzione pignorizia debitamente iscritta nel Registro, potrà mantenere la sua opponibilità per tutta la durata della garanzia mobiliare cui accede, risultando non già un autonomo divieto imposto ad una delle parti, bensì una concreta espressione della modulazione di interessi consegnata ad una più vasta ed unitaria operazione economica, complessivamente intesa. D'altra parte, nella generale figura pignorizia è, giustappunto, l'attribuzione della facoltà di disposizione a costituire l'elemento innovativo e selettivo di una data specificità (legale o negoziale), non già il divieto di disporre dei beni costituiti in pegno (e sempreché in possesso del debitore e non consegnati al creditore), e che costituisce, di per sé stesso, una nota essenziale della tradizionale figura di pegno, in quanto tale non necessitante di un'interpretazione conformatrice *ex art.* 1379.



quello iniziale, con la proficua finalità di mantenere inviolata la prelazione e l'opponibilità ai terzi nel rispetto «delle regole di validità e di opponibilità imposte dal legislatore [ante novella], [idonei a] soddisfare i rigorosi criteri normativi che l'ordinamento ha fissato in materia»<sup>124</sup>. Nella prospettiva legislativa dell'elezione della dimensione funzionale unitaria ad indice elettivo e pervasivo del concetto stesso di garanzia mobiliare si sarebbe definitivamente accolto il pensiero che rilevava come la rotatività si colloca in «uno stadio eminentemente tecnico [...] e non producente un allargamento fittizio della garanzia in senso quantitativo (ossia, della costituzione di più pegni in ordine successivo [...]), ma piuttosto uno sviluppo nel senso qualitativo»<sup>125</sup>.

L'operatività del meccanismo sostitutorio è correlata all'indicazione legislativa che *autorizza* il costituente pegno – senza la necessità di alcuna previsione negoziale<sup>126</sup> o del consenso creditorio<sup>127</sup> – a «trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno» (art. 1, comma 2), senza alcuna ulteriore formalità. Viene così risolta la questione – che si agitava nella dottrina in margine al pegno rotativo *anomalo* – in merito all'individuazione delle modalità mediante le quali potesse operare formalmente la rotatività, là dove l'orientamento prevalente<sup>128</sup>, anche giurisprudenziale<sup>129</sup>, sia pure non senza eccezioni<sup>130</sup>, affermava, (alme-

---

<sup>124</sup> E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 228; individuava nei due richiamati requisiti dell'indicazione del valore dei beni costituiti in pegno e nella specificità operazionali del meccanismo sostitutorio gli elementi essenziali della rotatività, anche M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 4 ss., aggiungendo che – in mancanza – «la “rotatività” potrebbe trasformarsi non già nella possibilità di conservare, con carattere di continuità, un privilegio su beni dello stesso valore pur se mutevoli nel tempo, ma di godere di un prolungamento indefinito nel tempo di un privilegio, entro un certo limite di valore, su beni in realtà fra loro sommantesi e cristallizzati nella sua origine alla data della iniziale costituzione della garanzia immobiliare».

<sup>125</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812.

<sup>126</sup> Anzi, la legge prevede la sua *naturale* operatività, salvo una diversa – ed espressa – previsione contrattuale diretta a negarne il funzionamento.

<sup>127</sup> Consenso richiesto semmai soltanto qualora un'espressa clausola negoziale prevista nel contratto costitutivo di pegno l'avesse posto e qualificato come co-elemento di efficacia dell'azione del debitore o del costituente la garanzia.

<sup>128</sup> G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 24; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 206; F. REALMONTE, *Il pegno*<sup>2</sup>, cit., p. 825 s.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 16 ss., spec., p. 21 s.

<sup>129</sup> Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456; Cass., 5 marzo 2004, n. 4520; Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit.

<sup>130</sup> Sia in dottrina: E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 139; R. LENER, *Pegno di titoli dematerializzati e di titoli in gestione patrimoniale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, p. 586 ss.; sia in giurisprudenza: Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796: «il trasferimento del vincolo pignoratizio su altri titoli, acquistati in sostituzione dei primi in virtù della clausola c.d. clausola



no<sup>131</sup>) ai fini della conservazione della prelazione pignoratizia, l'insuperabilità della presenza di una nuova scrittura, avente data certa, riportante le sufficienti indicazioni di individuazione dei nuovi beni dati in pegno.

L'autonomia privata ne esce veementemente rafforzata<sup>132</sup> con una possibile azione conformativa e applicativa che ritrova nella novella ben poche di quelle limitazioni ricostruttive evidenziate nella rielaborazione della rotatività convenzionale, confermandosi, in scia alla soluzione giurisprudenziale, che il meccanismo sostitutorio opera senza la necessità di espresse formalità e senza il concorrente consenso del creditore garantito<sup>133</sup>, per quanto le concrete esigenze di funzionamento imporranno<sup>134</sup> probabilmente di introdurre esplicite clausole "di inerenza" in merito alla generale gestione imprenditoriale dei beni costituiti in pegno, alle modalità di (e alle eventuali limitazioni alla) disposizione dei beni da parte del costituente (*covenants*) ed alle indicazioni applicative per lo svolgimento delle relative attività.

Si deve riscontrare<sup>135</sup> l'assenza<sup>136</sup>, altresì – e qui la faccenda si fa davvero delicata –,

---

rotativa pattuita, non [richiede] ... che l'indicazione di tali nuovi titoli fosse espressa in un atto scritto avente data certa»; Cass., 2 ottobre 2012, 16666: «la forma scritta è prevista dall'art. 2787 c.c., comma 3 ai soli fini della prelazione del creditore pignoratizio sulla cosa oggetto della garanzia, mentre per le parti la convenzione costitutiva del pegno si perfeziona, ai sensi dell'art. 2786 c.c., con la consegna della cosa al creditore (cfr., da ultimo, Cass. n. 1526 del 2010), e ciò basta ad escludere che, come pretenderebbe la ricorrente, il trasferimento ai nuovi titoli del vincolo pignoratizio originariamente gravante sui titoli scaduti, previsto dalla convenzione stipulata per iscritto dalle parti, potesse realizzarsi solo a seguito di un ulteriore atto scritto»; Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, cit.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.; Trib. Genova, 30 maggio 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1998, p. 578 ss.

<sup>131</sup> Nel senso che qualora si ritenesse che la forma scritta occorra ai fini della stessa validità dell'atto costitutivo di pegno si dovrebbe concludere che ove la medesima fosse mancante non potrebbe verificarsi alcun effetto neppure *inter partes*.

<sup>132</sup> Lo rileva altresì M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717; F. DI MARZIO, *Pegno mobiliare non possessorio*, in *giustiziacivile.com*, 6 maggio 2016, p. 1 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 9 s.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 788 s.

<sup>133</sup> Lo evidenziano M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717 s.

<sup>134</sup> Sia pure in termini tra essi diversi, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 719 s.; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 595 ss.

<sup>135</sup> Al pari di quanto è dato verificare nella disposizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. g) del d.lgs., n. 170/2004 ove si precisa che la «clausola di sostituzione» è la «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».

<sup>136</sup> Essendo la formula legislativa del tutto anòdina al riguardo; lo rileva anche, G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 590





di ogni riferimento sia alla questione relativa alla determinazione del *valore* che il bene sostituito deve avere in relazione a quello originario (o già oggetto di precedente sostituzione), sia a quella connessa relativa all'individuazione del momento temporale in cui il divisato confronto tra valori deve essere svolto<sup>137</sup> per la piena legittimità della vicenda sostitutiva ed un'effettiva tutela dei creditori chirografari. Competerà, pertanto, all'interprete: *a*) di accertare se, anche nella rotatività legale, la parità di valori tra bene originario e bene sostitutivo costituisca elemento indispensabile alla validità della medesima (arg. ex artt. 2784 e 2786) ovvero alla sua mera opponibilità (art. ex art. 2787, comma 2); *b*) di individuare il momento in cui la comparazione valoriale dovrà essere effettuata tra le possibili opzioni solutorie rappresentate dal valore che il *bene originario*<sup>138</sup> aveva *i*) al momento della costituzione<sup>139</sup>, *ii*) al momento in cui avviene l'operazione di sostituzio-

---

s., sebbene il medesimo A. ritenga, in fine alle sue considerazioni, come dalla novella emerga che il riferimento sia non ai "valori originari" dei beni costituiti in pegno, bensì ai valori che i medesimi avranno al tempo della sostituzione; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 14 s.

<sup>137</sup> Esemplamente E. GABRIELLI, «Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo, cit., p. 287 ss.; ma anche i puntuali rilievi critici di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1470.

<sup>138</sup> L'ipotesi di cui nel testo evidentemente è riferita all'ipotesi in cui oggetto del pegno siano beni determinati o determinabili, non anche a quella – ora positivamente ammessa – di un oggetto individuato soltanto mercè il riferimento al valore complessivo. In questa ultima ipotesi, infatti, la questione non dovrebbe più porsi giacché, selezionato il criterio individuativo valoriale, esso dovrebbe continuare a svolgere la sua funzione in termini 'numerici nominali' anche successivamente al tempo delle eventuali sostituzioni.

<sup>139</sup> Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, cit., ove si fa espresso riferimento al valore originario del bene costituito in pegno; Cass., 27 settembre 1999, cit. ove si ammette il patto di rotatività purché «rimangano immutati natura e valore dell'oggetto costituito in pegno». In tale senso anche L. RUGGERI, *Il pegno rotativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 709 ss., spec., p. 712 s., il quale opta per la «preferibilità [della tesi] secondo la quale il valore dei beni deve intendersi quello determinato al momento della prima costituzione della garanzia, in quanto da quel momento stesso il valore economico dei beni posti a garanzia viene destinato al soddisfacimento del creditore pignoratizio e sottratto ai creditori chirografari; a favore di tale soluzione gioca anche la considerazione della maggiore «sicurezza» offerta, dato che il valore verrebbe congelato al momento iniziale»; L. PANZANI, *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Fallimento*, 2002, p. 943; nonché, G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 591-592, il quale nell'accedere all'interpretazione (sulla quale A.A. DOLMETTA, *Appunti sul pegno con clausola di rotatività*, intervento al Convegno Ita, *Dal pegno sui strumenti finanziari al pegno di valore*, Milano, 24 ottobre 2001, consultato dal dattiloscritto) per cui nel pegno rotativo l'autonomia privata resta libera di scegliere se riferire l'efficacia della relativa clausola al *valore originario dei beni*, rilevato al momento costitutivo del pegno, o al *valore dei beni originari*, rilevato al momento della sostituzione, ritiene che salve espresse opzioni negoziali, «è preferibile l'interpretazione che consideri, ai fini della clausola di rotatività, il pegno come apposto ai "valori originari" e non ai "beni originari"», sebbene dalla novella parrebbero emergere indicazioni nel senso opposto, vale a dire che per «il "nuovo" istituto del pegno non possessorio, sia pure in maniera indiretta e non esplicita, il legislatore ha previsto un sottotipo di pegno su "beni originari"» con la conseguenza che il valore va raccordato al mo-



ne<sup>140</sup> ovvero *iii*) al tempo dell'apertura dell'esecuzione forzata o concorsuale<sup>141</sup>; c) l'eventuale conseguenza<sup>142</sup> del mancato rispetto del valore-limite entro il quale operare la

mento in cui avviene la sostituzione; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 16, sebbene, per un verso, non si nascondano le perplessità di applicazione della soluzione all'ipotesi «di trasformazione o sostituzione del bene» o a quella in cui «l'oggetto della garanzia non sia determinabile attraverso l'indicazione del suo valore» e, per l'altro, non si escluda che l'autonomia privata possa procedere, in piena libertà, ad indicare il momento al quale riferirsi per l'individuazione del valore dell'oggetto del pegno; la stessa A. per argomentare la sua ricostruzione (il *valore* utile al funzionamento del meccanismo di rotatività va ragguagliato al momento della costituzione del pegno) si riferisce *curiosamente* al medesimo disposto di cui al comma 7-ter dell'art. 1, richiamato anche da G.B. Barillà (nota precedente) per sostenere la diversa impostazione alla cui stregua quel *valore* va individuato al momento in cui avviene la sostituzione.

<sup>140</sup> E. GABRIELLI, «Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo, cit. p. 288; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 234, 264; ID., *Pegno*, cit., p. 117, 166 s.; ID., voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv-sez. civ.*, XVIII, Torino, p. 121; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 715 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 102 ed *ivi* nota 145; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7 ss.

<sup>141</sup> Come suggerisce F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1470 s., sia pure con le precisazioni di cui in ID., *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 567 s.: «lo so anch'io che i conti non si dovrebbero far al momento del fallimento, ma la mia proposta (provocatoria) aveva solo il senso di porre un'eccezione per disciplinare un'altra eccezione (quella della surrogazione reale non novativa) [in ogni caso] anche se si rifiuta l'idea di una (eccezionale) rilevanza del momento in cui il fallimento è dichiarato, non è certo eccezionale l'idea che i conteggi vadano fatti al momento della sostituzione»

<sup>142</sup> Per la nullità *in toto* del vincolo nel caso in cui il valore del bene sostituito è maggiore di quello sostituito cfr., P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 100 ss.; per la mera inopponibilità del pegno rispetto al valore eccedente e la persistente validità del medesimo, nei limiti del valore attuale (*id est*: al tempo della sostituzione) del bene originario, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 28 s., il quale giudica «funzionalmente eccessiva» la sanzione della nullità e «soprattutto difficile da giustificare sotto il profilo formale: infatti non è possibile che l'intero patto di rotatività resti inficiato per l'effetto di una violazione della sua esecuzione. La sanzione, in tal caso, non potrebbe che essere confinata all'atto esecutivo illegittimo e così all'atto di sostituzione o di integrazione dell'oggetto di garanzia che violi i presupposti della sua legittimità. Con la conseguenza che esso potrebbe essere sostituito da altro atto di sostituzione o di integrazione legittimo o potrebbe, ove i beni lo consentano, essere ritenuto in parte valido (così, per es., se i beni sostituiti fossero divisibili come, ad esempio, una quantità di titoli azionari, la sostituzione potrebbe ritenuta legittima limitatamente a quella parte di beni corrispondente al valore dei beni sostituiti)».

In giurisprudenza, Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit.: «perché la sostituzione dell'oggetto della garanzia possa realizzarsi, con gli effetti appena delineati è, tuttavia, necessario che essa avvenga entro i limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno. Solo in tal caso, infatti, può ritenersi che la sostituzione, lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio, non determini alcun pregiudizio per gli altri creditori. E può, quindi, ammettersi che la modificazione dell'oggetto non comporti il sorgere di un nuovo rapporto di garanzia, che prenda data dalla consegna dei nuovi beni. [...] Appare, quindi, evidente che condizione imprescindibile per la rilevanza giuridica (e, quindi, per la validità) del c.d. patto di rotatività è, anzitutto, la previsione che le future ed eventuali sostituzioni dell'oggetto della garanzia si mantengano entro il valore dei beni originariamente costituiti in pegno», nonché, Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Resp. civ.*, 2011, p. 661 ss.: «la specificazione che la sostitu-



sostituzione, qualora il nuovo bene risultasse avere un valore maggiore di quello sostituito. Orbene, un significativo elemento di interpretazione sovviene dalla prescrizione legislativa (art. 1, comma 3) che impone di riportare, a pena di nullità, nell'atto costitutivo del pegno non possessorio, l'indicazione del 'valore massimo garantito', con la conseguenza che la rotatività potrà avvenire esclusivamente nei limiti del divisato *valore*, con piena tutela anche dei creditori chirografari, confermando l'autorevolezza dell'affermazione per cui questi ultimi «non risentono alcun pregiudizio dalla sostituzione, che rispetto ad essi, avviene sempre nei limiti di valore del bene originariamente dato in pegno»<sup>143</sup>.

La questione dell'individuazione del momento in cui rilevare il valore del bene originario per consentire che la sostituzione avvenga in un necessario regime di equivalenza (o di 'neutralità del valore') implica un approfondimento di quella relativa alla possibile inserzione negoziale, nel contratto costitutivo di pegno, di una *clausola di integrazione valoriale*; vale a dire di una clausola che salvaguardi il *valore iniziale* del pegno mediante la programmata integrazione dei beni che ne costituiscono oggetto, segnatamente per quelli (beni o posizioni giuridiche soggettive) suscettibili di subire (anche notevoli) oscillazioni di valore non programmabili con sufficiente certezza nell'arco temporale di copertura della garanzia mobiliare<sup>144</sup>. Alla luce della nuova disciplina<sup>145</sup> parrebbe potersi ritenere legittima la previsione della divisata clausola là dove si consente espressamente: *a*) che i beni e/o crediti costituiti in pegno possano essere identificati anche soltanto con riferimento «a un valore complessivo» (art. 1, comma 1); e *b*) che il contratto debba prevedere – a pena di nullità – tra gli altri elementi, anche l'importo massimo garantito con la costituzione del pegno.

Si eviterebbero, così, le principali critiche sollevate dalla dottrina in merito all'am-

---

zione dei beni oggetto di garanzia deve essere accompagnata dalla consegna e che quelli dati in sostituzione non debbono avere valore superiore ai precedenti non è un elemento essenziale del patto di rotatività, la cui mancanza ingenera nullità, ma il requisito che quanto dato in sostituzione deve possedere perché la prelazione del creditore su quanto ricevuto in pegno sia opponibile ai terzi).

Non si esprime E. GABRIELLI, «*Pinocchio*», il «*Grillo parlante*» e il *problema del pegno rotativo*, cit., p. 288; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 234; ID., *Pegno*, cit., p. 117, sebbene discuta in termini di una «necessaria equivalenza tra valore del bene originario e valore del bene sostituito [che] dovrà essere misurata con riguardo (al valore del bene) al momento in cui si operano le singole sostituzioni del bene originario e non con riguardo (al valore del bene) al momento dell'eventuale apertura dell'esecuzione forzata o concorsuale»

<sup>143</sup> G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 35 ed *ivi* nota 1.

<sup>144</sup> Ne condivide la piena legittimità.

<sup>145</sup> Conviene sul punto anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717.



missibilità di una clausola siffatta con i prefigurati effetti pregiudizievoli in danno ai terzi, qualora, in forza dell'integrazione, il residuo patrimonio del costituente pegno si esponesse ad una *pericolosa* riduzione, giacché, al contrario, nell'ipotesi del pegno non possessorio, per un verso, i beni e/o crediti oppignorati si possono identificare anche soltanto con riferimento ad un valore iniziale e, per l'altro, il contratto costitutivo deve indicare il valore dell'importo massimo garantito. Conseguentemente, ai terzi è consentito apprendere, fin dall'inizio, il valore massimo che il pegno sarà idoneo a garantire, con l'effetto che qualora il valore dei beni dovesse scendere al di sotto di quello indicato nell'atto costitutivo, il creditore potrà pretendere un'immediata integrazione (nei limiti, evidentemente, di quanto riportato nel contratto).

Il comma 5 reca una disciplina specifica – pericolosamente<sup>146</sup> ridimensionativa<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 722 s., se solo si pensa agli abusi nella costituzione di pegni successivi per beni determinati cui potrebbe ricorrere un debitore al fine di favorire un creditore (magari bancario) a danno di altri precedenti creditori titolati, il quale poi segnatamente si pone l'interrogativo: «chi mai concederà un finanziamento fidando su una prelazione che domani potrebbe essere degradata senza il suo consenso [la legge, invero, prevede che quest'ultimo sia notiziato della nuova costituzione, senza richiederne l'intervento mercé un consenso autorizzatorio] tramite un accordo fra il debitore ed un terzo?»; in tema, cfr., altresì, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 268 ss.; M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa – Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 11.

<sup>147</sup> Invero, ogni riferimento (anche) allo stato soggettivo del soggetto erogatore del credito successivo, quale elemento sovveniente al fine di ripermire l'ambito applicativo della norma si da consentire al medesimo di (avvalersi del descritto meccanismo per) prevalere sulla precedente costituzione, soltanto, per l'appunto, se in buona fede, per poi così, conseguentemente, dover ipotizzare – stanti le emergenze risultanti dal Registro che, invece, la buona fede la escluderebbero per definizione – un possibile conflitto esclusivamente (a dispetto della generale formulazione legislativa) tra un *precedente* pegno avente ad oggetto beni futuri o soltanto determinabili, in riferimento ai quali, nell'atto costitutivo, non sarebbe previsto (con l'effetto che l'informazione non emergerebbe neppure dal Registro pubblicitario) alcun elemento identificativo (eliminando ogni riferimento allo stato soggettivo di buona fede per l'assenza di notizie pubblicitarie) e la successiva concessione di un pegno per l'acquisto di un bene determinato, costituisce, allo stato attuale, un'opzione interpretativa che dovrà essere sottoposta all'esame giurisprudenziale per una sua possibile validazione, veicolando essa, com'è evidente, una tipica ipotesi di *riduzione teleologica della fattispecie* (per la trattazione magistrale del fenomeno ermeneutico sotteso a questo modello argomentativo il rinvio è d'obbligo a L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91 ss.: «è uno schema più ampio del modo tradizionale di argomentare riferito alle implicazioni pratiche immediate degli effetti giuridici di una regola di decisione, le quali vengono in considerazione come criteri di scelta tra più interpretazioni possibili di un testo normativo o come indici di lacune di previsione» all'interno della più complessa e generale riduzione teleologica-assiologica della disposizione interrogata per inferire la regola applicabile al caso concreto).

Al contrario, qualora la disposizione fosse applicata per ciò che letteralmente dice, e, dunque, senza il ricorso ad alcun elemento scriminante ulteriore che si fondi sulla buona fede del secondo finanziatore che eroga un credito per acquistare un bene specifico inerente all'impresa (d'altra parte la buona fede si coniuga con il possesso, ma non con la pubblicità, in adesione all'impostazione che in presenza di un sistema pub-



dell'opponibilità di cui al comma 4 – per l'ipotesi di un finanziamento concesso per «l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa» e che sia stato «garantito da riserva di proprietà sul medesimo bene o da un pegno anche non possessorio»: in questa vicenda il creditore garantito da un pegno non possessorio «anche se anteriormente costituito ed iscritto» sarà pregiudicato dal creditore titolato in ragione del predetto finanziamento a condizione: *i*) «che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità [alle modalità indicate] al comma 6»; *ii*) «che al momento della sua iscrizione il creditore [ultimo] informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente».

L'interpretazione proposta nelle prime letture<sup>148</sup> non parrebbe condivisibile nella misura in cui restringendo il campo di applicazione della disposizione al solo conflitto tra titolare di pegno su bene futuro (o, comunque, non iscritto) e creditore titolato in ragione di un finanziamento per l'acquisto di un bene determinato prende in esame, per quest'ultimo, soltanto l'ipotesi della *garanzia* offerta con il meccanismo della vendita con riserva di proprietà (e, dunque, il caso in cui il debitore, giustappunto per l'accordo di riservato dominio, non è, ancora, nella piena disponibilità del bene e non potrebbe perciò stesso costituirlo in pegno), là dove la medesima norma prosegue prevedendo anche l'ipotesi in cui la garanzia (per l'acquisto di un bene determinato) sia offerta mediante la costituzione di un *pegno anche non possessorio successivo*, sì che ogni ragionamento possibile con riferimento alla riserva di proprietà non potrà che essere revocato in discussione in una vicenda che si peculiarizza in ragione dell'altra modalità di concessione della garanzia. Per l'effetto, rimane tutto da dimostrare che tale ultimo pegno abbia per oggetto un bene futuro e non ancora presente nel patrimonio del debitore, come, invero, normalmente accade (acquisto del bene da parte del debitore e successiva – giuridicamente, ma contestuale logicamente – costituzione del pegno). Sì che, il creditore garantito da un pegno non possessorio dovrà essere consapevole<sup>149</sup> che – in forza del predetto

---

blicitario formale mette sempre in *non cale* la buona fede: per quello immobiliare, F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*. 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 1, Torino, 2012, p. 30 ss.; *contra*, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 18; per quello mobiliare, già R. SACCO, *Se il terzo in mala fede sia tutelabile ai sensi dell'art. 1524, 2° comma cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 273 ss.), l'eventuale conflitto determinerà sempre la prevalenza di quest'ultimo su qualsiasi costituzione (ed iscrizione) di pegno non possessorio precedente, anche perché il secondo pegno avrà ad oggetto un bene specifico che – probabilmente non presente nel patrimonio del costituente (proprio perché il finanziamento è finalizzato a reperire la provvista necessario ad acquistarlo) e per l'effetto del comma 5 – potrebbe essere assoggettato a quello precedente qualora il pegno fosse programmaticamente (quanto genericamente) esteso a tutti i beni aziendali ovvero ad una ampia categoria merceologica di beni ovvero a tutti i beni futuri.

<sup>148</sup> F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016*, cit., p. 11 s.

<sup>149</sup> A tale onere è sottoposto per effetto della disposizione in parola.



comma 5 – per l’acquisto di un bene determinato il debitore che gli ha concesso *precedentemente* una garanzia pignoratizia («antecedentemente costituit[a] ed iscritt[a]») potrebbe ricorrere ad una nuova costituzione di un pegno (anche non possessorio) che, per quanto *successiva*, in ragione della funzionalizzazione del finanziamento, prevale su quella precedente. Con l’aggiunta che il «pegno non possessorio costituito a favore del successivo finanziatore [prevarrà anche qualora non avesse] ad oggetto proprio [e soltanto i] beni acquistati [in forza del] finanziamento (tale corrispondenza è richiesta [infatti] solo per la diversa ipotesi del finanziatore tutelato tramite riserva di proprietà sui beni di cui ha sovvenzionato l’acquisto)»<sup>150</sup> e non anche per quella relativa alla costituzione di un pegno anche non possessorio.

**7. – Segue.** – La legge, infine, non indica alcun criterio<sup>151</sup> per la risoluzione del possibile conflitto<sup>152</sup> tra creditori garantiti con il privilegio mobiliare di cui agli artt. 44 (credito agrario e peschereccio) e 46 (credito alle imprese) TUB e quelli garantiti dal pegno non possessorio<sup>153</sup> (credito alle imprese, senza alcuna distinzione in margine alla loro natura). L’interprete è costretto, pertanto, ad inoltrarsi nella delicata e complessa questione della risoluzione dei conflitti tra titolari di un privilegio speciale mobiliare (quello codicistico di cui all’art. 2748 c.c. e quelli specifici di cui agli artt. 44 e 46 TUB) e il creditore pignoratizio senza spossessamento di cui alla legge n. 119/2016, con le difficoltà ingenerate dalla surrogazione reale originata dal meccanismo *legale* della rotatività.

L’art. 2748, comma 1, per la verità, enuncerebbe una regola puntuale alla cui stregua il privilegio speciale sui beni mobili è sempre posposto al pegno. Il pegno, in altri termi-

---

<sup>150</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 722.

<sup>151</sup> E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 209 ss.; ID., *Il pegno*, p. 126 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 725 ss.; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 969 ss.

<sup>152</sup> In generale, G. TUCCI, *I privilegi*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 719 ss.

La novella indica, invece, il criterio di risoluzione con riferimento al conflitto tra titolare del pegno non possessorio (debitamente iscritto nel relativo Registro) e creditore (chirografario) che abbia eseguito il pignoramento, in forza delle regole di cui all’art. 1, comma 7-*quater* legge n. 119/2016 e art. 2915, comma 2, c.c., risolvendolo a favore del primo e autorizzandolo ad escutere la garanzia alla stregua di quelle modalità *agevolative* e maggiormente *performative* per le ragioni creditorie, sì come consentite dalla novella del 2016.

<sup>153</sup> Ed invero il criterio generale di cui all’art. 2748, comma 1, che dispone la preferenza del creditore pignoratizio (possessorio s’intende) al titolare del privilegio speciale mobiliare fa, infatti, salva la diversa disposizione della legge (che, al contrario, inverte il criterio di prevalenza, ed impone la regola altrettanto generale di cui all’art. 2781 c.c. e l’ipotesi specifica costituita giustappunto dall’art. 46 TUB).





ni, prevale sempre sul privilegio mobiliare speciale. Senonché, sia il rilievo per cui il pegno sotteso all'evocata disciplina codicistica è il tradizionale pegno *possessorio*, sia l'eccezione che il medesimo comma reca *seco*, facendo salve eventuali diverse disposizioni legislative, si rivelano idonei a ridimensionare, e non di poco, la pretesa valenza generale della rappresentata regola. Ed invero, se si riflette, per un verso, sulla circostanza che il pegno di cui alla legge n. 119/2016 è un pegno rotativo e non possessorio e, per l'altro, che quell'eccezione è espressamente recepita dall'art. 2781, ove si prevede che la legge possa disporre che il privilegio speciale mobiliare prevalga sul pegno, ma che probabilmente ciò non potrà accadere per il privilegio di cui all'art. 46 TUB alla stregua di quanto prescrive il comma 4 della medesima disposizione, la questione si configura come assai delicata e di non agevole soluzione. Si dovrà, infine, accantonare il puntuale criterio selettivo (individuato nell'art. 1153 c.c., richiamato dal comma 5 dell'art. 46 TUB) della regola del possesso (in buona fede) vale titolo<sup>154</sup>, nella prefigurata sovrapposibilità delle ipotesi applicative, sia dal profilo soggettivo – finanziamenti<sup>155</sup> ad imprese – sia dal profilo oggettivo – qualsivoglia bene (materie prime e bene finito) e macchinari o impianti inerenti al processo di produzione dell'impresa.

Tuttavia, scomparsa la norma che prevedeva la prevalenza del privilegio mobiliare sul pegno possessorio (art. 3 del d.lgs. 1° ottobre 1947, n. 1075) per effetto dell'introduzione dell'art. 46 TUB (il quale, dunque, non potrà essere ricondotto al disposto dell'art. 2781 che deroga alla regola dell'art. 2748, comma 1), si deve rilevare che l'eventuale conflitto tra creditori titolati dovrà risolversi alla stregua di quanto indicato al comma 5 di tale ultima disposizione<sup>156</sup> con la regola<sup>157</sup> di cui all'ultimo comma dell'art. 2777 c.c., vale a dire che: *a*) il privilegio speciale mobiliare non può pregiudicare i diritti di prelazione aventi data certa anteriore (e, ai sensi della legge n. 119/2016, aventi *iscrizione* anteriore<sup>158</sup>) alla trascrizione di cui all'art. 1524 c.c. (richiesta, nonostante quale lettura ridimensionativa<sup>159</sup>, ai fini dell'opponibilità del privilegio speciale ai sensi dell'art. 46,

<sup>154</sup> Lo evidenzia icasticamente, E. GABRIELLI, *Il pegno*, p. 127.

<sup>155</sup> Con la sola possibile linea di distinzione ad individuarsi sia nella durata minima del finanziamento di cui all'art. 46 TUB a quelli «a medio e lungo termine», sia nel soggetto erogatore che nella legge sul pegno non possessorio non si esaurisce nelle banche o istituti di credito a ciò autorizzati.

<sup>156</sup> E, dunque, ancora in deroga alla disciplina di cui all'art. 2748, comma 1.

<sup>157</sup> Con la disattivazione della possibile salvezza dell'operatività del principio di cui all'art. 1153 che, nelle vicende indagate, è, per definizione, messo in *non cale* dall'assenza del profilo possessorio.

<sup>158</sup> Potendosi costituire il pegno con la sola scrittura privata priva della data certa che si conseguirebbe giustappunto con l'iscrizione.

<sup>159</sup> Cfr., ad esempio, M. RISPOLI FARINA-G. FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in E. CAPO-



comma 3, TUB); e che *b*) il medesimo prevale sulle garanzie pignoratizie che avessero titolo (nel pegno tradizionale) con data (certa; ma nel caso di pegno non possessorio, con iscrizione, di là dalla data del contratto) successiva all'esecuzione di tale ultima formalità<sup>160</sup> (*id est*: art. 1524), con un sensibile avvicinamento al criterio risolutivo dei conflitti a quello previsto dalla disciplina (in tema di ipoteca) dagli artt. 2808 e 2852 c.c..

E tuttavia le perplessità al riguardo non si esauriscono, se, per un verso, il pegno non possessorio potrà avere ad oggetto beni anche soltanto *determinabili* con riferimento ad «una o più categorie merceologiche» ovvero, ancora, individuati soltanto con riferimento a «un valore complessivo» e, per l'altro, il privilegio speciale potrà gravare anche su «impianti e opere» future sebbene la relativa disciplina prescriva la necessità di una maggiore precisione individuativa dei beni in sede di costituzione negoziale del privilegio.

**8. – Segue.** – La legge all'art. 1, comma 2, per il compiuto svolgimento del meccanismo rotativo, e, dunque, per l'eventuale sostituzione o trasformazione dei beni oppignorati, prescrive il rispetto della destinazione economica; con il che parrebbe doversi implicitamente escludere che le predette vicende rotatorie possano condurre, nel loro svolgimento, alla sostituzione dei beni originari – per i quali è predicata la destinazione all'esercizio dell'impresa – con altri beni che, per un verso, non rientrassero nel novero di quelli che possono divenire oggetto di pegno e, per l'altro, (pur rientrandovi) non soddisfacessero il requisito della prescritta destinazione. In altri termini, il costituente pegno rinverrebbe – sia pure in maniera non esplicita, ma in forza di una coerenza logica, razionale e tipologica della fattispecie – nel divisato disposto normativo, limitazioni *ex lege* all'esercizio delle ampie facoltà di disposizione (*id est*: di trasformazione e di alienazione) dei beni costituiti in pegno, là dove i nuovi beni non fossero idonei<sup>161</sup> ad essere

---

BIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2016, p. 1332 ss.; M. RESCIGNO, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 583 ss.; ID., *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, *ivi*, 2001, I, p. 1 ss.

<sup>160</sup> F. PARENTE, *Commento all'art. 2748 c.c.*, in *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 1058 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 156; G. TUCCI, *Commento sub art. 46 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, t. I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2001, p. 348; ID., *I privilegi*<sup>2</sup>, cit., p. 719 s.

<sup>161</sup> Per la verità la legge prevede (art. 1, comma 2) anche l'ipotesi in cui, in seguito alle svariate attività di lavorazione, il bene ultimato, anche «per unione o commistione», ricomprenda più beni originariamente sottoposti a pegno nella loro precedente individualità ed autonomia, prescrivendo che le facoltà dei singoli creditori



sottoposti al vincolo della garanzia pignorizia, ad esempio perché immobili o mobili registrati<sup>162</sup>.

Limitazioni che dovrebbero estendersi, per effetto di specifiche (ed opportune<sup>163</sup> ovvero necessarie<sup>164</sup>) clausole negoziali, alla gestione, da parte del costituente pegno, dei beni e/o crediti che ne formano oggetto, al fine di consentire «il rispetto della loro destinazione economica» (art. 1, comma 2). In proposito, ci si potrebbe interrogare in margine all'individuazione della possibile conseguenza della violazione di tale ultimo precetto legislativo<sup>165</sup>, e così verificare la possibilità di trasferire il dibattito dal piano dell'alternativa tra «invalidità ed inefficacia» (*id est*: inopponibilità), cui il medesimo parrebbe essere stato costretto dalle prime proposte di lettura, a quello che, ritenuto «più fondato e più proficuo»<sup>166</sup> sul piano metodologico, riconosca alla disposizione di legge un «valore unicamente enunciativo [...] tanto da non determinare in caso di sua violazione neppure una fuoriuscita dal tipo “pegno”, qualora dalla alienazione o disposizione dei beni originariamente gravati da pegno il vincolo finisca per trasferirsi su un bene non assoggettabile per legge alla garanzia pignorizia, quale ad esempio un bene immobile, ovvero un bene mobile registrato; un bene dunque ontologicamente non rispettoso della destinazione economica del bene originariamente assoggetto al vincolo di garanzia».

---

restino parimenti attribuite «secondo criteri di proporzionalità», con la conseguenza che se uno di essi avesse conseguito, anche in ragione «delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a)», un importo più alto in esito all'escussione pignorizia in autotutela esecutiva, il medesimo dovrà «restituire» agli altri creditori titolati (sebbene la legge indichi il beneficiario nel datore di pegno), al fine di risolvere il conflitto tra essi, il rispettivo valore «riferibile alle altre categoria merceologiche che si sono unite o mescolate».

<sup>162</sup> Cfr., M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 719 s.; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 595 ss.; G. BELLA VIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 12 s.

<sup>163</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 717 s., il quale ipotizza, per un verso, la previsione contrattuale di clausole di *covenants* e, per l'altro, «se ricorrono i presupposti dell'abuso dei beni da parte del debitore o del terzo datore di pegno», il ricorso alle «azioni conservative e inibitorie da parte del creditore pignorizio (art. 1, comma 2°, ult. periodo)»; escludendo in ogni caso ogni possibile profilo di nullità.

<sup>164</sup> G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 596 per il quale è «destinato alla nullità il patto con cui si attribuisca in via espressa la gestione dell'attività sostitutiva al mero arbitrio di una delle parti».

<sup>165</sup> Al contrario, qualora l'attività di trasformazione o alienazione e, comunque, di disposizione dei beni costituiti in pegno siano svolte in conformità alla loro destinazione economica il meccanismo rotativo opera perfettamente, con la conseguenza che il pegno si *trasferisce* sui beni e/o crediti e/o somme di denaro che costituiscono il risultato della trasformazione o dell'alienazione ovvero sui beni acquistati con tali somme.

<sup>166</sup> E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 264 anche per il successivo virgolettato.



La scelta dell'opzione interpretativa più convincente deve passare inevitabilmente attraverso lo scrutinio dei riferimenti assiologici ad essa sottesi, sì che se si attribuisse valore propriamente costitutivo alle disposizioni legislative individuative dei beni assoggettabili a vincolo pignoratorio, la prefigurazione – legislativa e negoziale – di puntuali e serrate limitazioni al potere dispositivo del costituente il pegno si rivelerebbe pregiudiziale rispetto alla *continuità* della garanzia<sup>167</sup> che, in assenza, sarebbe destinata all'immediato dissolvimento<sup>168</sup> in ragione di un'attività riconducibile giustappunto (quanto impropriamente) a chi ha un evidente interesse in conflitto con la divisata continuità; salva, per il creditore, la facoltà di promuovere<sup>169</sup> «azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo di beni da parte del debitore o del terzo costituente pegno»<sup>170</sup>. Limitazioni, nondimeno, che, per spiegare la massima efficacia deterrente, dovrebbero ritenersi operative non già su di un piano meramente obbligatorio (con il conseguente risarcimento del danno per il caso della relativa violazione), ma su quello più propriamente conformativo dello stesso potere dispositivo attribuito dalla legge al costituente pegno, sì da poter, in ogni momento, essere opposte, con efficacia *reale*, al terzo attributario del bene (originario) utilizzato (direttamente o indirettamente) quale corrispettivo per l'acquisto di quello nuovo (e sul quale, in ipotesi, il vincolo non potrebbe trasferirsi). Al contrario, qualora si ritenesse di individuare nella rotatività, con le connesse attività sostitutiva e di trasformazione, il preminente valore funzionale della novella, per un pieno e fecondo sviluppo della continuazione funzionale della garanzia<sup>171</sup>, in ideale prosecuzione della lucida pagina che aveva intuito come l'«oggetto della garanzia ... avrebbe un valore di sintesi, indipendente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale»<sup>172</sup>, allora si potrebbe convenire che la sua conserva-

---

<sup>167</sup> *Continuità* della garanzia che costituisce l'altra faccia della medaglia della clausola di rotatività, sì che il momento rilevante per la costituzione, anche ai fini della revocatoria fallimentare, rimane quello iniziale della conclusione del negozio di pegno, non già quello – successivo – in cui avviene la sostituzione: Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.; Cass., 14 giugno 2000, n. 8089, cit.

<sup>168</sup> Così parrebbe ritenere A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 965 s.

<sup>169</sup> Ma soltanto *prima* – questo è il punto! – dell'eventuale disposizione *illegittima* da parte del debitore (o del terzo costituente il pegno), con la conseguenza che gli strumenti a protezione delle sue prerogative creditorie si rivelano *spuntati e inconferenti* rispetto alla tutela reale, piena e soddisfacente.

<sup>170</sup> Art. 1, comma 2.

<sup>171</sup> E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 165: «l'idea di una rotatività della garanzia ... è del resto consustanziale alla funzione anche economica che determinate operazioni perseguono, la quale verrebbe frustrata se, ad ogni successivo passaggio del vincolo di garanzia, si rendesse necessaria la predisposizione di un nuovo titolo di prelazione».

<sup>172</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814; E. GABRIELLI, *Pegno*, cit.,



zione consentirà di ritenere che il vincolo continuerà a persistere anche qualora i beni sostituenti quello originario (in conseguenza dell'alienazione e/o trasformazione) non rientrassero tra quelli individuati come possibili oggetto di pegno ovvero non rispettassero l'originaria destinazione economica.

9. – In merito non potrebbe non prendersi abbrivio dal generale rilievo che evidenziasse, dopo il vivace dibattito del passato<sup>173</sup>, una ritrovata apertura a favore dell'autonomia privata – in armonia con la linea di progressiva dismissione di funzioni tipicamente riservate<sup>174</sup> al monopolio statale<sup>175</sup> – anche nel settore (da sempre dogmaticamente chiuso) delle esecuzioni forzate, con il conseguimento, su diversi fronti, di maggiori possibilità soddisfattive per il ceto creditorio (*id est*: per tutto il ceto creditorio) in relazione alle pressanti esigenze di rapida e certa realizzazione delle relative prerogative pecuniarie.

Si riscontrerebbe, invero, come, negli ultimi anni, e solo per limitarsi all'ambito della procedura esecutiva individuale (lasciando sullo sfondo quella cd. concorsuale, pur interessata da significative innovazioni che ne hanno imposto un totale ripensamento politico-metodologico), sia in corso una *ridefinizione* dei confini dell'esclusività pubblicistica

---

p. 164: «la rotatività impone che l'operazione economica modifichi uno dei suoi termini (l'oggetto), senza che tale mutamento comporti la nascita di un nuovo e diverso rapporto di garanzia. Tale circostanza contrasterebbe con le finalità dell'atto di costituzione del vincolo reale».

<sup>173</sup> Per il monopolio statale della fase esecutiva, per tutti, E. BETTI, *Sugli oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 609 ss.; ID., voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529, 535; C. VARRONE, *Il trasferimento di proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 107, 175; Cass., 4 novembre 2008, n. 26487; ma per il pieno sviluppo dell'autonomia privata anche in sede di tutela esecutiva, Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, ora in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, p. 541 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 195 ss.; e, più di recente, C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 130 ss.

Una sintesi recente del dibattito in F. MACARIO, *La funzione del contratto nella gestione della crisi: atti di autonomia privata e attività d'impresa*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 179 ss.; nonché per una ampia e sistematica trattazione, F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, p. 62 ss.

<sup>174</sup> Si pensi alla disciplina della mediazione obbligatoria introdotta dal d.l. 4 marzo 2010, n. 28 sulla quale G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, 2013, p. 1197 ss.; e alle consistenti novità contenute nel d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (c.d. decreto 'sblocca Italia') che agli artt. 6 e 12 introduce la negoziazione assistita per le materie della separazione consensuale e del divorzio consensuale. Ma già tendenzialmente favorevole, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 88 ss.

<sup>175</sup> In argomento, principalmente, C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 130 ss., 136 ss., ove la puntuale precisazione degli indici che giustificano l'autotutela quale autonoma categoria giuridica: essa «è fondamentalmente farsi giustizia da sé, e come tale si contrappone alla giurisdizione, sia questa pubblica o privata» (p. 132).



della disciplina esecutiva, con l'introduzione di spiccati elementi funzionalizzanti un'autotutela esecutiva privata e, in termini generali, una facilitazione nell'escussione (*id est*: realizzazione soddisfattoria) del credito<sup>176</sup> che su quei confini finisce per incidere segnandone un significativo arretramento. Specificamente (ma non esaustivamente) con la previsione legislativa del *saltum* dell'azione revocatoria consentito dall'art. 2929-bis<sup>177</sup> e con (il sopravvenuto *sdoganamento* del)la convenzione commissoria *riabilitata* (alla legittimità) dalla concomitante clausola marciiana<sup>178</sup> (art. 48-bis TUB; art. 120-*quinquiesdecies* TUB; art. 1 legge n. 119/2016<sup>179</sup>), fino alla revocazione in dubbio, per effetto del

<sup>176</sup> Come pervicacemente conferma la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali del 14 marzo 2018 (COM – 2018 – 135 final) consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0135&from=IT>, ove al Titolo V, artt. 23-33 si propone una possibile disciplina per l'«escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie» indicando, tra l'altro, la possibilità per il creditore di procedere stragiudizialmente per l'escussione della garanzia, prestando massima attenzione affinché sia sempre garantita l'oggettività delle operazioni (con un possibile intervento giudiziale di controllo) con la connessa operazione di riequilibrio tra le parti mediante l'operatività di un meccanismo *marciano* (ed invero l'art. 29 così prescrive: «Gli Stati membri provvedono affinché il creditore sia tenuto a pagare all'impresa debitrice qualsiasi differenza positiva tra l'importo a saldo del contratto di credito garantito e i proventi della vendita dell'attività»), non escludendo il fenomeno dell'esdebitazione (art. 30). Per un approfondimento, V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p.1039 ss.

<sup>177</sup> Cfr. R. FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929-bis c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in *Foro Nap.*, 2015, 3, p. 685 ss.; ID., *La recente modifica all'art 2929-bis*, in *Corti Salernitane*, 2016, p. 429 ss.

<sup>178</sup> Si ritiene che la convenzione commissoria unitamente a quella marciiana svolgano propriamente una *funzione di autotutela esecutiva* ovvero di «*autosoddisfacimento del creditore*» (A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398 ss., spec., p. 1404) o, ancora, di «*esecuzione privata del vincolo di responsabilità contrattuale*» (F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, p. 149 ss., spec., p. 198), e non una funzione meramente solutoria alla stregua di una *datio in solutum* (né, ancora, una funzione di garanzia, come comunemente individuata dalla tradizionale dottrina), giacché esse intervengono là dove un inadempimento sia già stato definitivamente accertato (non quale fatto, ma quale esito di un attento giudizio assiologico del rapporto: cfr. R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 304 ss. ed *ivi* nota 213); dunque non s'appartiene «alla dimensione dell'adempimento o dei suoi surrogati» (F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 196 ss.). Cfr., ancora, C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 130 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 995 ss., spec., p. 1011.

<sup>179</sup> Legge che, com'è noto, ha introdotto (novellando il TUB) anche le due predette ipotesi di *marciiani*; cui *adde* la legge 2 aprile 2015, n. 44 – recante disciplina del prestito vitalizio ipotecario – che contempla, senza espressamente prevederlo, il patto marciano, nell'attribuire al creditore il potere di far vendere, previa redazione di perizia di stima effettuata da soggetto indipendente, a prezzo di mercato, l'immobile sul quale il medesimo ha iscritto ipoteca e soddisfarsi sul ricavato che: *i*) se superiore al credito, dovrà essere restituito agli eredi; *ii*) se inferiore, genererà l'esdebitazione per il debitore.





funzionamento dei *marciani ex lege*, della stessa relazione (e non separazione) *funzionale* del binomio debito-responsabilità, che pure pareva aver ricevuto la definitiva sistemazione concettuale<sup>180</sup>. Ma che ora, invece, parrebbe subire un inedito<sup>181</sup> movimento in cui la responsabilità (*Haftung*), *limitandosi*<sup>182</sup>, incide sul debito (*Schuld*) con l'*implementazione effettuale* dell'estinzione dell'obbligazione (che si verifica<sup>183</sup> anche se non è, *in senso tecnico*, stata adempiuta). In ciò fissandosi la cifra distintiva rispetto al passato in cui quella relazione individuava due aspetti distinti e connessi del rapporto obbligato-

<sup>180</sup> La prima concettualizzazione della relazione di deve a A. BRINZ, *Der Begriff der «obligatio»*, in *Grünhuts Zeitschrift*, I, 1874, p. 11 ss.; successivamente, G. PACCHIONI, *Il concetto di obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 216 ss. e i numerosi scritti di (e per tutti), C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, I, p. 521 ss.; poi, ancora, esemplarmente, A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 47 ss., 63 ss.; ID., *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, p. 23 ss.; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir. priv.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*, I, Nuova ristampa inalterata, Milano, 1968, p. 151 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 18 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 26 ss.; nonché la indimenticabile pagina di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, p. 20 ss.

Confronto che parrebbe continuare a svolgersi con riferimento alla delicata questione dell'esdebitazione se a F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 199 ed *ivi* nota 149, che precisa come la limitazione di responsabilità conseguente alla previsione di un marciano costituisca «una destinazione ma non anche una separazione tanto che sulla differenza tra il valore del bene oggetto del patto marciano e l'ammontare del credito residuo possono concorrere i creditori terzi» si contrappone S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1069 ss., spec., 1087, il quale, da par suo, evidenzia come a sostenere tale opinione si «cadrebbe [...] prigionier[i] di un'illusione ottica» se è vero che «la regola di una responsabilità patrimoniale universale è ormai sforacchiata plurime volte», là dove «un'interpretazione evolutiva dell'art. 2740, comma 2 [...] vanta dalla sua lo stigma di una riduzione teleologica che, fotografando la *law in action*, prova a restituire la “nuova complessità” di un atteggiarsi mistilineo della responsabilità» (sul punto evidenziando i chiari riferimenti a C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, p. 282 ss., spec., p. 298; F. MACARIO, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori*, in *Rosario Nicolò*, nella *Collana I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di N. Lipari, Napoli, 2011, p. 307 ss., spec., 324 ss.).

<sup>181</sup> Inedito perché, come c'insegna A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 25, le vicende della responsabilità patrimoniale «non toccano direttamente il *debito*» (corsivo originale); e come conferma, indirettamente, G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”*: *oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, cit., p. 174 s.; e, altresì, F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 199 s.

<sup>182</sup> Non necessariamente in virtù di un accordo tra debitore creditore, come può agevolmente verificarsi alla stregua della disciplina del sovraindebitamento, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 38, ove poi a p. 35: «[s]i può dire che la responsabilità patrimoniale perde la sua nota caratterizzante di situazione soggettiva *ad oggetto variabile*, e quindi “indefinito” ... per definirsi, invece, nei riguardi di un oggetto suo proprio quale espressione di concrete modalità di (sua) attuazione».

<sup>183</sup> Salvo che la legge non disponga diversamente: e cfr., infatti, art. 142, u.c., l. fall.



rio<sup>184</sup> (senza, dunque, dover configurare un ‘debito senza responsabilità’ o una ‘responsabilità senza debito’<sup>185</sup>), con la concomitante presa d’atto che (il fenomeno del)l’*esdebitazione* (espressamente prevista o razionalmente estesa con l’operatività dei *marciani legali*) bascula a cavallo tra l’attuazione dell’obbligazione (con modalità diverse dall’adempimento) e l’estinzione del debito (e della responsabilità, tra l’adempimento e la responsabilità patrimoniale, incidendo sull’*estensione* della medesima) configurando un meccanismo che bisognerà ricollocare sistematicamente nel progredire degli studi inerenti alla stessa ri-concettualizzazione dell’obbligazione<sup>186</sup>.

La fase di escussione del pegno non possessorio – evidenza della pervasiva diffusione di ulteriori modalità di autotutela esecutiva<sup>187</sup> – prende abbrivio dal «verificarsi di un evento che determina l’escussione del pegno» (art. 1, comma 7, legge n. 119/2016) e, quindi, dall’accertamento di quel *fatto* (principalmente: l’inadempimento<sup>188</sup> dell’obbligazione alla quale il pegno *accede* quale garanzia<sup>189</sup>) cui le parti, nello statuto negoziale,

---

<sup>184</sup> Icasticamente di «fratelli separati» discute A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, cit., p. 38.

<sup>185</sup> Magistralmente, ancora, per la negazione della configurabilità di entrambe le ipotesi, M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, cit., p. 179 ss.

<sup>186</sup> Per un verso, si argomenta una «sostanziale inconciliabilità esistente tra la funzione di garanzia e il trasferimento in funzione solutoria» ovvero di una garanzia con escussione *privatizzata* e senza l’intervento di un preliminare controllo giudiziale (che, eventualmente, interverrà soltanto *ex post* e qualora attivato dal debitore), quale momento di *assicurazione* del credito, O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 855 ss., spec., p. 860 ss., là dove la certezza della soddisfazione della pretesa creditoria sarebbe idonea ad escludere la stessa pensabilità dell’obbligazione (che, per statuto, postula l’inadempimento); in altri termini, la certezza dell’adempimento escluderebbe la stessa «presenza di un rapporto obbligatorio, giacché esso può essere considerato già [costantemente] estinto»; per l’altro, si intuisce, sotto altro profilo, l’incidenza che il meccanismo (ormai) pervasivo dell’esdebitazione parrebbe idoneo a produrre sulla stessa obbligazione, lasciando tendenzialmente prefigurare una sua nuova causa di estinzione dell’obbligazione (anche qualora non adempiuta o non adempiuta interamente) fondata sull’incapacità patrimoniale del debitore *sovraindebitato*.

Sul tema della possibile configurazione dell’*inadempimento di necessità*, cfr., almeno, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, cit., p. 23 ss.; G. GRISI, *L’inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, cit., p. 281 ss.

<sup>187</sup> E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 265 s.; ID., *Una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1718; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 727.

<sup>188</sup> Sebbene corra opportuna la precisazione che l’inadempimento non è propriamente un *fatto*, poiché costituisce l’esito di una valutazione e, dunque, è un *valore*.

<sup>189</sup> Ma, si deve ritenere, anche altre vicende cui le parti possono subordinare la facoltà creditoria di attivazione dell’escussione: oltre all’indicato inadempimento, si potrebbe prevedere l’ipotesi della decadenza dal beneficio del termine ovvero l’apertura di una procedura di insolvenza, ecc. E, sul punto, cfr., F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 271; e, in termini generali, E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 53.



hanno sottoposto l'attivazione della procedura di escussione. Da tale momento il creditore che si ritenga insoddisfatto deve provvedere: *i*) a dare avviso scritto, senza ulteriori formalità, «agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto»<sup>190</sup> (sul medesimo bene o categoria di beni) e, nel caso in cui oggetto del pegno siano crediti, anche ai relativi debitori, della volontà di procedere con l'escussione della garanzia mobiliare; *ii*) a notificare al debitore (ed eventualmente al terzo datore di pegno) – anche a mezzo posta elettronica certificata<sup>191</sup> e senza ulteriori formalità – l'atto di intimazione di voler procedere in tal senso. Per l'effetto deve ritenersi che tale intimazione (quale atto *sostanziale*) *sostituisca*, ad ogni effetto di legge, il precetto (quale atto processuale), con il quale prende abbrivio il processo esecutivo, e che, nella vicenda in parola, risulta sostituito dalla comunicazione che il creditore intende agire, al pari delle forme di cui all'art. 2797 c.c., secondo modalità di autotutela esecutiva privata<sup>192</sup>, senza l'attivazione di un procedimento di esecuzione forzata<sup>193</sup>.

Contro l'intimazione il debitore e il terzo concedente (con legittimazione concorrente e non alternativa) possono – entro il termine di cinque giorni dalla ricezione<sup>194</sup> – fare opposizione nelle forme del procedimento sommario di cognizione (secondo le «disposizioni di cui al libro quarto, titolo I, capo III-*bis*, del codice di procedura civile»: art. 7, comma 7-*bis*), salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno<sup>195</sup> – evidentemente

---

<sup>190</sup> È da evidenziare – come già fatto da E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 251 – la «noncuranza [e la] sciatteria» legislativa là dove al comma 4 il pegno è “iscritto” ed al comma 7 è “trascritto”.

<sup>191</sup> Si assume, infatti, che ogni imprenditore sia obbligatoriamente tenuto ad attivare un indirizzo Pec; ma, evidentemente, si deve ritenere ammessa almeno l'ipotesi della notificazione legale a mezzo di ufficiale giudiziario.

<sup>192</sup> Per quanto l'art. 2797 preveda il ricorso obbligatorio all'ufficiale giudiziario, là dove la disciplina del pegno non possessorio semplifica decisamente tale fase preliminare, consentendo di farla svolgere direttamente al creditore in prima persona. Secondo un'altra impostazione, il contratto di pegno non possessorio è *considerato* alla stregua di un titolo esecutivo, in deroga ai principi di cui all'art. 474 c.p.c.: F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 272; V. OLISTERNO, *La consacrazione normativa dei pegni cd. anomali*, cit., p. 10; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 794.

<sup>193</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*, cit., p. 727.

<sup>194</sup> Lasciando sovvenire qualche dubbio in merito all'effettività della tutela predisposta a favore del debitore, sebbene le esigenze di rapidità dello svolgimento della fase esecutiva abbiano evidentemente spinto il legislatore a restringere notevolmente tale termine.

<sup>195</sup> Con azione da promuoversi nel ristretto termine trimestrale dal *dies a quo* coincidente con la ricezione della comunicazione mediante la quale il creditore notizia il debitore della prescelta modalità con cui intende procedere all'escussione, in una agli importi ricavati dalla vendita o dall'escussione del credito; il corrispettivo e le altre condizioni della locazione; il valore attribuito al bene del quale si è appropriato (art.



mutando il piano della tutela da quello reale a quello obbligatorio – secondo le modalità di azione di cui all’art. 1, comma 9. L’opposizione non è idonea a provocare alcun effetto sospensivo dell’escussione, diversamente da quanto si prevede per quella codicistica, là dove il creditore, prima di procedere alla vendita, deve attenderne l’esito giudiziale, dal momento che la medesima produce *ipso iure* l’effetto sospensivo. Effetto che, nelle vicende relative al pegno non possessorio, si produrrà, invece, soltanto se il giudice disporrà in tal senso, e sempreché ricorrano «gravi motivi», anche mediante un provvedimento soltanto parziale nell’ambito della più ampia procedura di escussione, limitandola ad alcuni beni (art. ex art. 2797, comma 3, c.c.) ovvero disponendo, mediante un decreto d’urgenza (art. 700 c.p.c.), l’inibitoria all’escussione precedentemente intimata dal creditore.

Il comma 7 dell’art. 1 prevede quattro modalità *stragiudiziali* di realizzazione della garanzia pignorizia alle quali il creditore potrà ricorrere, dandone informazione (senza particolari formalità) al debitore (o al datore di pegno). Di esse, quelle di cui alle lettere *a)* e *b)* sono indicate come ordinarie o tipiche e quelle di cui alle lettere *c)* e *d)* sono individuate come facoltative, in quanto attivabili soltanto se la convenzione pignorizia espressamente le avesse previste e disciplinate (con la conseguente iscrizione del relativo Registro). In particolare, il creditore potrà, dandone comunicazione immediata al debitore (ed all’eventuale terzo) datore di garanzia, procedere:

*a)* alla vendita dei beni oggetto del pegno riscuotendo il corrispettivo al fine di soddisfare le proprie ragioni creditorie, al pari della tradizionale vendita in autotutela prevista dal codice per il pegno possessorio<sup>196</sup>. La vendita sarà effettuata senza un *formale* titolo esecutivo e senza il medio di una procedura giudiziale, provvedendovi, con una più spiccata dinamicità, *direttamente*<sup>197</sup> il creditore e senza ricorrere ad una «persona autorizzata a tali atti» (art. 2797, comma 2, e secondo le modalità di cui all’art. 1515 c.c.), previa

---

1, comma 9). L’azione giudiziale per il risarcimento del danno è, come significativamente emerge dalla lettera della legge, relativa alla contestazione debitoria in merito alla violazione delle modalità con le quali il creditore ha proceduto all’escussione. Non rappresenta, dunque, l’unica forma di tutela delle ragioni debitorie a protezione delle quali rimane l’azione generale volta a contestare lo stesso ricorrere dell’evento generativo del diritto creditorio di procedere con l’escussione della garanzia, e, dunque, che «l’evento che determina l’escussione del pegno» non si è verificato, perché, ad es., l’inadempimento contrattuale non è stato accertato giudizialmente. In senso conforme, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*. “Pegno”, ma non troppo, cit., p. 728; diversamente, parrebbe, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 280.

<sup>196</sup> Su tali modalità, per tutti, E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 316 ss.

<sup>197</sup> Trattasi evidentemente di una facoltà attribuita al creditore per una maggiore speditezza del procedimento di escussione; pertanto il medesimo potrà sempre ricorrere a soggetti specializzati al riguardo.



una stima<sup>198</sup> da effettuarsi da «operatori esperti» (nominati d'accordo tra le parti<sup>199</sup> ed in mancanza dal giudice), mediante «procedure competitive», dovendosi assicurare «la massima informazione e partecipazione degli interessati». Rimane da verificare la natura giuridica dei poteri che vengono attribuiti al creditore per procedere alla vendita forzata in autotutela dei beni oppignorati; se cioè essi siano riconducibili a quelli di rappresentanza *ex lege*<sup>200</sup>, con il che il trasferimento avverrebbe *in nome* del debitore o del terzo concedente il pegno (e per conto più della procedura esecutiva che non del creditore procedente) ovvero, rievocando autorevole dottrina<sup>201</sup>, non sia (probabilmente) più convincente rimettersi, atteso che lo svolgimento dell'attività esecutiva è in suo danno, alla natura giuridica della prefigurazione di un'eccezionale ipotesi (propria del diritto tedesco e non riproposta nel nostro ordinamento<sup>202</sup>) di un'autonoma (ed *ex lege*) attribuzione del potere di disposizione scisso dalla titolarità del bene, originante per il creditore, sì come nella disciplina generale del pegno, al fine della diretta soddisfazione esecutiva dell'interesse creditorio «per autorità privata»<sup>203</sup>. Non è qui, evidentemente, il caso di rievocare l'animoso dibattito svoltosi tra due illustri Maestri del diritto civile<sup>204</sup> e del diritto processuale civile<sup>205</sup>, in margine alla stessa possibilità per l'autonomia privata di programmare negozialmente una scissione tra *titolarità e potere di disposizione* del diritto (potere ora interno, ora esterno al contenuto di quest'ultimo), ma soltanto di rilevare, richiaman-

<sup>198</sup> Non necessaria in caso di «beni di non apprezzabile valore».

<sup>199</sup> Se del caso già in sede di costituzione della garanzia.

<sup>200</sup> Ed in virtù di una rappresentanza *ex lege* che si origina direttamente – sia pure implicitamente – dalla previsione della clausola marciana secondo A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 974.

<sup>201</sup> G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 85 ss.; S. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1939, p. 273 ss., 301 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, p. 114 ss., 124 s., il quale giudica persino «ingenua» la soluzione di «ritenere che il debitore sia “rappresentato” nella vendita forzata [...] perché non si può rappresentare una persona in danno della quale si agisce».

<sup>202</sup> Il riferimento è al § 185 del BGB: «*Verfügung eines Nichtberechtigten. (1) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. (2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam*».

<sup>203</sup> G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 329 ed *ivi* nota I; e, per l'ipotesi di cui all'art. 1515 c.c., D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 964.

<sup>204</sup> S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 297 ss.; ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 249 ss.

<sup>205</sup> G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., p. 86.



do precedenti riflessioni, che «si potrebbe parimenti acquisire che la divisata scissione, evocata per la donazione con riserva (come in altre ipotesi legislative [e, dunque, anche per quella di cui al pegno non possessorio]), sarebbe una “conseguenza di una valutazione dell’ordinamento, che scioglie quella situazione da una persona e la riferisce ad un’altra, per consentire il perseguimento delle finalità tipiche dei contratti ai quali quella vicenda si riferisce”; ovvero una “conseguenza dell’applicazione di peculiari norme di imputazione degli effetti, al verificarsi di tutti gli elementi obiettivi che costituiscono determinate fattispecie”»<sup>206</sup> o, ancora, che, nell’ambito di «una manifestazione del potere giurisdizionale, il trasferimento si compie nell’esercizio di questo potere»<sup>207</sup> e che, dunque, in nulla intercetta le problematiche concettuali della sottese alla rappresentanza.

In ogni caso va poi curata la pubblicità (con spese anticipate dal creditore) sul «portale delle vendite pubbliche di cui all’art. 490» c.p.c. Del *quantum* ricavato dalla vendita andrà immediatamente informato il debitore e l’importo, dedotto quanto di spettanza del creditore, andrà «contestualmente» (all’esito formale della vendita) restituito<sup>208</sup> al debi-

---

<sup>206</sup> R. FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 631 ss.

<sup>207</sup> S. SATTA, *L’esecuzione forzata*, cit., p. 125.

<sup>208</sup> Ma senza che si indichino le modalità attraverso le quali la restituzione dovrà essere materialmente effettuata. È il caso di sottolineare che sebbene l’obbligo di restituzione dell’eccedenza del realizzo dell’escussione del bene oggetto di pegno sia espressamente prescritto soltanto per l’ipotesi di cui alla lettera a), è evidente che lo stesso sia improrogabilmente sussistente anche per tutte le altre modalità di escussione, individuandosi in esso quella caratterizzazione *marciana* che consegna alla legalità (con il concorrente principio di proporzionalità) ogni accordo tra creditore e debitore che preveda l’apprensione del bene, diretta o indiretta, da parte del primo. Si è opportunamente fatto rilevare che nella legge n. 119/2016 è assente il riferimento alla “ragionevolezza commerciale” di cui all’art. 8, comma 1, del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170; e cfr., infatti, R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all’autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 795 s. Proporzionalità che diviene, vieppiù alla luce della pervasiva *omnicomprensività* delle garanzie non possessorie (estendibili a tutti i crediti anche futuri di un determinato soggetto), il criterio principale – ispirato dai concorrenti principi di solidarietà (art. 2), eguaglianza (art. 3, comma 2), e libertà di impresa (art. 41) – alla cui stregua valutare ogni rapporto di garanzia, sia al momento della costituzione, sia al momento della sua successiva vigenza temporale, sia, infine, all’eventuale momento dell’escussione forzata; proporzionalità che, sì come emerge dalle ricostruzioni funzionali a farla assurgere a criterio generale di controllo delle modalità di esercizio dei poteri delle parti nella contrattazione privata, *anche* dal settore delle garanzie (ad es., artt. 1851 e 2803), ha tratto origine *positiva*, sì come era capitato di evidenziare in R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 281 ss., 289, 309 ss., ove si rilevava «un decisivo ridimensionamento dell’ambito di incidenza del divieto [del patto commissorio] (pur di ordine pubblico economico), in una prospettiva di apertura al pieno riconoscimento del principio di proporzionalità che dovrà essere pervasivo di ogni rapporto tra credito e garanzia, sul fondamento di (antichi e nuovi) specifici dati normativi operanti in tutto il settore delle garanzie, di là da persistenti schemi dogmatici che ancora s’attardano nella distinzione delle logiche sottese a quelle personali o reali, accessorie o autonome, tipiche o atipiche» (p.





tore, anche qualora fossero presenti ulteriori creditori, chirografari e non<sup>209</sup>;

b) alla escussione o cessione<sup>210</sup> dei crediti «fino alla concorrenza della somma garantita»<sup>211</sup>. Al riguardo potrebbe rilevarsi che altro è la riscossione del creditore altro è la cessione a terzi dei medesimi, là dove, in quest'ultimo caso, sarebbe stato opportuno<sup>212</sup> prevedere modalità di valutazione che avrebbero dovuto garantire una maggiore oggettività nella determinazione del corrispettivo della cessione, al fine di evitare *ex ante* abusi o comportamenti fraudolenti da parte del creditore pignoratizio;

---

312). Si che anche le allarmanti riflessioni di A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p.1324 ss. potrebbero decisamente ridimensionarsi.

Varrebbe la pena di osservare che, in ragione del ruolo che il legislatore ha inteso imputare alla ragionevolezza nella realizzazione monetaria della garanzia mobiliare, sarebbe stato più opportuno discorrere – come da sempre si fa in tema di patto marciano – di proporzionalità, sì da evidenziare una questione di carattere quantitativo più che di carattere qualitativo, sia pure non giungendo a tenere rigidamente distinti i due principi, là dove si acquisisca condivisibilmente che anche alla proporzionalità deve ricorrersi e della stessa farsi applicazione concreta sempre alla luce della ragionevolezza. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, cit., p. 441 ss. ove si evidenzia come la proporzionalità sia «principio che vale per tutte le garanzie, non soltanto per quelle personali» (p. 452) e «principio imperativo per tutto il sistema delle garanzie» (p. 453); ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec., p. 219: «[i]l controllo di proporzionalità risulta, quindi, intrinsecamente collegato a quello di ragionevolezza, il quale prescinde da valutazioni meramente quantitative. Si che non sempre ciò che è proporzionato è ragionevole, come non necessariamente una sproporzione 'quantitativa' è irragionevole»; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 36 ss., 86 ss., 137 ss. ove la distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità: «ciò che è proporzionato non è sempre ragionevole. Un rimedio proporzionato, similmente a un divieto o a una restrizione, può risultare irragionevole e incongruo agli interessi coinvolti nel caso concreto»; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in AA.VV., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 29 ss.; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., spec., p. 747 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 23 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 303 ove si ribadisce la differenza tra il principio comunitario di proporzionalità e i principi della ragionevolezza e dell'adeguatezza «che, nel nostro ordinamento, concorrendo con il primo, contribuiscono a colorarlo di contenuti solidali». Come di recente confermato da Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, cit.; cui *adde* S. GIOVA, *La responsabilità del creditore per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale sproporzionata*, cit., p. 294 ss.

<sup>209</sup> Lo rileva anche S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 15.

<sup>210</sup> Sebbene la *vendita* dei crediti avrebbe dovuto, più correttamente, essere inserita nella lettera a) della riferita quadripartizione legale.

<sup>211</sup> Vale la pena di precisare che il creditore potrà trattenere *legittimamente* soltanto le somme pari all'importo del credito – sì come indicate nel contratto di garanzia o come risultanti dal distinto e precedente contratto di finanziamento – ovvero pari all'importo per cui la garanzia è stata costituita, qualora questo fosse stato pattuito in misura inferiore al credito, ma non potrà, pena l'illegittimità e l'infondatezza della sua azione (e per quanto potrebbe apparire superfluo indicarlo), trattenere le somme riscosse pari all'importo della costituita garanzia qualora questo fosse stato appositamente indicato (come normalmente accade) con un valore (talvolta anche notevolmente) superiore all'importo del credito garantito.

<sup>212</sup> Ma probabilmente la prassi solleciterà precauzionalmente il ricorso ad una perizia di stima.



c) alla locazione dei beni oggetto di pegno (se previsto nel contratto costitutivo) ed alla riscossione dei relativi canoni sul modello di quanto indicato dall'art. 2792 c.c., ove si prevede che il creditore possa concedere a terzi il godimento del bene imputando il corrispettivo alla soddisfazione delle proprie ragioni, dandone (immediatamente) informazione, specifica (e quindi del corrispettivo e di tutte le altre condizioni rilevanti pattuite nel contratto locatizio) e per iscritto, al debitore (o al terzo datore di pegno). L'iniziale contratto di garanzia dovrà riportare la previsione «dei criteri e modalità di determinazione del corrispettivo della locazione» ed indicare altresì, almeno, la durata del contratto al fine di evitare che il debitore, dopo aver adempiuto, possa ritrovarsi con il bene locato per un tempo superiore alla stessa garanzia (che dovrebbe, invece, estinguersi in concomitanza con l'estinzione dell'obbligazione cui accede);

d) all'appropriazione diretta (se contemplata nel contratto costitutivo di pegno) dei beni costituiti in pegno fino al valore corrispondente alla somma garantita<sup>213</sup> ed alla restituzione dell'eventuale supero al debitore (con un'ulteriore riabilitazione della convenzione commissoria modulata con la concorrenza della clausola marciana), provvedendosi ad informare immediatamente il datore di pegno del valore attribuito al bene a tal fine. Non sono indicate specifiche modalità per procedere al formale atto di appropriazione, né alla formazione del titolo di proprietà<sup>214</sup> (trattandosi di beni mobili), là dove, nella dinamica codicistica, l'art. 2798 prevede che il provvedimento giudiziale attribuisca il (e, dunque, costituisca formalmente il titolo della proprietà del) bene al creditore; né è prevista espressamente una clausola di esdebitazione che consenta al debitore, che avesse subito l'appropriazione del creditore, di liberarsi definitivamente dal vincolo obbligatorio e dalla relativa responsabilità patrimoniale (come, invece, si prevede per l'ipotesi del *marciano* di cui all'art. 120-*quinquedecies* del TUB, là dove maggiori incertezze<sup>215</sup> sus-

---

<sup>213</sup> Sia pure con la precisazione di cui alla nota precedente.

<sup>214</sup> Si può ritenere che il titolo sia costituito dall'intimazione iniziale non appena notificata al datore di pegno e sempreché il giudice, in seguito all'opposizione di quest'ultimo, non provveda alla sospensione dell'escussione ovvero alla specifica modalità mediante la quale il creditore intende procedere alla escussione.

<sup>215</sup> È dubbio se la clausola di esdebitazione di cui all'art. 120-*quindiesdecies*, comma 3, TUB (che costituisce elemento tipizzante di questa figura, ossia «un elemento qualificante» per A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1409, per il quale sarebbe da escludersi anche una derogabilità convenzionale dell'effetto esdebitatorio, in ragione della protezione del consumatore che esso è evidentemente idoneo a produrre; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, ora in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 169 ss., ma qui citato da *I nuovi marciani*, cit., p. 57 ss.), debba ritenersi facoltativa o obbligatoria anche in concomitanza della previsione negoziale di una clausola marciana nella *versione* di cui all'art. 48-*bis*.



Sull'incerta possibilità di estensione – argomentata sistematicamente dall'effetto estintivo proprio della *datio in solutum* alla cui figura rimanda il trasferimento condizionato sospensivamente all'inadempimento – della clausola di esdebitazione anche alla vicenda di cui all'art. 48-bis: S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi di impresa e fallimento*, 25 agosto 2016, p. 1 ss., spec., 11 ed ivi nota 13; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, ora in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1 ss., al quale si rimanda anche per l'illustrazione delle ragioni a sostegno di un'eventuale tesi che negasse l'estensione analogica della clausola di esdebitazione anche alla fattispecie dell'art. 48-bis, principalmente individuate nel rilievo per cui il debitore, tanto nell'art. 120-*quinquedecies* quanto nel prestito vitalizio, è un *consumatore*.

Ammette una clausola marciana senza la necessaria previsione dell'effetto esdebitatorio, A.A. DOLMETTA, *Alla ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 816 s., il quale precisa che tale ultimo effetto, ricollocando il marciano dall'alienazione in garanzia verso la *datio in solutum*, «risulterebbe senz'altro eccezionale» e, pertanto, «insuscettibile di qualunque applicazione analogica».

Esclude espressamente l'estendibilità (peraltro puntualmente esplicitandosi che le parti possono, nondimeno, prevedere convenzionalmente che tale effetto si estenda alle convenzioni *ex art. 48-bis*) dell'efficacia esdebitatoria al meccanismo tracciato dall'art. 48-bis: A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1412 ss., 1420 s., sia perché tale ultimo effetto è «conseguenza non coerente con la causa del patto marciano» sia, perché «vi è da considerare che l'effetto esdebitativo ha natura di una limitazione della responsabilità patrimoniale del consumatore finanziato, limitazione che, in base alla previsione generale di cui all'art. 2470, comma 2, c.c., deve considerarsi eccezionale e come tale di stretta interpretazione»; in senso adesivo, L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1866 s.

L'estensione, invero, rimane incerta poiché al rilevato effetto estintivo, tipico dell'art. 1197 c.c. [tanto che si discute, pur ritenendola inammissibile, della figura di una prestazione in luogo dell'adempimento parziale: S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 12; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1405 s. e nota 19, il quale scrive, con riferimento alla figura di cui all'art. 1197, che essa si *tipicizza* per essere un «surrogato della prestazione dovuta, programmando una *perdita immediata* – stante la natura reale *quoad constitutionem* di tale contratto e la sua efficacia non obbligatoria – e *definitiva* della proprietà del bene» (corsi originali) e, in quanto tale, non tollera l'apposizione di condizioni, la deroga all'immediatezza dell'efficacia (per trasformarla in quella meramente obbligatoria), diversamente evolvendosi (ma anche trasformandosi, per mutare natura e funzione – sebbene la questione permanga controversa – come emerge dalla nota 20) in «uno strumento di autotutela esecutiva» (p. 1406); ma in senso decisamente contrario, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 17 ed ivi nota 39], si potrebbe replicare con il rilievo che la funzione di garanzia (il comma 13-bis discute espressamente di «patto a scopo di garanzia») *tipicizza* la vicenda del trasferimento di cui all'art. 48-bis sì da renderla incompatibile con la clausola esdebitatoria: il rapporto di garanzia è sempre funzionalmente teso alla congruità e/o proporzione tra i due termini del credito e della garanzia; esclude l'estensione dell'effetto dell'esdebitazione alla vicenda di cui all'art. 48-bis, M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 845 ss., spec., p. 855.

Ma per una generale (e più sicura) applicazione della clausola di esdebitazione (in virtù della quale il credito si deve ritenere estinto, di là dalla circostanza della sua completa soddisfazione mediante il ricavato della vendita del bene e, dunque, anche qualora quest'ultimo si rivelasse inferiore al credito), anche automatica e indipendentemente da una espressa previsione contrattuale – al fine di non incorrere in una rinnovata violazione dell'art. 2744 c.c. che il patto marciano, di contro, è diretto ad evitare –, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 318-320, il quale ritiene necessario escludere, affinché si possa *validare* un trasferimento in garanzia al creditore, la persistente sussistenza di una garanzia generica sul residuo pa-



sistono in margine alle possibilità di applicazione anche al *marciano* di cui all'art. 48-*bis*), generando, pertanto, il dubbio sulla estendibilità dell'effetto anche a tale vicenda. Infine, a tutela del datore di pegno, si prevede che il contratto di garanzia debba riportare, fin dalla sua costituzione, «i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita» (art. 1, comma 7, lett. d).

Evidentemente le rappresentate modalità di escussione postulano che il debitore (e il datore di pegno) consegni immediatamente al creditore – *id est*: nel termine di quindici giorni dalla ricezione della notificazione dell'intimazione e salvo che il titolo negoziale non disponga altrimenti (art. 7-*ter*) – il bene o i beni oggetto del pegno. Diversamente, la medesima disposizione (con una modifica introdotta in sede di conversione) disciplina dettagliatamente il procedimento che il creditore dovrà attivare per apprendere i predetti beni.

Infine, il comma 7-*quater* dell'art. 1 prevede l'ipotesi in cui il creditore richieda l'escussione del pegno non possessorio (già precedentemente costituito ed iscritto) in riferimento ad un bene o ad un complesso di beni per i quali sia stata già avviata una procedura di esecuzione forzata. Orbene, in questa ipotesi – ferma la chiara prevalenza, nel conflitto tra creditore pignorante e gli altri creditori intervenuti nell'esecuzione, del titolare della garanzia mobiliare – si deve rilevare che la speditezza delle prescritte modalità realizzative del credito subisce un (si direbbe inevitabile, stante il coinvolgimento di in-

---

trimonio del debitore a favore del creditore qualora il bene trasferito perisse nella titolarità del creditore ovvero se la sua risultanza monetaria, in seguito alla *liquidazione*, risultasse insufficiente a soddisfare il creditore medesimo; anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 12 ss., 15 ss. (già ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 950 ss. ed ivi nota 76) il quale osserva come dalla lettura sistematica della disposizione emerga «*apertis verbis* l'immagine di una natura solutoria della causa in questione», altresì rilevando la stridente contraddizione rispetto alla *par condicio creditorum* delle disposizioni di cui agli artt. 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* del T.U.B.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1480 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 17 s., il quale pur ritenendo la funzione esdebitatoria (*id est*: l'estinzione dell'obbligazione garantita) una peculiarità ricorrente dei nuovi *marciani* legislativi, la considera solo *normalmente* ricorrente (e, quindi, non inderogabile), con il che le parti potrebbero (pattizamente) prevedere l'esclusione dell'effetto estintivo dell'obbligazione originaria in seguito al verificarsi del trasferimento del bene, consentendo al creditore «di richiedere l'eventuale debito residuo, non coperto dal valore del bene immobile trasferito (come stimato al momento dell'inadempimento)», sì da sostenere che «il legislatore abbia attribuito efficacia (normalmente) "liberatoria" al trasferimento del bene immobile in attuazione del patto marciano» (p. 18) con la conseguenza che l'effetto esdebitatorio deve ritenersi estendibile anche alla vicenda regolata dall'art. 48-*bis*.

Liquida la questione in quanto "chiara" A. CHIANALE, *I diritti reali. 6. L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 33, per il quale per quella parte del credito rimasta soddisfatta il titolare potrà agire ancora contro il debitore.



teressi ulteriori) *rallentamento* dalla previsione dell'*entrata in scena* del giudice dell'esecuzione, il quale su istanza del creditore pignorante, «lo autorizza»<sup>216</sup> a procedere secondo le modalità e tempi che saranno riportati nel relativo provvedimento con l'indicazione di distribuire «l'eventuale eccedenza» del ricavato dell'escussione direttamente alla procedura esecutiva: il tutto con la salvezza dei titolari di posizioni giuridiche privilegiate rispetto allo stesso creditore oppignorante.

**10.** – Si potrebbe iniziare con uno slogan: dall'esigenza, avvertita<sup>217</sup> fin dai primi anni del '900, del pegno senza spossessamento propria del credito agrario<sup>218</sup>, con la connessa sensibilità degli operatori del settore a sottoporre a pegno non solo *capitali* statici, bensì anche componenti dinamiche del patrimonio (ad es. scorte vive e morte: il c.d. capitale *circolante*) con il privilegio agrario<sup>219</sup> del 1927 che intuisce<sup>220</sup> l'odierna rotatività,

---

<sup>216</sup> Resta da vedere se la concessione del provvedimento autorizzatorio sia 'atto dovuto', in margine al quale il giudice non potrà compiere alcuna valutazione in merito alla vicenda concreta, ovvero se, al contrario, al medesimo dovrà riconoscersi una (sia pur moderata) discrezionalità.

<sup>217</sup> F. FERRARA, *La vendita per acconti e il «pactum reservati dominii»*, in *Foro it.*, 1911, I, c. 494 ss., il quale già avvertiva l'inidoneità del pegno, che esige lo spossessamento delle cose oggetto di garanzia reale, a far fronte alle nuove esigenze sovvenienti dal progresso economico osservando limpidamente che «se chi acquista degli oggetti che gli servono ... dovesse poi per garanzia del prezzo darli allo stesso venditore a terzi, tanto varrebbe che non li comperasse»; C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 58 ss., il quale suggerisce di trasformare il possesso materiale in *tradizione simbolica* sia pure convenendo che quest'ultima richieda «incondizionatamente l'applicazione di segni che rendano evidente il pegno» (corsivo originale).

<sup>218</sup> Ma in realtà risalenti già all'epoca romana come ricorda A. BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664 il quale riferisce che le prime manifestazioni del pegno privatistico si devono alle testimonianze di «Catone (console nel 195 e morto nel 149 a.c.)» che le riconduce proprio all'agricoltura, rilevando, altresì, che la *datio pignoris* si estendeva «a ipotesi in cui l'acquirente del raccolto, debitore del relativo prezzo, conserva il possesso di quanto, ivi compresi schiavi che sono *res mancipi*, da lui immesso nel fondo per raccoglierne i frutti, o i frutti del gregge in esso pascolante, e pignorato a garanzia del suo debito verso il *dominus* venditore» con l'illuminante indicazione per cui, già a tale epoca, si prevedeva che le cose date a pegno potevano rimanere nella disponibilità del debitore con la previsione di alcuni poteri di controllo per il creditore; ne offre conferma, anche, L. BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

<sup>219</sup> Artt. 8 e ss. della legge 5 luglio 1928, n. 1760, di conversione, con modificazioni, del Regio decreto-legge 29 luglio 1927, n. 1509, concernente provvedimenti per l'ordinamento del credito agrario nel Regno.

<sup>220</sup> Più per lo stesso ciclo naturale dei prodotti che ne costituiscono oggetto che ne costituiscono oggetto che non per una sollecitante logica creditizia globale volta, tuttavia, a ribadire non già un virtuoso e illuminato primato del (*melius*: di ogni) credito (P. SCHLESINGER, *Il "primato" del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 825 ss.), bensì soltanto di quello *bancario*, come, di recente, sottolinea A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1304 ss., rilevando come il «*law maker* italiano con il pegno non possessorio consacr[ì] l'irresistibile prevalenza del creditore bancario» (p. 1310).



alla *positivizzazione* del pegno rotativo<sup>221</sup> (e, implicitamente, non possessorio) dei prodotti agricoli ed alimentari dop e igr (compresi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose)<sup>222</sup> al quale rimane sottesa, un secolo dopo, quella medesima necessità, per un verso, di un proficuo sviluppo degli strumenti di offerta di finanziamenti e sovvenzionamenti all'intero settore agronomico e, per l'altro, di un corrispondente e più agevole accesso al mercato del credito da parte dell'imprenditore agricolo in senso ampio<sup>223</sup>.

La nuova disciplina se, per un verso, si esprime esplicitamente (recependo la formula dottrinale) in termini di pegno *rotativo*, con la puntuale precisazione che «la sostituzione delle unità di prodotto sottoposte a pegno [si realizza] senza necessità di ulteriori stipulazioni»<sup>224</sup>, per l'altro, è silente in merito all'elemento del possesso, non rinvenendosi alcun riferimento all'ipotesi del pegno non possessorio, per quanto l'elenco dei beni che ne potranno costituire oggetto parrebbe lasciar propendere per una figura di pegno *ontologicamente* senza spossessamento<sup>225</sup>.

All'assenza di ogni riferimento sia alla qualità professionale dei soggetti che al pegno 'agricolo' possono far ricorso<sup>226</sup> (a differenza di ciò che emerge per il pegno non possessorio alle imprese), sia alla qualificazione del soggetto erogatore del credito<sup>227</sup>, fa riscontro una puntuale indicazione dei beni che ne possono costituire oggetto: a) prodotti agri-

---

<sup>221</sup> Come confermato dal Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, art. 1, comma 1, ove si prevede che «i prodotti DOP e IGP ... possono essere oggetto di patto di rotatività».

<sup>222</sup> V. art. 78, comma 2-duodecies e ss. del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

In sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, portante 'Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19' (c.d. decreto "cura Italia"), mercé la legge 24 aprile 2020, n. 27, all'interno dell'art. 78 – rubricato «Misure in favore del settore agricolo e della pesca» – sono stati introdotti i commi da 2-duodecies a 2-quaterdecies, che disciplinano la nuova figura del cd. pegno agricolo.

Tale disciplina, benché inserita in un plesso normativo, che già nell'intitolazione, si riferisce alla grave ed attuale emergenza sanitaria in seguito al diffondersi del Covid-19, non subisce quella *temporaneità* e *funzionalizzazione* che attengono alle altre disposizioni legislative contenute nella riferita legge; sì che la disciplina del pegno agricolo, del tutto scollegata com'è dalla divisata emergenza, continuerà a rimanere in vigore anche allorquando quest'ultima sarà cessata.

<sup>223</sup> Sul punto, per ulteriori sviluppi, in termini generali, v. R. FRANCO, *Le recenti (de)specializzazioni del credito fondiario*, cit., p. 255 ss.

<sup>224</sup> Decreto MiPAAF, 23 luglio 2020, art. 1, comma 2.

<sup>225</sup> Argomenta in tal senso anche A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 1 s.

<sup>226</sup> La figura parrebbe, dunque, qualificata in ragione dell'oggetto – vale a dire dei prodotti sì come formalmente individuati – e non anche dei soggetti che, pertanto, non necessariamente dovranno essere agricoltori e/o imprenditori agricoli.

<sup>227</sup> Che potrà essere, quindi, anche un privato, una società non bancaria, ecc.





coli<sup>228</sup>; b) prodotti alimentari<sup>229</sup>; c) prodotti vitivinicoli<sup>230</sup>; d) bevande spiritose<sup>231</sup> (tutti con la predicazione Dop e Igp<sup>232</sup>), disponendosi espressamente che la relativa convenzione pignorizia dovrà *individuare*<sup>233</sup>, «anche a mezzo di documenti», sia i prodotti oggetto di pegno, sia quelli sui quali, per effetto del meccanismo rotativo, la

---

<sup>228</sup> I prodotti agricoli sono quelli indicati dall'art. 38, comma 1, del TFUE: «per prodotti agricoli si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti. I riferimenti alla politica agricola comune o all'agricoltura e l'uso del termine «agricolo» si intendono applicabili anche alla pesca, tenendo conto delle caratteristiche specifiche di questo settore» e quelli di cui al comma 3 del medesimo articolo che rinvia all'allegato I al medesimo Trattato; oltre alle indicazioni sovvenienti dalla «divisione per settori» di cui al comma 2 dell'art. 1 del Reg. UE 1308/2013 del 17 dicembre 2013.

L'attribuzione delle qualifiche DOP e IGP è prevista dall'art. 4 del Regolamento (CE) n. 510/2006 del 20 marzo 2006 e dall'art. 4, e dal d. lgs. 19 novembre 2004, n. 297.

<sup>229</sup> I prodotti alimentari sono quelli di cui all'articolo 2 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002: «si intende per alimento» (o «prodotto alimentare», o «derrata alimentare») qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento».

<sup>230</sup> Per prodotti vitivinicoli si intendono quelli di cui all'art. 3 della legge 12 dicembre 2016, n. 238 (c.d. Testo unico sul vino): «i prodotti indicati nell'allegato I, parte XII, al regolamento (UE) n. 1308/2013 e quelli elencati all'articolo 11 della presente legge, salvo ove altrimenti specificato» e, quindi, rispettivamente: a) i «succhi di uve (compresi i mosti di uva); altri mosti di uva, diversi da quelli parzialmente fermentati, anche mutizzati diversamente che con alcole; vini di uve fresche, compresi i vini alcolizzati; mosti di uva diversi da quelli della voce 2009, esclusi gli altri mosti di uva delle sottovoci 2204 30 92, 2204 30 94, 2204 30 96 e 2204 30 98; uve fresche diverse da quelle da tavola; aceto di vino; vinello; fecce di vino; vinaccia»; b) «“mosto coto”», «“filtrato dolce”», «“mosto muto”» e l'«“enocianina”».

Per i prodotti «DOP» e «IGP» si intendono le espressioni «denominazione di origine protetta» e «indicazione geografica protetta», anche al plurale, come previste dall'art. 93 del Regolamento (UE) n. 1308/2013 per i prodotti vitivinicoli e dall'art. 26 del predetto TU del vino.

<sup>231</sup> Per bevanda spiritosa si intende quella di cui alla definizione dell'art. 2 del Reg. UE n. 787/2019 del 17 aprile 2019: «è una bevanda alcolica che soddisfa i requisiti seguenti: a) è destinata al consumo umano; b) possiede caratteristiche organolettiche particolari; c) possiede un titolo alcolometrico volumico minimo di 15 % vol., salvo nel caso delle bevande spiritose che soddisfa i requisiti dell'allegato I, categoria 39» con le relative qualificazioni Igp di cui all'art. 21.

<sup>232</sup> Sul punto, cfr., A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1 s. e *ivi* nota 3, ove si rileva che «non sempre l'alimento DOP/IGP consiste in prodotti agricoli oppure in derivati della carne o del latte: es. alcuni prodotti ittici (le acciughe del Mar Ligure, il salmerino e le trote del Trentino, le cozze di Scardovari e la tinca di Poirino); vari tipi di dolci (i cantuccini toscani; il cioccolato di Modica; il torrone di Bagnara); la liquirizia di Calabria; alcuni tipi di zafferano; numerosi tipi di miele, di pane e di paste» (cfr. l'elenco dei prodotti DOP e IGP tenuto dal Ministero delle politiche agricole», reperibile in [www.politicheagri.cole.it](http://www.politicheagri.cole.it)).

<sup>233</sup> Almeno mediante quei dati che sono indicati nel 'facsimile' di Registro di cui all'Allegato 1 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 e così come indicato nell'art. 1 del predetto decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 e necessaria, giustappunto, a conseguire l'annotazione nei relativi registri.



medesima garanzia «si trasferisce», escludendosi ogni effetto novativo.

Non viene invece indicato lo stato di lavorazione e/o maturazione e/o di invecchiamento in cui deve trovarsi il singolo bene per essere oggetto di pegno, sì che potrà convenirsi, in senso ampio, che ognuno dei divisati prodotti potrà essere sottoposto a pegno agricolo anche qualora l'attribuzione della qualificazione dop e igp non fosse ancora intervenuta, ma si abbia la ragionevole certezza che la stessa interverrà una volta che il processo di ultimazione di quel medesimo prodotto giunga a compimento.

Qualche perplessità sovviene in merito alle modalità individuative dei prodotti (agricoli, alimentari, ecc.) in seguito al Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, il quale, *praeter legem*, nel riferirsi *testualmente* soltanto a quelli *presenti* (e, in ogni caso determinabili, anche *per relationem*) pare segnatamente escludere la costituzione di un pegno agricolo avente per oggetto beni *futuri* ovvero *determinabili*, come emerge, peraltro, dall'espressa previsione per cui i menzionati prodotti «possono essere sottoposti a pegno» *soltanto* «a decorrere dal giorno in cui le unità di prodotto sono collocate nei locali di produzione e/o stagionatura e/o immagazzinamento»<sup>234</sup>, sia dai prescritti criteri identificativi delle «unità» che possono costituire oggetto di pegno, oltre che dal riferimento alla circostanza che dette unità devono essere «identificate con le modalità previste nel presente decreto» (senza, dunque, in nulla consentire l'estensione dell'oggetto della garanzia ai beni futuri o anche soltanto determinabili). Invero, come appena riferito, anche i *prodotti* già determinati *ab origine*, potranno costituire oggetto del pegno agricolo solo dal predetto riferito momento. In altri termini, solo i prodotti agricoli (dop e igp) capaci di essere (non già soltanto *potenzialmente*, bensì *materialmente*) collocati in «locali di produzione e/o stagionatura» dovrebbero rivelarsi idonei a divenire oggetto della garanzia mobiliare, sì da escludere tendenzialmente sia quei prodotti che non saranno destinati a tale modalità di stoccaggio o ciclo di invecchiamento, sia quelli che soltanto in seguito al ciclo evolutivo che li riguarda diverranno tali da poter essere collocati nei predetti locali. Sennonché, tali limitazioni, originanti come sono da una fonte ministeriale incapace, con ogni probabilità, di incidere sulle possibili linee ermeneutiche del disposto normativo, probabilmente non impediranno agli interpreti ed agli operatori pratici di revocarle in discussione e pervenire ad una lettura più ampia e concordante con l'esteso disposto normativo in tema di prodotti agricoli.

---

<sup>234</sup> Con una previsione che si fonda su due distinti elementi identificativi: uno *topografico*, con riferimento al luogo in cui i beni da assoggettare a pegno devono essere stati collocati a tal fine; l'altro, di carattere *temporale*, nel senso che solo dal momento in cui tale collocazione avviene i medesimi possono divenire oggetto di pegno agricolo.



Non è prevista la possibilità di far riferimento ad un «valore complessivo» (sia pure quale *mero* criterio identificativo di beni), né al criterio della mera *determinabilità* e deve, altresì, ritenersi che oggetto del pegno non potranno essere né crediti, né denaro, né altri beni mobili (almeno nella fase della costituzione), stante la riferita dettagliata elencazione.

Si pongono, al riguardo, almeno due questioni: *a*) quella relativa all'ipotesi in cui i prodotti originariamente oggetti di pegno (e rimasti nella disponibilità<sup>235</sup> del debitore che *dinamicamente* li utilizza nello svolgimento della sua impresa) siano trasferiti contro un corrispettivo che non sia riconducibile alla natura dei beni indicati dall'art. 78, comma 2-*duodecies*; e *b*) quella<sup>236</sup> relativa all'incidenza della stessa *ontologica ciclicità* di alcuni beni (ad es., annuale, stagionale, ecc.) con gli elementi formali dell'oggetto e della durata del pegno, là dove tali beni sono evidentemente destinati (pena la sovveniente perdita o inutilità) ad essere trasformati in altri prodotti semilavorati o finiti, destinati alla circolazione, per ricostruire, nell'incessante ciclo dell'impresa, quelle sostanze economiche per il sostegno e la ripartenza di una nuova sequenza produttiva.

Orbene, con riferimento alla prima, si può prevedere la seguente alternativa: *i*) il pegno originariamente costituito su prodotti agricoli/alimentari/vitivinicoli/bevande spiritose sarebbe una fattispecie che *in re ipsa* dovrebbe ritenersi, per così dire, a *termine finale*, colpito, come sarebbe, dalla sopravveniente inefficacia che potrà soggiungere dalla naturale vicenda rotativa che coinvolge tali beni (con la salvezza della sola ipotesi in cui la medesima si compia con riferimento a prodotti dello stesso *genere*<sup>237</sup>), sì che ogni creditore pignoratorio sarebbe destinato a divenire, nello svolgersi della rotatività (e sempreché il corrispettivo della disposizione non si traduca in uno di quei beni che possono essere oggetto del pegno agricolo), con una sorta di conversione negoziale *ex lege*, un creditore garantito da un pegno tradizionale, anche su crediti o da un pegno irregolare su denaro (quali beni ottenuti in corrispettivo della cessione di quei prodotti); *ii*) ovvero,

---

<sup>235</sup> Per la verità nulla si dice anche con riferimento – nel caso di non spossessamento – alle facoltà di gestione e di disposizione da parte del debitore, non sovvenendo, peraltro, neppure le indicazioni di cui al comma 2 dell'art. 1 della legge n. 119/2016. Tuttavia, si dà qui per assunto che tali poteri siano attribuiti al costituente pegno (sia esso direttamente il debitore, sia esso un terzo) stante sia la rotatività e non possessorietà del pegno, sia la natura dei beni che ne formano oggetto.

<sup>236</sup> Cfr., per un cenno, anche A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1.

<sup>237</sup> Come, invero, afferma A. CHIANALE, ID., *Il pegno non possessorio del d.l. «Cura Italia»: una nuova garanzia occulta?*, cit., p. 830 s. fondando la conclusione su quanto emergente dall'Allegato I al Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, pur rilevando il contrasto rispetto al testo del Decreto legge n. 18/2020 ed esprimendo un severo giudizio critico sulla redazione del Decreto MIPAAF.



probabilmente con maggiore condivisibilità, anche sul fondamento di una piena consapevolezza della *ratio* normativa sottesa al d.l. “Cura Italia” (solo momentaneamente non recepita dal predetto Decreto), ritenere che il pegno sui prodotti agricoli continui, con piena applicazione della sua speciale disciplina (rotatorietà e non possessorietà), anche su quanto ricevuto a titolo di corrispettivo, in forza dall’ontologica ciclicità della trasformazione (e, dunque, rotatività) dei prodotti che ne costituiscono oggetto, provvedendosi a disciplinare convenzionalmente – mediante specifiche clausole configuratorie – il regolare e ininterrotto funzionamento dell’ipotizzato meccanismo di surrogazione reale<sup>238</sup>, nella perseverante conservazione della funzione di garanzia sottesa all’unitaria operazione economica della quale la concessione del pegno costituisce soltanto uno dei diversi momenti procedimentali, in quella ideale continuità che costituisce il carattere principale della garanzia rotativa: «interesse alla conservazione (in senso dinamico) della garanzia mobiliare»<sup>239</sup>.

Con riguardo alla seconda delle due prefigurate questioni, si è proposto<sup>240</sup> di distinguere tra una *ciclicità continua* e una *ciclicità discontinua* per così evidenziare come nella prima vicenda «il pegno si trasferisc[a] senza soluzione di continuità sui differenti beni previsti nel contratto»; là dove, nella seconda, il pegno nell’«intervallo tra la vendita dei prodotti e l’acquisto di nuova materia prima (es. raccolta di olive, produzione di olio, vendita prima della nuova raccolta)» – non ritenendosi coerente con l’unitarietà e la sostanziale operazione economica l’ipotesi di un pegno “ad intermittenza”, con le concomitanti estinzione e costituzione in corrispondenza di quegli intervalli – dovrebbe «rimane[re] in vita, pur senza oggetto attuale, in attesa di vincolare il nuovo oggetto previsto dalle parti». Si potrebbe, tuttavia, replicare, che, di là dalla problematica<sup>241</sup> che sarebbe destinata a suscitare la prefigurazione di un pegno “senza oggetto attuale”, i profili per la delineazione di regole di governo di tali vicende sono intrinsecamente rinvenibili nella stessa previsione della rotatività della garanzia mobiliare, in ragione della quale, nella

<sup>238</sup> E come meglio indicato dall’art. 1, comma 3, del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

<sup>239</sup> D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817.

<sup>240</sup> A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1, anche per i successivi virgolettati.

<sup>241</sup> Peraltro agevolmente risolvibile nella misura in cui si ammetta, anche per i prodotti agricoli, alimentari, ecc., la costituibilità di un pegno su cosa futura, traendo legittimità interpretativa – non soltanto dalla lettera dell’art. 78, comma 2-*duodecies* del d.l. n. 18/2020, bensì anche – dalla più ampia previsione di cui all’art. 1 della legge n. 119/2016, che, nel contemplare, quale oggetto della garanzia, qualsiasi bene mobile, non esclude tendenzialmente tali prodotti; per quanto la peculiarità della figura di cui nel testo s’individuerebbe nell’essere anche un pegno che inizialmente costituito su cosa presente, *ciclicamente* diverrebbe su cosa futura per poi ritornare su cosa presente, per tutta la durata della garanzia.



continua applicazione del meccanismo di surrogazione reale, il prodotto viene *momentaneamente* sostituito da ciò che il debitore (o il terzo costituente) ricevono a titolo di corrispettivo per poi essere *nuovamente* (ma non *novativamente*) sostituito con ulteriori prodotti agricoli, alimentari, ecc., nella funzionale continuità dell'operazione economica sottesa al rilascio della garanzia, evitandosi il ricorso alla dubbia ipotesi<sup>242</sup> del pegno 'senza oggetto attuale'. Con un ragionamento che può agevolmente estendersi anche alla diversa ipotesi del processo di trasformazione che il prodotto agricolo dovesse subire nel corso della sua 'gestazione'. Una lettura diversa, nel senso che oggetto della garanzia, anche nella fase dinamica della rotatività, non potrebbero che essere sempre e soltanto prodotti agricoli, si esporrebbe al rilievo di incorrere nella più classica delle eterogenesi dei fini: il rispetto formale del testo legislativo, che parrebbe invero escludere l'assoggettività a pegno di beni diversi da quelli puntualmente indicati al comma 2-*duodecies* (sì da non consentire l'estensione della garanzia al *corrispettivo* ricevuto per la circolazione dei divisati prodotti, se non a quello ottenuto con il ricorso improrogabile ad una permuta con medesimi prodotti), sancirebbe tuttavia l'inevitabile superamento della *ratio* ad esso sottesa, impedendo il ricorso al pegno dei divisati prodotti dop e igp, se non limitatamente al *tempo* del rispettivo e unico ciclo produttivo ovvero tradendo il pervasivo carattere della rotatività.

Non è prevista alcuna prescrizione (a differenza di quanto si riscontra per il pegno non possessorio di cui all'art. 1, comma 3, legge n. 119/2016) in merito alla forma che la convenzione pignoratizia agricola dovrà rivestire, ma deve ritenersi che dovendosi procedere all'*annotazione* nel relativo registro dei pegni (sia se già esistente, sia per quello a costituirsi), la medesima dovrà almeno essere redatta per iscritto, confermandosi la non necessità dell'atto pubblico o della scrittura privata per la valida costituzione del pegno agricolo; per la prelazione non si prevede, dunque, la data certa di cui all'art. 2787, comma 3, richiedendosi, di contro, la formalità della sola «registrazione della costituzione» nei registri appositamente predisposti, la quale deve, quindi, ritenersi idonea a conseguire l'effetto proprio dell'opponibilità ai terzi. Dunque, parrebbe doversi ritenere che

---

<sup>242</sup> Ipotesi che è peraltro alternativa all'ulteriore lettura che ne decretasse l'estinzione per sopravvenuta mancanza del suo oggetto. Esito interpretativo che, tuttavia, si vedrebbe esposto alla convincente replica che evidenziasse come la profilata soluzione se agevolmente potrebbe accordarsi con la figura tradizionale del pegno, connotata dalla determinatezza del bene che ne costituisce oggetto e dalla spiccata pervasività della caratteristica della specialità, si rivelerebbe, al contrario, del tutto inconferente al confronto con l'essenza stessa della garanzia mobiliare rotativa nella quale, come si è autorevolmente rilevato, l'«oggetto della garanzia [...] avrebbe un valore di sintesi, indipendente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale» (D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814; E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 164).



la forma scritta non sarà necessaria per la costituzione della garanzia mobiliare, ma divenga necessaria (in termini dichiarativi) ai fini dell'opponibilità ai terzi del pegno.

Potrebbe altresì porsi la questione dell'eventuale specialità – con riferimento al profilo oggettivo – della recente disciplina del pegno dei prodotti agricoli in raffronto con la generale figura di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016 che disciplina il pegno non possessorio ammettendone per oggetto un'ampia categoria di beni dalla quale restano esclusi solo alcuni (espressamente individuati), come sopra indicato, ma non anche i prodotti agricoli, alimentari, ecc. Invero, rimane allo stato ancora da accertare se – con riferimento ai beni indicati all'art. 78 comma 2-*duodecies* – il legislatore abbia (o meno) predisposto una disciplina speciale che consenta la costituzione di un pegno rotativo e non possessorio, con puntuali modalità<sup>243</sup> da seguire per l'*annotazione*<sup>244</sup> del medesimo nel registro<sup>245</sup>, da predisporre in conformità al modello<sup>246</sup> di cui all'allegato 1 del Decreto MiPAAF 23 luglio 2020, vidimato annualmente da notaio e tenuto dal debitore<sup>247</sup>, anziché l'*iscrizione*<sup>248</sup> in quello informatizzato da tenersi presso l'Agenzia delle Entrate (di cui al comma 4 dell'art. 1 della legge n. 119/2016).

Invero, sui prodotti agricoli (unitamente a tutti gli altri di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016, qualora riconducibili alla *natura* di quelli di cui al comma 2-*duodecies* dell'art. 78 della legge n. 27/2020) potrebbero trovarsi a concorrere quattro diverse garanzie mobiliari: *i*) il pegno non possessorio di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016; *ii*) il pegno rotativo di cui al ripetuto art. 78, comma 2-*duodecies*; *iii*) il privilegio speciale di cui agli artt. 44 e 46 TUB; *iv*) il pegno di cui alla legge 24 luglio 1985, n. 401, relativa ai prosciutti a denominazione di origine tutelata, ovvero quello di cui alla legge 27 marzo 2001, n. 122, relativa ai prodotti lattiero-caseari, escludendosi la possibile (ulteriore) sovrapposizione anche del pegno di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 102/2004 che potrà avere per oggetto (*soltanto*) i titoli all'aiuto e di diritti di impianto (e reimpianto) delle viti di

---

<sup>243</sup> Modalità che consentono di individuare le partite e quindi, facendo permanere la merce nelle disponibilità del produttore, di disporre di una tracciatura di dove la stessa è ubicata e per quanto tempo possa rimanere oggetto di un pegno convenzionale. La previsione della rotatività permette poi alla merce di essere sostituita, come oggetto della garanzia, con nuove partite, una volta vendute o conferite quelle originarie.

<sup>244</sup> Art. 78, comma 2-*duodecies* del d.l. n. 18/2020; anche l'estinzione del pegno dovrà essere annotata ai sensi del comma 2-*terdecies* di tale legge e dell'art. 3 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

<sup>245</sup> Uno per ogni creditore: art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

<sup>246</sup> Salvo che per i prodotti di cui al comma 4 dell'art. art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 ove si prevede che i «per i prodotti vitivinicoli e per l'olio il debitore può procedere all'annotazione nei registri telematici ... del Sistema informativo agricolo nazionale (SIAN)».

<sup>247</sup> Salvo diversa intesa tra le parti: art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

<sup>248</sup> Art. 1, comma 4, legge n. 119/2016.





matrice europea, con la peculiare disciplina ivi predisposta. I profili che, nondimeno, le uniscono, strutturalmente e funzionalmente, sono rappresentati: *i*) dall'assenza, nelle rispettive discipline, di ogni riferimento all'attribuzione del possesso al creditore, quale possibile elemento costitutivo della garanzia; *ii*) dalla (esplicita o implicita) ammissibilità della rotatività oggettuale. Tali caratteristiche, se unite al rilievo per cui, in luogo del possesso, l'elemento al quale il legislatore ricorre, ai fini della manifestazione esterna (*id est*: opponibilità) della garanzia, è, sia pure con diverse modalità, l'iscrizione o l'annotazione in registri appositamente predisposti (e tenuti secondo le indicazioni di volta in volta prescritte), consentono di evidenziare che il (possibile) criterio idoneo a risolvere il divisato conflitto potrà individuarsi in ragione del principio generale<sup>249</sup> della priorità dell'esecuzione della prescritta (e rispettiva) pubblicità<sup>250</sup> ovvero (con soluzione, almeno attualmente, preferibile) in esito all'esaurimento del percorso costitutivo che coinvolge le menzionate diverse ipotesi di garanzia mobiliare, se è vero che per tutte si tratta di un procedimento *bi-fasico*, con un primo segmento, rappresentato dalla convenzione privata, e da un secondo rappresentato dalla pubblicità *dichiarativa*<sup>251</sup> (data certa della scrittura privata ovvero esecuzione della formalità di iscrizione), alla quale il legislatore condiziona la legittimità dell'esercizio delle relative prelezioni.

La previsione legislativa del pegno agricolo, inoltre, non prevede alcuna indicazione per l'eventuale fase dell'escussione della garanzia, lasciando così all'interprete l'alternativa tra l'applicazione della disciplina codicistica del pegno tradizionale, che sarebbe suffragata dal richiamo ad essa effettuato nell'art. 78, comma 2-*quaterdecies*, e quella, di certo più dettagliata, dell'art. 1, comma 7 e ss., legge n. 19/2016, che si argomenterebbe sia in ragione della specificità non possessoria, sia in ragione delle esigenze di una maggiore rapidità di svolgimento, riconducibili, evidentemente, alla stessa natura dei beni oggetto del pegno agricolo (con escussione rimessa all'azione diretta del creditore e la connessa operatività del *marciano*).

**11.** – La conclusione delle riflessioni suggerisce di rievocare la celebre affermazione pugliattiana “dalla proprietà alle proprietà” per riadattarla, come in altri campi del diritto

---

<sup>249</sup> Confermato, peraltro, talvolta implicitamente, da ciascuna delle divisate discipline.

<sup>250</sup> In questo senso conclude, sia pure limitatamente al conflitto (più ristretto) che può sorgere tra titolare del pegno sui prosciutti di cui alla legge n. 401/1985 e titolare del privilegio mobiliare di cui all'art. 46 TUB, argomentando, anche, con riferimento alla buona fede ed al principio generale dell'*ignorantia legis non excusat*: E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 129.

<sup>251</sup> *Dichiarativa* ai fini della costituzione della garanzia, ma *costitutiva* ai fini della prelazione.



civile, alla garanzia mobiliare indicandola con la formula “dal pegno ai pegni” con una sovveniente ed incessante molteplicità che prende il luogo dell’unicità, al fine di consentire un più agevole e performante adeguamento dei modelli giuridici alle esigenze di regolazione degli interessi delle parti.

Solo per rimanere al *nuovo* pegno non possessorio, come s’è evidenziato, si possono ipotizzare, stante la varietà dei beni che ne possono divenire oggetto e le diverse modalità conformative rimesse all’autonomia privata<sup>252</sup> (con svariate opzioni combinatorie), diversi modelli di garanzia, solo parzialmente corrispondenti alle possibilità concesse dalla disciplina del pegno tradizionale: da quello su cose mobili a quello su crediti, passando attraverso il pegno su beni immateriali e sull’azienda ovvero su una determinata o più categorie merceologiche fino a quello innovativo in cui i beni soltanto (in)direttamente ne divengono oggetto giacché le parti intendono riferirsi ad un *valore complessivo*, passando attraverso i diversi meccanismi dei criteri individuativi dei beni medesimi. All’autonomia privata, in altri termini, è lasciata ogni più ampia possibilità di modellare e configurare la garanzia pignoratizia secondo la concreta declinazione degli interessi delle parti, sì come modulati nello statuto negoziale, conseguendo quella maggiore ed auspicabile performatività da tempo invocata per l’intero sistema delle garanzie nella prospettiva transnazionale ed in funzione di una più agevole accessibilità al mercato del credito.

Si tratterà di verificare se le nuove discipline dei pegni non possessori e rotativi (per le imprese e nel settore agricolo), nella più ampia e dinamica dimensione delle garanzie, riusciranno a soddisfare le distinte esigenze dei soggetti erogatori del credito, nell’acquisizione di più celeri e agili procedure di escussione della garanzia, e dei soggetti beneficiari del credito, nel consentire l’assoggettamento a pegno anche di quei beni che continuano – talvolta per loro intrinseca natura talaltra per la stessa necessità di soddisfacimento del creditore – a rimanere nel possesso e nella disponibilità giuridica del debitore. Il tutto nell’orizzonte ampio di una responsabilità patrimoniale declinata secondo i canoni della molteplicità e della funzionalizzazione, sì come ridefinita alla stregua del (sempre più pervasivo) meccanismo sistemico dell’esdebitazione. Favorendo, con la promozione di un meccanismo virtuoso, ora l’affermazione della radice etimologica del termine creditore che deriva da *credere* e, dunque, si fonda sul *riporre fede* nell’altro, ora la riabilitazione giuridica e sociale del debitore *meritevole*, liberandolo da quell’oppres-

---

<sup>252</sup> Ad es., sulla possibilità opzionale di escludere *tout court* la rotatività ovvero di modularla alla stregua degli interessi concreti sì come composti nella convenzione pignoratizia; sulla possibilità per i contraenti di regolare variamente le procedure di escussione della garanzia tra le quattro ipotesi di cui al comma 7 dell’art. 1.

# JUS CIVILE



sione capitalistica (che si svolge oltre il mero “dispositivo economico” per esprimersi in «una tecnica di governo e di controllo delle soggettività individuali e collettive»<sup>253</sup> e) che lo costringe nel «sistema del debito».

Di certo l'autonomia privata ne esce rinvigorita e rifunzionalizzata non soltanto nella possibile modulazione concreta dello statuto della garanzia non possessoria, ma, vieppiù, in settori (l'esecuzione forzata su tutti) da sempre maggiormente resistenti alla penetrazione dell'azione ordinante dei singoli perché presidiati dal monopolio di quella statuatale, idealmente ricollegandosi all'antica affermazione (che la legge sul pegno non possessorio contribuisce a riabilitare) per cui il titolare della garanzia mobiliare (nella molteplicità attuale dei modelli di riferimento) ha il diritto di «procurarsi di propria autorità il soddisfacimento del suo credito dall'oggetto dato in pegno»<sup>254</sup>; ma che, evidentemente, continuerà a svolgersi non in uno spazio anòmico e con modalità libere ed arbitrarie, sì come filtrata nella sua idealizzazione dogmatica, bensì sottoposta – nella più condivisibile ed appropriata concettualizzazione *positiva* – a controlli (giudiziali *ex post*) che in concreto tendano a *garantirne* l'esercizio alla stregua dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, da sempre propri dell'intero ambito delle garanzie, perseguendo costantemente, nella modulazione dell'interesse alla garanzia, la *giuridicità* dell'azione privata, idonea a ricomprendere, ma all'un tempo a superare, la (mera) *legalità*.

---

<sup>253</sup> M. LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2012, nella presentazione al libro sul sito <https://www.deriveapprodi.com/prodotto/la-fabbrica-delluomo-indebitato/>, anche per il successivo virgolettato.

<sup>254</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, § 227.