



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN DIRITTO PRIVATO, DIRITTO ROMANO E CULTURA GIURIDICA EUROPEA

curriculum Diritto Civile

I PROFILI EVOLUTIVI DELLA DISCIPLINA DEL PEGNO

Tutor:

Chiar.mo Prof. Giovanni Stella

Tesi di dottorato di
Alessandro Civardi

CICLO XI - 2015 / 2018

INDICE

INDICE	i
INTRODUZIONE	iv

Capitolo I: Garanzie e spossessamento nell'ambito del finanziamento alle imprese

1. <i>Finanziamento esterno nella gestione di impresa e garanzia. Evoluzione delle esigenze di sicurezza del credito.....</i>	2
2. <i>Garanzia generica e garanzie specifiche: precisazioni concettuali e diversità funzionale.....</i>	8
3. <i>Il pegno quale tipica forma nominata di garanzia nell'ambito delle operazioni di finanziamento esterno nella gestione d'impresa.....</i>	13
4. <i>Il pegno a confronto con le attuali esigenze emerse nella prassi commerciale e finanziaria. La «crisi» dei modelli tipici di garanzia mobiliare</i>	17
5. <i>Necessità di superare lo spossessamento: le garanzie mobiliari non possessorie quali strumento in grado di soddisfare le esigenze di una moderna economia di mercato</i>	25

Capitolo II: Il sistema italiano delle garanzie reali nell'ambito del finanziamento alle imprese

1. <i>Il sistema italiano delle garanzie reali: la par condicio creditorum e le cause legittime di prelazione</i>	32
2. <i>Autonomia privata e garanzia reale: i tentativi diretti a superare il principio dello spossessamento ..</i>	54
2.1. <i>Il trasferimento della proprietà in garanzia: il problema dell'ammissibilità di un negozio retto solamente da una causa fiduciaria.....</i>	55
2.1.1. <i>I limiti dettati dal divieto del patto commissorio</i>	62
2.1.2. <i>I limiti dettati dal principio del numerus clausus dei diritti reali.....</i>	72
2.2. <i>La vendita con riserva di proprietà e il suo ruolo poco incisivo quale garanzia sui beni aziendali.....</i>	77

2.3. <i>Il trust a fini di garanzia come alternativa alle garanzie reali</i>	82
3. <i>Garanzie mobiliari senza spossessamento e legislazione speciale: il privilegio speciale sui beni aziendali ex art. 46 T.U.B. Il problema della rotatività</i>	92
4. <i>Osservazioni conclusive</i>	100

Capitolo III: Lo spossessamento nell'evoluzione del pegno: dal diritto romano al codice del 1942

1. <i>Il pegno nel diritto romano: dalla fiducia cum creditore al pignus datum</i>	104
2. <i>Dalla datio pignoris alla conventio pignoris e sua evoluzione. Il pignus conventum quale prima forma di garanzia non possessoria</i>	110
3. <i>Pegno e spossessamento: le innovazioni introdotte nel diritto intermedio</i>	117
4. <i>Il pegno e l'essenzialità dello spossessamento alle soglie dell'età delle codificazioni. Il diritto francese: le ricostruzioni dell'istituto secondo le regole del Domat e del Pothier</i>	123
5. <i>Funzioni dello spossessamento sotto la vigenza del Code Napoléon: il gage avec dépossession e le garanzie dell'impresa nell'esperienza della codificazione francese</i>	132

Capitolo IV: Rilevanza dello spossessamento nello schema configurativo del pegno

SEZIONE I

1. <i>Prospettive di un pegno senza spossessamento</i>	142
2. <i>Il pegno nel sistema delle garanzie reali: precisazioni terminologiche</i>	147
3. <i>Il binomio consensualità-realtà e lo schema legale tipico del contratto di pegno: irrilevanza dello spossessamento ai fini del perfezionamento di un accordo giuridicamente vincolante</i>	150
4. <i>Costituzione del diritto di garanzia e opponibilità del titolo</i>	163
5. <i>Le funzioni assolute dallo spossessamento: la consegna non è diretta a privare il costituente del godimento del bene vincolato</i>	172
6. <i>Inessenzialità dello spossessamento in relazione alla struttura del pegno e funzione di esteriorizzazione del rapporto in vista dell'opponibilità della garanzia ai terzi</i>	176
7. <i>Spossessamento e diritto di prelazione</i>	184

8. <i>Effetti ulteriori attribuiti allo spossessamento: inessenzialità ai fini della qualificazione della funzione pignoratività</i>	187
--	-----

SEZIONE II

9. <i>Il pegno su merci in lavorazione: dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 all'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122</i>	201
10. <i>Il pegno su titoli e strumenti finanziari</i>	212
11. <i>Il “nuovo” pegno mobiliare non possessorio</i>	224
12. <i>Osservazioni conclusive: i pegni senza spossessamento quali variazioni anomale del pegno tradizionale</i>	239
Indice bibliografico.....	244

INTRODUZIONE

L'art. 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 («*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*»), successivamente convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto nell'ordinamento italiano, seppur con notevole ritardo rispetto ad altri ordinamenti europei e non, una nuova figura di garanzia reale mobiliare, contraddistinta dall'assenza dello spossessamento: si tratta del cosiddetto “pegno mobiliare non possessorio”⁽¹⁾.

Il legislatore, con la dichiarata intenzione di venire incontro alle esigenze legate all'esercizio d'impresa⁽²⁾, ha voluto mettere a disposizione dell'autonomia privata uno strumento che sia in grado di assicurare la tutela del credito concesso e che, al tempo stesso, lasci al debitore (imprenditore iscritto nel registro delle imprese) la disponibilità materiale del bene gravato dal vincolo pignoratizio; marcando dunque una netta discontinuità rispetto ai principi cardine in materia di garanzie reali e, in particolar modo, del pegno⁽³⁾.

⁽¹⁾ Tra i primi commenti alla novità legislativa, si segnalano: E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 7, 2017, 1715 ss.; ID., *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 241 ss.: l'Autore, peraltro, stigmatizza la sovrabbondanza della locuzione, potendo il pegno avere ad oggetto esclusivamente beni mobili o crediti (*ivi*, 250); G.B. BARILLÀ, *Alcune osservazioni a margine del recepimento del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, 5 ss.; ID., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 583 ss.; M. LUCCI, *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in *Foro it.*, 2016, 2152 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, II, 231 ss.; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Ilcaso.it*; F. LAMANNA, “*Decreto banche*”: *iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il Civilista*, 2016, 11 ss.; I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 1380 ss..

⁽²⁾ Il pegno mobiliare non possessorio può garantire solo crediti concessi a imprenditori ed è costituito esclusivamente su beni destinati all'esercizio d'impresa o su crediti derivanti da (o inerenti a) tale esercizio.

⁽³⁾ In tal senso S. AMBROSINI, *op. cit.*, 4.

La nuova figura attua il superamento della necessità dello spossessamento quale presupposto di costituzione della garanzia e di opponibilità ai terzi del diritto di prelazione; pone in essere un affievolimento del principio di specialità, aprendo all'ammissibilità di una garanzia mobiliare avente ad oggetto beni individuati anche per tipologie o categorie funzionali, finanche in relazione al loro valore; introduce la possibilità di costituire una garanzia a favore di uno o più crediti, determinati o determinabili, anche in relazione a rapporti futuri, ferma restando la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, in tal modo positivizzando la prima ipotesi di pegno *omnibus* nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano; infine, semplifica le tecniche di realizzo dei diritti del creditore pignoratorio, allentando le rigide maglie del divieto del patto commissorio sancito all'art. 2744 c.c.

Sono questi solo alcuni tra i più significativi profili di novità che hanno caratterizzato il duplice intervento del legislatore tra la primavera e l'estate del 2016⁽⁴⁾.

Il nuovo pegno mobiliare non possessorio, quindi, ha come principale obiettivo quello di favorire l'accesso ai finanziamenti a tutti quei soggetti che svolgono un'attività d'impresa e che, pur avendo la possibilità di concedere beni in garanzia, allo stesso tempo non possono privarsene senza con ciò gravemente compromettere la loro attività economica⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Nella «*Relazione tecnica del Governo*» alla presentazione del d.d.l. n. 2362 sul d.l. 3 maggio 2016, n. 59, vengono menzionati quali criteri ispiratori della riforma: "a) superamento del requisito dello spossessamento quale presupposto di opponibilità ai terzi del diritto di prelazione e sua sostituzione con un regime di pubblicità personale; b) introduzione di un apposito registro informatizzato al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, stabilendosi che la garanzia prenda grado e sia opponibile ai terzi dal momento della sua iscrizione nel registro; c) affievolimento del principio di specialità e previsione dell'ammissibilità di una garanzia mobiliare avente ad oggetto beni individuati anche per tipologie o categorie funzionali e in relazione al loro valore, fermo restando il requisito della determinabilità per l'ipotesi di beni futuri; d) previsione dell'ammissibilità di una garanzia mobiliare costituita per uno o più crediti, determinati o determinabili anche in relazione a rapporti futuri, ferma restando la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito; e) accettazione del principio per cui, salvo diverso accordo delle parti, il soggetto costituente la garanzia ha la facoltà di utilizzare, nel rispetto della destinazione economica, i beni oggetto di garanzia; f) maggiore semplicità ed efficacia delle tecniche di realizzo dei diritti del creditore, previa adozione di specifiche misure volte alla tutela degli interessi del debitore concedente".

⁽⁵⁾ La nuova figura, come desumibile dall'intitolazione del Capo I del provvedimento («*Misure a*

Com'è noto, infatti, in virtù del regime codicistico la consegna (comunemente definita con il termine di spossessamento) del bene concesso in garanzia al creditore pignoratizio, o ad un terzo individuato di comune accordo dalle parti del contratto di pegno, è ritenuta indispensabile ai fini della costituzione del diritto di garanzia su beni mobili, o più correttamente della sua opponibilità ai terzi creditori⁽⁶⁾: l'art. 2786, comma 1, c.c. sancisce infatti: «*Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa*»⁽⁷⁾. Con la l. 119/2016, invece, il legislatore ha voluto mettere in condizione l'imprenditore di poter concedere in garanzia beni aziendali (quali, ad esempio, macchinari, merci, materie prime, etc.) e al tempo stesso consentirgli di continuare a utilizzarli nel corso dello svolgimento della propria attività di impresa.

La rigidità morfologica del pegno codicistico, che, ad oggi, costituisce l'unica tradizionale forma di garanzia su beni mobili nell'ambito dell'ordinamento interno, da tempo non è più parsa in grado di stare al passo con le esigenze di un'economia capitalista, con conseguenti effetti assai penalizzanti soprattutto per chi intenda

sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero credito»), si prefissa lo scopo, da un lato, di agevolare l'accesso delle imprese al finanziamento, e, dall'altro, di rafforzare la tutela dei creditori nella soddisfazione del loro diritto, semplificando le forme di recupero del credito e abbreviando i tempi di realizzazione coattiva del diritto.

⁽⁶⁾ Sul punto, è doveroso anticipare quanto sarà meglio sviluppato *infra*, al Cap. IV: mi riferisco, in particolare, al dibattito sviluppatosi in dottrina tra chi ascrive il pegno di cose mobili al novero dei contratti reali, individuando nello spossessamento, prima ancora che modo di acquisto del diritto di garanzia, un elemento perfezionativo del titolo contrattuale (è questo l'orientamento tradizionale, formatosi sotto il previgente Codice Civile del 1865, a cui hanno aderito, tra gli altri, S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 682; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3^a ed., Milano, 1994, 16); e chi, diversamente, distinguendo tra titolo e modo di acquisto del diritto di garanzia, ritiene pacificamente ammissibile un contratto consensuale di pegno, produttivo di effetti obbligatori tra le parti, nell'ambito del quale lo spossessamento è necessario al sol fine di consentire al creditore l'acquisto dello *ius prelationis* (tra gli altri, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 91; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 4^a ed., Bologna-Roma, 1992, 56). Per una sintesi esaustiva di entrambi gli orientamenti dottrinali, cfr. F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1991, 6.

⁽⁷⁾ Del resto, sul piano meramente etimologico è assai diffuso il convincimento che la parola pegno deriva da “*pignus*”, a sottolineare come l'essenza di tale garanzia reale consista nella consegna manuale e materiale della cosa gravata al creditore; cfr. GAIO, L. VI, *Ad legem duodecim tabularum*, in D. 50, 16, 238, 2: “*Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori datur, manu traduntur*”; v. *infra*, Cap. III, § 1 ss.

avviare, proseguire o incrementare un'attività d'impresa⁽⁸⁾; a tali rilievi critici evidenziati in diverse occasioni dalla più attenta dottrina, deve altresì aggiungersi un'ulteriore considerazione: le strette maglie in cui il codice civile del 1942 ha confinato la disciplina del pegno, rischiano di sottrarre l'ordinamento italiano al processo di armonizzazione degli altri sistemi giuridici europei, in totale contrasto con l'obiettivo, sempre più sentito, dell'approdo ad un diritto euro-unitario anche in materia di garanzie del credito⁽⁹⁾.

Le frizioni tra la disciplina codicistica del pegno tradizionale e, in generale, del sistema interno delle garanzie reali, da un lato, e le esigenze emerse nella prassi commerciale, dall'altro, si sono registrate sotto molteplici aspetti.

Innanzitutto – e ciò ha assunto particolare rilevanza nell'ambito del finanziamento alle imprese – sempre più sentita è stata la necessità di scongiurare l'immobilizzazione dei beni aziendali offerti in garanzia, al fine di favorirne l'utilizzo e lo sfruttamento economico da parte del debitore o del terzo concedente; contrariamente, infatti, si perverrebbe all'esito paradossale che nel concedere una garanzia reale mobiliare sia forte il rischio di determinare un rallentamento se non, addirittura, un arresto dell'attività economica del datore, con la conseguenza di accelerare la crisi dell'impresa.

⁽⁸⁾ Tuttavia profili di obsolescenza e anacronismo storico caratterizzano l'intero modello di garanzie reali presenti nel nostro ordinamento: sul punto, v. *infra*, Cap. II, § 1 ss.

⁽⁹⁾ Da tempo la dottrina ha messo in evidenza il problema dell'obsolescenza ed inadeguatezza del pegno tradizionale rispetto alle esigenze d'impresa; tra i principali contributi monografici sul tema: G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, 99 ss.; G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974, 194 ss.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, 46 ss. Diversamente che dal contesto italiano, nel resto dell'area europea da tempo si sono affermati, nell'ambito delle garanzie mobiliari, strumenti di fiducia a scopo di garanzia, oltre che una previsione generale di pegno senza spossessamento, al fine di ovviare a tutte le problematiche legate alla configurazione di un pegno basato sullo spossessamento del debitore o del terzo costituente: E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 643 [ma considerazioni analoghe anche in: ID., *Rotatività della garanzia*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 190 (già in *Digesto (disc. priv.)*, IV Agg., Torino, 2000)], richiama l'attenzione sulla progressiva evoluzione verso l'utilizzo di forme e tecniche di ampliamento della garanzia che si rivelano più adeguate alla realizzazione di un moderno diritto comune europeo delle garanzie mobiliari. Sul tema cfr., su tutti, A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, 11 ss.

In secondo luogo – e ciò, in un momento storico come quello attuale caratterizzato da una perdurante situazione di stagnazione economica, è stato avvertito in misura assai maggiore rispetto a quanto avvenuto in passato – a fronte dell’immobilismo legislativo nell’apportare significative innovazioni al settore delle garanzie reali, è stato per contro particolarmente intenso l’impegno con cui il ceto dei creditori e quello dei debitori si sono profusi in un comune sforzo finalizzato all’elaborazione di nuovi strumenti tesi a tutelare il credito erogato, ma, al tempo stesso, capaci di aggirare la rigidità del sistema interno delle garanzie reali e, in particolar modo, di superare la necessità dello spossessamento nell’ambito della disciplina del pegno, così da rendere più agevole l’accesso al finanziamento esterno nella gestione di impresa.

È in questa prospettiva, quindi, che, da una parte, sono da leggersi numerosi tentativi della prassi volti a elaborare schemi di protezione del credito alternativi a quelli tipici, caratterizzati dall’esigenza tanto di incrementare le tutele per i creditori in caso inadempimento da parte dei debitori, quanto di non privare questi ultimi della disponibilità materiale dei beni vincolati: tentativi che, tuttavia, hanno trovato terreno tutt’altro che fertile, scontrandosi con principi cardine del nostro ordinamento, quali la *par condicio creditorum*, la tipicità dei diritti reali e il divieto del patto commissorio⁽¹⁰⁾.

Ed è sempre nel medesimo solco che, dall’altra parte, si devono collocare gli ulteriori frutti dell’*opus* creativa dell’autonomia negoziale, quali il pegno rotativo e il pegno *omnibus*: fattispecie che mirano a rafforzare sensibilmente la posizione dei creditori, specie appartenenti al sistema bancario, con conseguente maggior disponibilità di questi ultimi a concedere credito a chi ne abbia bisogno e a concedere dilazioni di pagamento.

Orbene, da tali sommarie considerazioni è possibile cogliere un primo, importante spunto: i tentativi della prassi commerciale volti a plasmare schemi atipici di garanzie reali mobiliari, più duttili e più dinamici si caratterizzano per la loro stigmatizzazione alla tradizionale staticità del modello di garanzie reali offerto

⁽¹⁰⁾ Sul punto, v. *infra*, Cap. II, § 2 ss.

dal codice civile e soprattutto, con specifico riguardo alla disciplina del pegno, per il loro rifiuto al principio dello spossessamento, destinato inevitabilmente a causare un (non) utilizzo improduttivo dei beni offerti in garanzia.

Orbene, quest'ultimo proposito – predisporre strumenti di garanzia reale mobiliare più elastici, lontani dal rigore formalistico della disciplina codicistica e, quindi, più efficienti – è stato rivendicato dal legislatore in occasione dell'intervento del maggio 2016. Dalla relazione tecnica del Governo che accompagna la presentazione del d.d.l. n. 2362 sul d.l. 3 maggio 2016, n. 59, emerge infatti con chiarezza che la previsione del pegno non possessorio è stata introdotta “per semplificare e rendere più flessibile il sistema delle garanzie” e, quindi, per favorire le imprese in caso di accesso al credito, posto che “l'impianto tradizionale del diritto delle garanzie reali mobiliari, di cui al codice civile del 1942, appare ormai largamente superato, alla luce delle profonde trasformazioni nel sistema economico e del contesto degli scambi, dando luogo ad un regime delle garanzie rigido e disfunzionale”⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Volendo dare un sintetico sguardo d'insieme alla nuova disciplina, è possibile anzitutto osservare che gli imprenditori possono costituire un pegno non possessorio esclusivamente su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa (ad esclusione, ovviamente, dei beni mobili registrati) per garantire i crediti loro concessi inerenti all'esercizio dell'impresa. Il debitore-imprenditore (o il terzo) concedente il pegno è autorizzato, innanzitutto, a conservare il possesso del bene, ciò che è implicito nella denominazione di pegno non possessorio (ossia di un pegno che non implica lo spossessamento, la consegna del bene a favore del creditore). Inoltre il debitore, nel contesto del processo produttivo riguardante il bene oggetto di garanzia, può anche trasformare i beni gravati da pegno o alienarli. In tal caso il pegno si trasferisce automaticamente sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene oppignorato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti novazione ossia costituzione di una nuova garanzia (commi 1 e 2 dell'art. 1). Il contratto costitutivo del pegno, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto e contenere determinate indicazioni (indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito). Il pegno non possessorio produce effetti nei confronti dei terzi esclusivamente con l'iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «Registro dei pegni non possessori»; dalla data dell'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure concorsuali (commi 3 e 4). Anche l'iscrizione nel menzionato registro deve contenere determinate indicazioni, in particolare riguardo al creditore, al debitore e al terzo datore del pegno, se presente, al bene dato in garanzia e al credito garantito (comma 6). Al comma 7 dell'art. 1, infine, si prevede che al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno (in particolare, in caso di inadempimento del debitore), il creditore ha la facoltà, secondo particolari modalità ivi previste e che poi esamineremo nel dettaglio, di

Ad un approccio maggiormente analitico al nuovo pegno mobiliare non possessorio, ciò che colpisce l'interprete è certamente il principale elemento di novità apportato dalla riforma, nonché il tratto caratteristico essenziale del nuovo tipo di pegno: la possibilità, per il creditore pignoratizio, di acquisire il diritto di garanzia attraverso una modalità alternativa allo *spossessamento*. All'imprenditore, infatti, è concesso di costituire un pegno su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa senza doversi privare della loro disponibilità materiale, con la conseguenza pratica di poter continuare ad utilizzare il bene gravato nel ciclo produttivo e finanche a disporre dello stesso⁽¹²⁾.

Ora, pur non volendo sminuire la prorompente portata innovativa del decreto del 2016, occorre tuttavia evidenziare come essa non abbia rappresentato una novità in termini assoluti nella nostra esperienza giuridica.

Diversamente, invece, l'intervento del legislatore si colloca in un percorso di evoluzione normativa che, seppur a singhiozzo e in maniera assai disorganica, già aveva visto la creazione di diverse ipotesi, limitate a specifici ambiti settoriali, di pegni caratterizzati dalla completa assenza della consegna del bene al creditore: il pegno sui prosciutti a denominazione di origine controllata disciplinato dalla l. 24 luglio 1985, n. 401, la cui normativa è stata successivamente estesa al pegno sui prodotti lattiero-caseari dalla l. 27 marzo 2001, n. 122; il pegno su titoli dematerializzati e su strumenti finanziari dematerializzati, inizialmente disciplinato dal d.lgs. 58/1998, poi dal d.lgs. 213/1998, dalle relative deliberazioni attuative della Banca d'Italia e della CONSOB e dai decreti ministeriali 31 luglio 1998 e 27 novembre 1998 per la regolamentazione dei titoli di stato, e, da ultimo, oggetto di specifica

procedere alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, oppure di procedere alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, o infine, a certe condizioni, di appropriarsi dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita.

⁽¹²⁾ G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 2016, 828, nt. 66: "Le caratteristiche di siffatta garanzia mobiliare sono ad un tempo quelle del pegno *omnibus*, del pegno su cosa futura, del pegno anomalo e di quello rotativo/flottante in quanto se, da una parte, si prevede che il pegno possa essere costituito su beni non ancora esistenti e per crediti anche futuri (commi 1 e 2), dall'altra, si prevede la migrazione della garanzia sul prodotto dell'eventuale trasformazione/cessione dell'oggetto originario".

regolamentazione nella disciplina in materia di contratti di garanzia finanziaria, in attuazione della direttiva 2002/47/CE (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170)⁽¹³⁾.

La novità del pegno mobiliare non possessorio, pertanto, costituisce un'importante occasione per soffermarsi ad analizzare, *in primis*, le ragioni circa l'inadeguatezza del tradizionale modello italiano delle garanzie reali (in particolar modo quelle mobiliari); i conseguenti tentativi della prassi diretti ad aggirare il principio dello spossessamento; e, da ultimo, i motivi che hanno spinto il legislatore ad assumere l'iniziativa e introdurre una figura maggiormente *generalizzata* di pegno senza spossessamento.

Ma rappresenta anche un'occasione per procedere all'analisi, a partire dal diritto romano, dell'evoluzione del pegno quale tradizionale forme di garanzia reale su beni mobili fondata sulla *traditio* della *res* al creditore garantito; allo studio, sempre nell'ambito della disciplina del pegno, delle funzioni concretamente ascrivibili allo spossessamento e della pretesa essenzialità del ruolo giocato da quest'ultimo nell'ambito dello schema configurativo della garanzia pignorizia e, infine, del progressivo passaggio dal modello tradizionale di pegno, caratterizzato dallo spossessamento, ai nuovi pegni non possessori, anomali in quanto attuativi una deviazione dal modello codicistico, operanti in delicati settori quali quello finanziario e quello commerciale.

⁽¹³⁾ Come stato osservato, l'intervento del legislatore del 2016 ha suggellato "la generalizzazione [...] di tre paradigmi normativi: le ll. n. 401 del 1985 e n. 122 del 2001 in materia di pegno sui prodotti agroalimentari per quanto riguarda l'assenza dello spossessamento e la rotatività; l'art. 46 d.lgs. n. 385 del 1993 (T.u.b.) in tema di privilegio speciale convenzionale per quanto riguarda la rotatività; il d.lgs. n. 170 del 2004 di recepimento della Direttiva 2002/47/CE in materia di *financial collateral* per quanto riguarda i rimedi in autotutela nell'escussione e la stessa rotatività" (F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., 231 s.).

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

GARANZIE E SPOSSESSAMENTO NELL'AMBITO DEL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Finanziamento esterno nella gestione di impresa e garanzia. Evoluzione delle esigenze di sicurezza del credito. – 2. Garanzia generica e garanzie specifiche: precisazioni concettuali e diversità funzionale. – 3. Il pegno quale tipica forma nominata di garanzia nell'ambito delle operazioni di finanziamento esterno nella gestione d'impresa. – 4. Il pegno a confronto con le attuali esigenze emerse nella prassi commerciale e finanziaria. La «crisi» dei modelli tipici di garanzia mobiliare. – 5. Necessità di superare lo spossessamento: le garanzie mobiliari non possessorie quali strumento in grado di soddisfare le esigenze di una moderna economia di mercato.

1. *Finanziamento esterno nella gestione di impresa e garanzia. Evoluzione delle esigenze di sicurezza del credito.*

Quella delle garanzie del credito è materia che, più di altre, si è dimostrata particolarmente sensibile allo sviluppo delle moderne economie industriali e capitalistiche, caratterizzate da una sempre maggiore globalizzazione e internazionalizzazione: infatti, è elemento comune a quasi tutte le esperienze giuridiche contemporanee il susseguirsi, in tale delicato settore del diritto privato, di importanti innovazioni, le più delle quali strettamente legate alle nuove esigenze progressivamente impostesi nella vita di relazione e negli affari⁽¹⁾.

Tali premesse costituiscono un irrinunciabile punto di partenza da cui muovere ogni ulteriore speculazione, dal momento che consentono di cogliere appieno la complessità del fenomeno che ci si accinge ad indagare, e cioè quello dei “profili evolutivi”⁽²⁾ delle garanzie reali mobiliari e, in particolar modo, del pegno.

⁽¹⁾ Lo osserva G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, 10.

⁽²⁾ La locuzione, utilizzata da C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in *Il Fallimento*, 2002, 925, viene riproposta nella monografia di F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*,

L'idea di una regola giuridica che gioca la parte di perenne inseguitrice della prassi, così da adeguarsi alle sue costanti evoluzioni, costituisce un'immagine a cui gli interpreti hanno fatto ampio ricorso⁽³⁾: e proprio a quest'ultimo riguardo, la materia delle garanzie del credito, e in particolare quella dei modelli di garanzia reale mobiliare, rappresenta un punto d'osservazione privilegiato da cui analizzare come il sistema economico, fisiologicamente in continuo mutamento, abbia sollecitato ora l'interprete, ora l'autonomia privata, nonché, da ultimo, i vari legislatori nazionali, alla ricerca di sempre più adeguate soluzioni sul piano giuridico al fine di far fronte alle nuove problematiche emerse nella prassi⁽⁴⁾.

Queste prime, sommarie considerazioni sono destinate ad assumere una portata ancor più rilevante nel momento in cui si consideri il ruolo sempre più incisivo che il fattore finanziario (o creditizio) ha assunto nelle dinamiche di tutte le avanzate economie occidentali, determinando il definitivo passaggio da un'economia prevalentemente rurale, ad una prevalentemente industriale e capitalistica, o di mercato che dir si voglia, fondata sui pilastri della transnazionalità degli scambi e del dinamismo e celerità nelle operazioni commerciali e finanziarie: la produzione industriale di massa⁽⁵⁾, il cui inizio si fa tradizionalmente risalire al XIX secolo e che ha conosciuto, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, una definitiva affermazione su scala globale, ha costituito una storica rivoluzione, foriera tanto di molteplici novità rispetto alle tradizionali prassi dei rapporti commerciali (da più efficaci tecniche lavorazione e produzione delle merci, all'ampliamento di quello

Napoli, 2004.

⁽³⁾ Sul punto, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2010, 112.

⁽⁴⁾ In questo senso, C. PROTO, *op. cit.*, 927 s. Osserva M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, 166: “il settore che più di ogni altro ha attirato l'attenzione degli interpreti, della prassi e dello stesso legislatore” è quello delle “garanzie mobiliari”. Tuttavia, la spinta innovatrice della prassi (soprattutto commerciale) non si è arrestata alla sola materia delle garanzie reali, ma ha interessato anche quella delle garanzie personali: a quest'ultimo proposito, particolarmente significativo è lo sviluppo conosciuto dal contratto autonomo di garanzia, quale alternativa al contratto di fideiussione elaborata dall'autonomia privata (cfr. in tema P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2014, 441 ss.). Sulla nozione di garanzia mobiliare e sulla distinzione tra garanzia e garanzie in senso tecnico, v. *infra*, § 2.

⁽⁵⁾ Definita da T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Studi in onore di Messineo*, VI, Milano, 1959, 101, come “fatto fondamentale della civiltà moderna”.

spazio finalizzato alla gestione degli affari e agli scambi, comunemente definito mercato), quanto, se non soprattutto, di nuove istanze ed esigenze da parte di tutti gli operatori di settore⁽⁶⁾.

Una prima conseguenza della produzione industriale su scala globale e della – correlativa – moderna connotazione del diritto degli affari, è stata quella di contribuire in maniera determinante alla crescita dei consumi e all’affermarsi di un diverso modo di gestire l’attività di impresa, caratterizzato dalla necessità, per tutti quei soggetti esercenti un’attività economica organizzata, di reperire all’esterno i capitali necessari per avviarla e proseguirla⁽⁷⁾.

Il progressivo imporsi delle nuove tecniche di gestione d’impresa – connotate dalla centralità del fattore creditizio – ha dunque posto innanzi alla prassi, prima, e ai legislatori nazionali, poi, la non semplice sfida di tenere il passo con il rapido mutare dell’economia e così predisporre adeguati strumenti volti a soddisfare tutte le nuove esigenze sottese al fenomeno del finanziamento esterno nella gestione economica d’impresa.

Ora, tutto ciò ha messo in luce l’oggettiva obsolescenza di numerosi istituti giuridici, la cui disciplina era ancora fortemente legata alle dinamiche di una società *antica*, precedente al definitivo affermarsi della c.d. *seconda rivoluzione industriale*⁽⁸⁾; e,

⁽⁶⁾ Per una visione complessiva sull’evoluzione nel corso dei secoli del mercato europeo e delle sue prassi commerciali, nonché sulle loro ripercussioni in ambito giuridico, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1992, *passim*.

⁽⁷⁾ Lo osserva A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, 1 ss.; anche C. PROTO, *op. cit.*, cit., 925, sottolinea lo stretto collegamento intercorrente tra la materia delle garanzie a tutela del credito (non soltanto quelle reali) e lo sviluppo delle economie industriali; cfr. R. MARSEGLIA, *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, 103: “in un sistema economico che ha visto la crescita dell’impresa e dei consumi direttamente connessa all’accesso ai finanziamenti, la tutela del credito si è imposta come l’unità di misura dell’affidabilità e dell’efficienza del mercato ed è stata da subito destinata a rappresentare uno dei nodi centrali del dibattito in materia di rapporti di diritto patrimoniale”. Sul tema, in generale si v. G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell’impresa e tutela dei finanziamenti. L’esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974, 19 ss.

⁽⁸⁾ In tema di seconda rivoluzione industriale, per un’approfondita analisi in chiave storica su come le trasformazioni susseguitesesi in Occidente tra il XIX e il XX secolo in tutti i settori dell’attività produttiva (dall’industria all’agricoltura, ai servizi) hanno contribuito in maniera determinante a mutare le strutture economico-sociali del tempo, i costumi, i rapporti fra le classi, nonché la mappa degli scambi e delle relazioni internazionali, segnando il progressivo passaggio ad una economia

soprattutto, ha fatto sì che emergesse tra gli operatori di settore una generale insoddisfazione rispetto a un apparato di garanzie del credito assolutamente inadeguato, poiché pensato dal legislatore dell'epoca per far fronte alle necessità di un'economia ancora precapitalistica, fortemente orientata alla conservazione della ricchezza privata, piuttosto che alla sua produzione⁽⁹⁾.

È possibile, dunque, mettere un primo punto fermo al nostro discorso: in un'economia moderna, aperta e dinamica, nella quale lo sviluppo dei consumi e il progredire delle attività d'impresa sono strettamente vincolati alle modalità di accesso al finanziamento esterno, il fattore creditizio ha progressivamente assunto un ruolo sempre più centrale nella produzione, nello scambio e nel consumo della ricchezza⁽¹⁰⁾; parallelamente, la crescente centralità del fattore creditizio, ha contribuito a far emergere il bisogno, da parte dei creditori coinvolti nelle predette operazioni di finanziamento, di acquisire mezzi idonei, capaci di porli al riparo dal rischio di insolvenza del soggetto finanziato: pertanto, è corretto affermare che l'intera materia delle garanzie del credito, quantomeno a partire dallo scorso secolo, si è venuta ad innestare sul costante flusso dei finanziamenti concessi anzitutto alle imprese e, in secondo luogo, pur con modalità diverse e comunque in misura inferiore, ai privati consumatori⁽¹¹⁾. Il che, tenendo conto del ruolo privilegiato di

globale e capitalistica, v. V. CASTRONOVO, *Storia dell'economia mondiale*, IV, *Tra espansione e recessione*, Bari, 2000, *passim*.

⁽⁹⁾ In tal senso, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 3 s.: l'Autore, dopo aver stigmatizzato in termini generali l'inadeguatezza degli schemi tipici delle garanzie del credito (sia reali, che personali), sottolinea come la necessità di elaborare nuovi strumenti di tutela, oltre che una reazione a tale inefficienza, costituisce il riflesso "dell'emergere di nuove esigenze di carattere sostanziale". Sempre a tal proposito, osserva M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004, 3: "La prassi commerciale ha guidato così il destino di numerosi istituti segnandone in alcuni casi il tramonto ed in altri il rinnovamento ed il successo. Il crescente fervore della vita economica ha infatti determinato lo sviluppo e la diffusione di strumenti più elastici e duttili, adatti a favorire la rapida circolazione dei beni e dei diritti". In tema, cfr. altresì G. PERLINGERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 21: l'Autore rileva come "la globalizzazione e l'internazionalizzazione dei mercati [abbiano favorito] la diffusione di fattispecie «atipiche» o, addirittura, «aliene» al legislatore e, in alcuni casi, anche alle prassi nazionali".

⁽¹⁰⁾ Così L. PIAZZA voce *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 4 s.; nello stesso senso G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 27.

⁽¹¹⁾ Peraltro, essendo quest'ultimo fenomeno molto più recente rispetto a quello del finanziamento nell'ambito della gestione d'impresa: v. *infra*, § 3, nt. 24.

finanziatore esterno che progressivamente è venuto a ricoprire nell'ambito delle varie operazioni di concessione del credito, equivale a dire che il settore delle garanzie si è innestato sul sistema bancario⁽¹²⁾.

In linea generale, le garanzie agiscono all'interno della relazione economica intercorrente tra debitori e creditori, tramite un duplice meccanismo: anzitutto, esse contengono i rischi legati all'inadempimento del debitore, poiché in tale eventualità il bene stanziato potrà essere utilmente aggredito dal creditore privilegiato; in secondo luogo, attenuano la necessità del creditore di cautelarsi da comportamenti opportunistici del debitore. Il costo del finanziamento, infatti, è predeterminato in base alla rischiosità che il debitore ha all'inizio del rapporto. Questo aspetto può fornire al debitore un incentivo a impiegare le somme per progetti più aleatori rispetto a quanto inizialmente dichiarato, senza sopportarne integralmente i costi; o ancora, lo stesso debitore potrebbe porre in essere azioni che riducono la propria capacità di estinguere il debito in futuro. Ebbene, la presenza della garanzia interviene anche sotto quest'ultimo profilo, mitigando tali pericoli e sollevando, quantomeno in parte, il creditore da costi di monitoraggio che possono rivelarsi particolarmente onerosi. Si può affermare, quindi, che le garanzie esplicano un

⁽¹²⁾ Così A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritto reale di)*, in *Digesto (disc. priv.)*, VIII, Torino, 1992, 604 s. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 24, afferma che la garanzia “serve quindi a ridurre il rischio di non rientro (recupero) del credito, quel rischio, enucleato dalla dottrina economica in un'ampia trama di rischi, che si individua nella insolvibilità del debitore”; analogamente, v. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, 291. D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2969, spec. nt. 1, osserva come, dati statistici alla mano, il ricorso a finanziamenti esterni è un fenomeno che interessa soprattutto le piccole-medie imprese, mentre, all'opposto, per le società di capitali con fatturati mediamente superiori ai quindici milioni di Euro, l'accesso al credito e ai correlativi meccanismi di garanzia è sensibilmente inferiore; sul quest'ultimo aspetto, si rimanda alle puntuali osservazioni di R. BARONTINI, *Il ruolo delle garanzie nella protezione del credito bancario: un'analisi empirica su un campione di piccole e medie imprese*, in *Le garanzie del credito alle imprese*, CAPRIO-PRESTI (a cura di), Torino, 2001, 111 ss. Cfr. G. BISCONTINI, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, 157: l'Autore evidenzia come l'attività d'impresa avesse assunto funzione determinante in base all'accesso ai finanziamenti esterni a partire dagli anni '80. Sullo stretto legame tra diritto di credito e garanzia, cfr. G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 183 ss.; C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, cit., 925, il quale osserva: “in presenza dell'insolvenza del debitore, si attenua la rilevanza della comune intenzione delle parti [coinvolte nel rapporto obbligatorio, n.d.a.] ed assume rilevanza la tutela dei terzi creditori che devono trovare soddisfacimento sul patrimonio del debitore”.

duplice effetto positivo sull'offerta di credito: agevolano l'accesso del richiedente a liquidità nuova o maggiore; comprimono il costo del finanziamento e quindi il tasso di interesse concretamente applicato, rispetto a quello altrimenti praticato.

Preso atto della centralità del fattore creditizio e dei benefici apportati da un adeguato sistema di garanzie, le sollecitazioni provenienti dallo sviluppo delle moderne economie di mercato⁽¹³⁾ possono essere così sintetizzate: l'opportunità di snellire le procedure di accesso al credito, così da favorirne la circolazione, incoraggiarne la concessione e, da ultimo, accrescere il numero di soggetti potenzialmente ammessi a ottenerlo; e, in considerazione del fatto che sulla possibilità di un'effettiva erogazione dei finanziamenti incide in maniera rilevante la disciplina delle garanzie "sia sotto il profilo dell'essenziale bisogno di sicurezza che con esse vuole soddisfare il creditore, sia con riguardo alla capacità del debitore di prestarle ed alla loro economicità", la necessità di mettere a disposizione del creditore efficaci strumenti di tutela (le cc.dd. garanzie del credito) capaci di rendere le operazioni di finanziamento, per lui le più sicure possibile⁽¹⁴⁾.

Orbene, così inquadrati i termini del discorso, la prima parte del presente lavoro è dedicata alla ricostruzione dello stato dell'arte relativo al sistema interno delle garanzie reali mobiliari, anche in una prospettiva comparatistica, dal momento che queste ultime si sono storicamente dimostrate quelle a cui gli operatori di settore hanno fatto maggior ricorso nell'ambito delle operazioni di finanziamento. Ci si soffermerà, poi, con particolare attenzione: sul meccanismo dello spossessamento

⁽¹³⁾ Di particolare rilevanza sono le osservazioni di T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, Milano, 2010, 46 ss., 57 ss. e 61 ss., il quale distingue tra tre tipi distinti di economia di mercato, tra loro strettamente interdipendenti: l'economia *commerciale*, basata sugli scambi, nella quale il finanziamento delle attività economiche si fonda in via tendenziale su operazioni economiche a breve termine; l'economia *industriale*, basata principalmente sulla trasformazione e produzione di beni, nella quale il finanziamento delle attività economiche si fonda in via tendenziale su operazioni economiche a medio-lungo termine; l'economia *finanziaria*, i cui momenti centrali risiedono nell'investimento di capitali e nella copertura dei rischi assunti.

⁽¹⁴⁾ L. PIAZZA, voce *Garanzia. I) Diritto civile*, cit., 4. Osserva M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 167: "allorché il ricorso al credito si afferma come una tecnica razionale della gestione dell'impresa, il ruolo strategico assunto dai finanziatori finisce col rafforzare le richieste di questi ultimi di sfuggire alla sorte dei comuni creditori". Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 104.

che caratterizza la disciplina della tradizionale garanzia convenzionale mobiliare, cioè il pegno; sull'inadeguatezza di quest'ultimo a tutelare efficacemente i finanziamenti concessi nell'ambito della gestione d'impresa a fronte delle attuali esigenze tanto del ceto dei debitori, quanto di quello dei creditori; e, quale conseguenza di tale inefficienza, sull'analisi delle diverse alternative elaborate dall'autonomia privata, e predisposte dal legislatore speciale, al fine di aggirare (le prime), o derogare (le seconde), il requisito dello spossessamento, in modo tale da poter disporre di garanzie mobiliari non possessorie.

2. Garanzia generica e garanzie specifiche: precisazioni concettuali e diversità funzionale.

I principali aspetti problematici che si prospettano innanzi all'interprete che approccia la materia delle garanzie del credito consistono, come accennato in precedenza, nella necessità di soppesare la loro effettiva capacità di offrire risposte adeguate alle esigenze emerse nella prassi commerciale, industriale e finanziaria.

Tuttavia, prima di procedere all'analisi dell'apparato interno delle garanzie reali, ai fini di una maggior chiarezza espositiva – pur anticipando qui concetti che saranno comunque ripresi e approfonditi più avanti – non è possibile sottrarsi al tentativo di puntualizzare l'esatta portata del concetto stesso di garanzia. Operazione, quest'ultima, tutt'altro che semplice, dal momento che il legislatore utilizza tale voce per indicare fattispecie tra loro profondamente diverse sotto un punto di vista strutturale⁽¹⁵⁾, i cui unici tratti comuni sono rinvenibili esclusivamente

⁽¹⁵⁾ Particolarmente rilevanti sono le osservazioni di G. BISCONTINI, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, cit., 58 ss., il quale pone l'accento sul rischio intrinseco ad una nozione ampia di garanzia, poiché "intorbida" la distinzione tra negozi di assunzione del debito e negozi di garanzia. Cfr. G. TUCCI, voce *Garanzia* in *Digesto (disc. priv.)*, VIII, Torino, 1992, 581 s., il quale si sofferma sulle diverse scelte terminologiche adottate da ordinamenti stranieri, che evitano l'utilizzo di un unico termine "garanzia" omnicomprensivo: così quelli di *common law* definiscono *security* la garanzia del credito (reale o personale); *guarantee*, invece, una garanzia personale assimilabile alla fideiussione; *warranty* la garanzia prestata dal venditore per i vizi della cosa venduta; il sistema tedesco, invece, utilizza per indicare la garanzia del credito il termine *sicherheit*; viceversa, la parola *garantie* viene

a livello funzionale: e cioè, assicurare ora l'adempimento di un'obbligazione, ora il godimento di un diritto⁽¹⁶⁾.

Il concetto di garanzia su cui è necessario focalizzare l'attenzione dev'essere limitato a quello maggiormente circoscritto e tecnico di garanzia specifica dell'obbligazione (o garanzia in senso specifico o tecnico), da intendersi, in termini

utilizzata in un'accezione molto più generica. Sulla nozione di garanzia e sui molteplici significati che tale termine può assumere, cfr. altresì U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, 3 s.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, cit., 183 ss. Osserva M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 448 s.: “si parla di garanzia con riferimento al complesso patrimoniale del debitore, sul quale tutti i creditori possono soddisfare le rispettive ragioni mediante l'esecuzione forzata, se ne parla con riguardo alle cause di prelazione derivanti dal pegno, dall'ipoteca e dai privilegi; se ne discorre in ordine alla dazione di pegno o di ipoteca da parte del terzo; se ne tratta con riferimento all'assunzione dell'obbligazione di eseguire la prestazione altrui ove non sia adempiuta e, in determinati casi ove il debitore diventi insolvente (fideiussione); se ne ragiona per la dazione in avallo e per il rilascio di cambiale a fine di agevolare l'attuazione del credito o, allo stesso fine, per la consacrazione in un atto pubblico di un'obbligazione di somma di danaro; garanzia si avrebbe nella dazione di cosa produttiva perché il creditore si soddisfi mediante l'appropriazione dei frutti (anticresi); si è ritenuto che può darsi funzione di garanzia alle vendite risolubili, alla cessione dei crediti, alla delegazione, alla stessa obbligazione solidale; garanzia implicherebbe infine anche l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria, il sequestro conservativo, l'opposizione al pagamento, la compensazione di cui all'art. 56 l. fall., la ritenzione. Si discute però, nel contempo, di garanzia per evizione o per vizi (vendita, appalto), per molestie (locazione di cose), del *nomen bonum* e del *nomen verum* (cessione dei crediti e cessione del contratto); si parla di responsabilità per garanzia nei casi della cosiddetta responsabilità oggettiva o per rischio e di garanzia impropria a proposito della responsabilità di chi, non adempiendo, ha provocato un inadempimento dell'altro contraente verso i terzi; vi sarebbe accollo di garanzia quando vi è assunzione delle conseguenze implicanti una perdita o una mancanza di utilità che dovrebbe gravare sulla sfera dell'altra parte (cosiddetto contratto di garanzia); vi sarebbe prestazione di garanzia ove si assuma l'obbligo di corrispondere una indennità al verificarsi di un determinato evento o di risarcire il danno che un determinato evento ha cagionato (assicurazione); vi sarebbe garanzia anche nell'obbligazione del girante per il caso di mancata accettazione o di mancato pagamento”; e conclude affermando: “nel concetto di garanzia si fanno rientrare fattispecie non omogenee”, e ciò poiché “con una sola parola si designano [...] situazioni disparate; e ne è certo causa la povertà del nostro linguaggio giuridico” (sul problema della povertà del nostro linguaggio giuridico, cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 42 ss.). E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 5 (già in *I contratti di garanzia finanziaria*, MATROPAOLO (a cura di), in *Trattato dei contratti* RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006) evidenzia come il concetto di garanzia non si attegga quale figura unitaria ed omogenea, ma presenta numerose incertezze, sia per quanto concerne l'esatta delimitazione del suo ambito sia per quanto concerne l'individuazione dei criteri di configurazione teorica del fenomeno, e aggiunge che proprio per questi motivi “la dottrina è costretta a mantenersi entro confini ampi, caratterizzando la nozione con definizioni generali e, per ciò stesso, poco significative”.

generali, come figura attuativa di un rafforzamento delle pretese del creditore nei confronti del debitore, così da aumentare le aspettative del primo a veder soddisfatto il proprio interesse, e che è associabile ad una eterogenea gamma di strumenti giuridici. In altri termini, la funzione di garanzia in senso specifico non è ravvisabile in un qualsiasi mezzo che si limiti a concorrere al soddisfacimento del credito, ma ricorre solamente o laddove sia concesso al creditore il diritto di prelazione, e cioè il diritto di soddisfarsi in sede esecutiva sui beni offerti in garanzia con preferenza rispetto a tutti gli altri creditori (così configurandosi una garanzia reale)⁽¹⁷⁾, oppure quando il soddisfacimento del diritto del creditore è agevolato dalla concorrente responsabilità personale, in relazione allo stesso debito, di un altro soggetto, o meglio di un altro patrimonio (così configurandosi una, diversa, garanzia personale)⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Sono tali il pegno e l'ipoteca, che incidono direttamente sul patrimonio del debitore o del terzo e conferiscono al creditore il diritto di soddisfarsi in via preferenziale in relazione a uno o più beni oggetto di garanzia, che compongono quel medesimo patrimonio: v. A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., 602; A. MONTEL, voce *Garanzia (diritto reale di)*, in *Noviss. dig. It.*, VII, Torino, 1961, 744; A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Digesto (disc. priv.)*, IX Agg., Torino, 2015, 275, precisa che alla nozione di garanzia reale vadano ricondotti, oltre che le tradizionali figure di pegno e ipoteca, “anche altri accordi che in pratica si concretizzano in un finanziamento e in base ai quali il valore economico di uno o più beni è vincolato alla soddisfazione in via preferenziale alla pretesa del creditore, come il trasferimento della proprietà e la cessione del credito in garanzia [...] o ancora il riservato dominio e il *leasing*”. Nello stesso senso cfr. L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, 727, il quale assume come nozione di garanzia “non i ristretti paradigmi di addizione di un rapporto reale (pegno e ipoteca) o obbligatorio (fideiussione) a quello garantito, ma la più ampia accezione di *sicurezza del credito*”.

⁽¹⁸⁾ Sono tali, viceversa, quelle che rafforzano la posizione del creditore originando un vincolo obbligatorio a carico di un soggetto terzo (detto garante), distinto da quello intercorrente con il debitore principale, per il pagamento del debito di quest'ultimo: v. M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, cit., 455 s. Sulle garanzie in senso specifico, si vedano: A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., 603: “si ha garanzia specifica dell'obbligazione quando al creditore viene concesso un diritto di prelazione su determinati beni del debitore o eventualmente su beni di un terzo (garanzia reale) oppure quando il soddisfacimento del diritto di credito è agevolato dalla concorrente responsabilità personale per lo stesso debito di un altro soggetto”; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 1004: “[la garanzia specifica] si attua o attraverso l'imposizione di un vincolo di prelazione su un bene o una categoria di beni, propri del creditore o di terzi (garanzia reale) o attraverso la messa a disposizione del patrimonio di un terzo (garanzia personale)”. Cfr. altresì F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 37 afferma: “È possibile [...] individuare un'unitarietà funzionale nell'area delle garanzie specifiche tra garanzie reali e

In entrambi i casi, infatti, nuove e ulteriori possibilità di realizzazione del diritto si aggiungono a quelle già rinvenibili nell'ambito degli ordinari strumenti che l'ordinamento giuridico appresta al creditore per il sol fatto che esiste un rapporto obbligatorio⁽¹⁹⁾.

Ora, in base alle considerazioni che precedono, è possibile comprendere la netta differenza che intercorre tra la garanzia, o meglio le garanzie in senso specifico, da una parte, e la garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. (responsabilità patrimoniale del debitore), dall'altra: con riguardo a quest'ultima, infatti, il legislatore, nel sancire che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni presenti e futuri, si limita ad attribuire al creditore il potere di agire in via esecutiva sul patrimonio del debitore, facendo valere quella responsabilità patrimoniale che è intrinseca all'idea stessa di rapporto obbligatorio.

Se, da un lato, “i beni del debitore sono soltanto i mezzi che l'ordinamento giuridico pone a disposizione del creditore per l'azione esecutiva” e, dall'altro, tale potere “spetta ad ogni creditore in pari guisa”, si è osservato come l'art. 2740 c.c. “non potrebbe mai essere manifestazione di un diritto di garanzia [in senso tecnico], non potendo essere tale quello che qualsiasi creditore può escludere, limitare, pregiudicare con la propria azione; e che nemmeno collettivamente appartiene a tutti i creditori, perché nessuno di essi è tenuto ad agire in concorso di tutti gli altri o a provocarne l'intervento nel procedimento espropriativo”⁽²⁰⁾.

personali”.

⁽¹⁹⁾ L. PIAZZA, voce *Garanzia*. I) *Diritto civile* cit., 3: “si parla di «garanzie specifiche» o anche di «garanzie aggiuntive» [...] per indicare che si tratta di elementi posti ad integrare e rafforzare un apparato di sicurezza del credito già presente nel rapporto obbligatorio”.

⁽²⁰⁾ M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, cit., 452. Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 34: l'Autrice, pur obiettando che non vi sarebbe a priori ragione per “escludere che la garanzia si possa considerare tale anche quando prevista a favore di tutti i creditori e non di uno solo” poiché “se è vero che la destinazione dei beni del debitore all'esecuzione forzata caratterizza l'obbligazione in sé [...] è pur vero che tale destinazione ed il conseguente vantaggio sono assicurati proprio dalla possibilità che il patrimonio del debitore venga conservato integro” e che pertanto “in quest'ottica si può dire che il complesso dei beni del debitore assolve una funzione di garanzia”, prende atto che nel voler discorrere in termini unitari di garanzia generica e garanzie specifiche, si sia “costretti ad utilizzare formule quanto mai vaghe [e pertanto di scarsa utilità *n.d.r.*] tese a “far rientrare nel concetto di garanzia qualunque mezzo inteso ad *assicurare* l'adempimento di un'obbligazione”. Pertanto l'Autrice conclude che “l'essenza della garanzia [vada individuata] nell'idoneità di

Oltre a ciò, è possibile individuare un ulteriore argomento a sostegno della contrapposizione concettuale tra garanzia generica e garanzie specifiche: infatti, se è vero che l'art. 2740 c.c., unitamente al successivo art. 2741 c.c., costituisce il fondamento del principio della *par condicio creditorum*⁽²¹⁾, è parimenti indubbio che, all'opposto, le garanzie specifiche costituiscono le sue naturali eccezioni. Il principio in parola, infatti, può essere derogato solamente per due vie, e cioè: o *direttamente*, quando sul patrimonio del debitore viene creata una preferenza individuale in relazione ad uno o più beni che lo compongono (garanzia reale); ovvero *indirettamente*, quando il principio della *par condicio creditorum* viene formalmente rispettato per quanto attiene il patrimonio del debitore, ma allo stesso tempo il creditore viene favorito dall'insorgenza di un vincolo obbligatorio a carico di un terzo soggetto (garanzia personale)⁽²²⁾.

rafforzare l'aspettativa di soddisfazione del creditore attraverso la previsione di strumenti ulteriori a quello generico sancito all'art. 2740 c.c." (*op. cit.*, 38 s.). Cfr. anche C. LICINI, *op. loc. cit.*, il quale contrappone la garanzia generica, identificandola con "tutto il patrimonio del debitore, finalizzato alla funzione satisfattoria, sul quale tutti i creditori possono soddisfare le proprie ragioni mediante l'esecuzione forzata", alla garanzia specifica "riservata ai singoli creditori" la cui funzione risiede "nell'accrescere o rafforzare a beneficio di un dato creditore, la probabilità di essere soddisfatti"; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 4, il quale individua la nozione tecnica di garanzia in "qualsiasi strumento previsto dall'ordinamento per apprestare un maggior grado di attuabilità dell'aspettativa del creditore"; A. MONTEL, voce *Garanzia (diritto reale di)*, cit., 743, il quale soffermandosi sulle differenze intercorrenti tra la garanzia generica e la garanzia reale (sottotipo della garanzia in senso specifico), evidenziando come la prima, da una parte, "spetta ad ogni creditore, senza che alcuno abbia la facoltà di escludere gli altri, laddove la garanzia reale compete al solo creditore garantito" e, dall'altra, "spetta su tutti i beni che fanno parte del patrimonio del debitore e viene meno con l'uscita dei beni da tale patrimonio, laddove la garanzia reale è per sua natura speciale ad un dato bene, che peraltro può appartenere tanto al patrimonio del creditore quanto a quello di un terzo".

⁽²¹⁾ Sulla *par condicio creditorum*, in particolare, v. *infra*, Cap. II, § 1.

⁽²²⁾ A. RAVAZZONI, *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1987, 16; v. ID., voce *Garanzia (diritto reale di)*, cit., 603: "In buona sostanza, possiamo dire che si ha garanzia specifica dell'obbligazione, quando la regola fondamentale, ma per altro derogabile, propria della garanzia generica – quella della *par condicio creditorum* – viene derogata"; analogamente G. TUCCI, voce *Garanzia* in *Digesto (disc. priv.)*, cit., 590: "le cause di prelazione, siano esse di origine legale o convenzionale, sono configurate come limiti espliciti e diretti al principio della *par condicio creditorum*"; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli 2000, 98 ss., il quale evidenzia come non si possa negare la funzione di garanzia specifica o in senso tecnico a strumenti, quali il pegno o l'ipoteca, che destinano determinati beni alla soddisfazione di un credito, oppure a strumenti, quale la fideiussione, che estendono la responsabilità patrimoniale a soggetti diversi dal debitore. Sulla diversa questione relativa alla

Da ultimo, poi, occorre altresì precisare come le garanzie in senso tecnico debbano essere tenute distinte anche da quelle diverse figure che, pur definite anch'esse *di garanzia* dal legislatore, si limitano ad assicurare il godimento di un diritto: è il caso, ad esempio, della *garanzia* dall'evizione e dai vizi prestata dal venditore rispetto alla cosa venduta *ex artt.* 1483 e ss. c.c.; o ancora, della *garanzia* di esistenza del credito prestata dal cedente nell'ambito della cessione del credito *ex art.* 1266 c.c. Queste ultime, infatti, sono esse stesse “obbligazioni assunte in seno ad un rapporto”, ma prive “di ogni funzione di rafforzamento di una diversa obbligazione” configurando, in altri termini, “[un’]assunzione di responsabilità”⁽²³⁾.

Esaurite queste preliminari puntualizzazioni in merito alla pluralità di significati associabili al termine di *garanzia*, si precisa che, nel prosieguo del discorso, con l'espressione *garanzia del credito* ci si intende riferire esclusivamente ai diversi strumenti giuridici finalizzati ad assicurare una protezione qualificata alle pretese creditorie vantate nei confronti del debitore.

3. *Il pegno quale tipica forma nominata di garanzia nell'ambito delle operazioni di finanziamento esterno nella gestione d'impresa.*

Fissato sul piano concettuale l'effettiva portata della nozione di garanzia del credito in senso specifico, chiarito come essa si articoli nelle categorie di garanzie reali e garanzie personali, e, da ultimo, quale sia la rilevanza che tali figure assumono sotto il profilo funzionale, occorre ora riprendere le fila del discorso e focalizzarci sul tema che è qui di maggior interesse: e cioè quello relativo al sistema interno delle

distinzione tra la nozione di garanzia generica patrimoniale e quella di responsabilità patrimoniale, non essendo possibile affrontarla in questa sede in maniera analitica ed esaustiva, ci si limita a rimandare alle autorevoli considerazioni svolte sul punto da A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritto reale di)*, cit., 602; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., 1002; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968, 159 ss.

⁽²³⁾ L. PIAZZA, voce *Garanzia. I) Diritto civile*, cit., 2; v. anche G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, cit., 183 s., spec. nt. 2.

garanzie reali del credito e, in particolar modo, al pegno nella sua qualità di tradizionale garanzia su beni mobili aziendali.

Già si è detto come il finanziamento esterno abbia assunto un ruolo privilegiato nelle dinamiche di una moderna economia di mercato. E questo, sia per quanto concerne il settore di gestione dell'impresa, con ciò riferendosi a tutte quelle realtà economico-produttive non in grado di acquisire autonomamente i mezzi finanziari necessari per lo svolgimento (o l'incremento) della propria attività mediante l'emissione di azioni su vasta scala e che pertanto sono costrette a ricorrere a finanziatori esterni; sia per quanto concerne il, diverso, settore del credito al consumo⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Non è possibile in questa sede procedere alla trattazione del credito al consumo (in tema, v. G. ALPA, voce *Credito al consumo*, in *Digesto (disc. priv.)*, V, Torino, 1989, 22 ss.), cionondimeno si impongono necessarie alcune precisazioni, giacché quando si ricollega il tema delle garanzie reali mobiliari al problema della tutela del credito deve considerarsi che quest'ultimo può assumere diverse sfaccettature, non tutte egualmente rilevanti per la materia dei vincoli su beni mobili. La produzione di massa, infatti, ha comportato non soltanto un accrescimento del credito alle imprese, ma altresì ad un'espansione del credito al consumo. Ora, soffermandosi brevemente sul credito al consumo finalizzato ad aumentare la diffusione dei beni di consumo durevoli, è agevole constatare come rispetto ad esso, assai limitato sia stato lo sviluppo (e l'incidenza) delle garanzie reali. Avendo riguardo, *in primis*, ai finanziamenti concessi alle famiglie, questi ultimi centrali nell'ampia categoria del credito al consumo, si osserva come una volta ridimensionatasi l'esperienza dei Monti di credito su pegno (già conosciuti con la denominazione di Monti di pietà) e al contratto di credito su pegno – operazione consistente nella concessione di finanziamenti ottenuti costituendo in pegno a favore del Monte di una certa quantità di cose mobili, stimate nel loro valore commerciale da un perito, in modo tale che sulla base della stima da quest'ultimo effettuata viene stabilita dal Monte stesso l'ammontare del prestito al cliente (sul contratto di credito su pegno, richiamato all'art. 48 d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e disciplinato dalla l. 10 maggio 1938, n. 745 e dal r.d. 25 maggio 1939, n. 1279, nonché sulla sua peculiarità rispetto ad altri contratti di credito quali, ad esempio, l'anticipazione bancaria (artt. 1846-1851 c.c.) e l'apertura di credito garantita (artt. 1842-1845 c.c.), si v., su tutti, S. GATTI, *Il credito su pegno*, 2ª ed., Milano, 2002, 55 ss.; A. SENIN, voce *Monte di pegno*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 919 s.; M. PIPITONE, voce *Monte di credito su pegno*, in *Digesto (disc. priv.)*, X, Torino, 1994, 74 ss.) –, è oggi assai difficile che una banca conceda finanziamenti a favore di famiglie che abbiano precedentemente impegnato oggetti preziosi, orologi, pellicce, tappeti, e così via. All'opposto la prassi del diritto degli affari dimostra come, ad esclusione del settore automobilistico ove continua ad essere praticata la vendita a credito di autoveicoli garantita da ipoteca mobiliare, la prassi commerciale è quella di tutelare il credito al consumo non già mediante una garanzia reale tradizionale, bensì tramite figure diverse e alternative, quali, la vendita con riserva di proprietà o il *leasing*, più funzionali rispetto alle necessità legate al piccolo credito. Sempre con riferimento al credito alle famiglie, un ruolo a sé stante è poi ricoperto dal cosiddetto credito fondiario, che finanzia l'acquisto di case di abitazione, nell'ambito del quale continua a raccogliere

Ebbene, per quel che concerne in particolar modo il primo settore, è noto come in tale ambito siano state proprio le garanzie mobiliari su beni aziendali – e non quelle immobiliari – ad aver svolto un ruolo assai rilevante, tanto da aver “perduto ogni carattere di eccezionalità [...] diventando una delle più diffuse forme di garanzia del credito”⁽²⁵⁾. È possibile rinvenire una spiegazione a tale fenomeno in almeno tre ragioni: una prima, metagiuridica, consistente nel fatto che non sempre l'imprenditore che ha la necessità di ottenere finanziamenti è in grado di offrire in garanzia beni immobili⁽²⁶⁾; una seconda, economica, consistente nel fatto che, ed è dato comune a tutte le esperienze giuridiche europee, i costi necessari alla costituzione di una garanzia immobiliare, mediante l'iscrizione negli appositi registri pubblici tenuti presso le conservatorie, sono particolarmente ingenti, sicché difficilmente sussisterà, in capo ai soggetti coinvolti nell'operazione di finanziamento, la volontà di sostenerle⁽²⁷⁾; una terza, infine, esclusivamente giuridica, data dal fatto che sempre gli stessi soggetti coinvolti nell'operazione di finanziamento sono spesso scoraggiati dall'idea di offrire in garanzia un bene immobile, e ciò in ragione anche dei lunghissimi tempi richiesti ai fini dell'escussione della stessa⁽²⁸⁾.

Tutti questi fattori, unitamente presi in considerazione, consentono di

ampi consensi sul piano operativo la garanzia ipotecaria. Considerata la sua vastità, non è possibile approfondire le complesse problematiche del credito al consumo e delle garanzie ad esso connesso in questa sede; pertanto, si veda A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 290 ss. e l'ampia bibliografia sul tema segnalata dall'Autrice (spec. nt. 1 e 3).

⁽²⁵⁾ Lo osserva P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 155.

⁽²⁶⁾ A questo primo aspetto aggiunge C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., 1069: “Ipoteca immobiliare, anche laddove si disponesse della proprietà e fosse possibile concederla, risulta da sola eccessiva o non sufficiente a soddisfare il bisogno di dare sicurezza senza perdere il possesso”.

⁽²⁷⁾ In Italia, come è noto, l'art. 2846 c.c., in tema di ipoteca volontaria, stabilisce: «*Le spese d'iscrizione dell'ipoteca sono a carico del debitore, se non vi è patto contrario, ma devono essere anticipate dal richiedente*» e che per spese d'iscrizione debbano intendersi: la nota d'iscrizione, le relative copie e lo svolgimento delle altre differenti formalità pubblicitarie (cfr. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 4^a ed., Bologna-Roma, 1992, 374 s.). Sul tema delle spese d'iscrizione di ipoteca, v. C. CICERO, voce *Ipoteca*, in *Digesto (disc. priv.)*, X Agg., Torino, 2016, 493 s.

⁽²⁸⁾ Sulle criticità in tema di escussione di garanzia ipotecaria e sulle difficoltà che caratterizzano la procedura esecutiva, cfr. C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., 503.

comprendere le ragioni per cui, da un punto di vista meramente statistico, l'imprenditore che abbisogna di un continuo e costante flusso di finanziamenti esterni, si trovi di fronte, al fine di ottenerli effettivamente, ad una scelta praticamente obbligata: e cioè offrire in garanzia i propri beni d'impresa, nella maggior parte dei casi non solo limitandosi a quelli facenti parte del capitale fisso, ma facendo ricorso anche a quelli costituenti il capitale circolante, ossia i beni aziendali, utilizzati dall'imprenditore per la produzione, e le merci, destinate ad essere immesse nei processi di lavorazione, fino ad arrivare ai crediti concessi dal medesimo imprenditore ai terzi che acquistano i prodotti finiti.

Tali i connotati che caratterizzano le operazioni di finanziamento esterno nella gestione d'impresa, se ci si pone in una prospettiva più strettamente giuridica le maggiori criticità di tale meccanismo sorgono in considerazione di un duplice fattore: e cioè che, in tutti i Paesi di matrice romanistica – tra i quali, ovviamente, rientra anche l'Italia – da una parte domina il – già accennato – principio di sostanziale uguaglianza tra i creditori, potendo questi ultimi disporre di pari *chances* al fine di realizzare i rispettivi diritti di credito; e, dall'altra, che solo eccezionalmente è loro riconosciuta la possibilità di derogare direttamente a siffatto principio, e ciò: o mediante una garanzia tipica immobiliare, non possessoria, cioè l'ipoteca volontaria, il cui ricorso è però scoraggiato dalle ragioni poc'anzi esposte; ovvero mediante una garanzia tipica mobiliare, ma fondata sullo spossessamento del bene gravato, cioè il pegno⁽²⁹⁾. Quest'ultimo, pertanto, ha tradizionalmente assunto il ruolo di tipico strumento in grado di dar vita ad una garanzia convenzionale su beni aziendali e sulle merci⁽³⁰⁾.

Ebbene, ricollegandoci a quanto anticipato in apertura del presente paragrafo, se è vero che il finanziamento esterno nella gestione d'impresa è strettamente legato alle garanzie mobiliari sui beni d'impresa; se è parimenti vero che il pegno costituisce la tipica (se non unica) forma nominata di garanzia convenzionale su tali beni; allora

⁽²⁹⁾ Sull'affermazione da un punto di vista storico del pegno quale tipica (se non unica) forma di garanzia mobiliare fondata sullo spossessamento, v. *infra*, Cap. III, § 1 ss.

⁽³⁰⁾ A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 63, parla di monopolio del pegno quale garanzia su beni mobili e merci.

da tutto ciò se ne inferisce che l'intera materia delle garanzie sui beni d'impresa è strettamente connessa “con quell[a] della costituzione della garanzia del credito attraverso il pegno”⁽³¹⁾.

4. *Il pegno a confronto con le attuali esigenze emerse nella prassi commerciale e finanziaria. La «crisi» dei modelli tipici di garanzia mobiliare.*

L'affermazione del pegno, garanzia reale mobiliare, nella veste di tradizionale strumento diretto alla tutela del credito nell'ambito delle operazioni finanziamento nella gestione d'impresa, porta al seguente, intuitivo sillogismo: quanto più è agevole stanziare beni in garanzia, tanto più è semplice per l'imprenditore-debitore instaurare una relazione creditizia.

Tuttavia, i dati che emergono dall'osservazione di settori nevralgici dell'economia, come quello commerciale, industriale e finanziario, ove è particolarmente avvertita la duplice esigenza di preservare la produttività e, al tempo stesso, la libera circolazione dei beni offerti in garanzia, collidono con le caratteristiche strutturali della garanzia pignorizia.

Infatti, la possibilità che il pegno, nella sua tradizionale morfologia, svolga un ruolo qualitativamente incisivo e quantitativamente rilevante nel settore del credito all'impresa viene frustrata dai suoi intrinseci connotati: la tipicità, l'indivisibilità, la specialità e, in generale, la realtà, tutti elementi caratteristici dell'istituto in parola, costituiscono, oggigiorno, rilevanti limiti alla possibilità di un suo concreto utilizzo e, in termini generali, “rappresentano un serio ostacolo ad una larga diffusione della garanzia reale nei settori commerciale e industriale, perché essa è stata costruita per garantire la sicurezza del credito piuttosto che la libera circolazione dei beni e lo sviluppo produttivo, in ossequio a un modello economico legato alla proprietà”⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Così G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 10.

⁽³²⁾ S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 171.

In particolar modo, l'efficacia della garanzia pignoratizia laddove abbia ad oggetto beni aziendali o merci viene fortemente compromessa dalla necessità, ai fini dell'opponibilità del diritto ai terzi, che il debitore-costituente venga privato della disponibilità materiale del bene gravato.

Volgendo lo sguardo al nostro codice civile, infatti, è noto come l'art. 2786, primo comma, c.c. stabilisca: «*Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa*»; in altri termini, la norma esige lo spossessamento del costituente, inteso come la sottrazione al debitore-concedente della possibilità di disporre del bene vincolato e la successiva consegna del medesimo bene al creditore⁽³³⁾. Ed è parimenti noto come, in armonia con quanto sancito all'articolo precedente, il successivo art. 2787, secondo comma, c.c., richieda altresì che, ai fini della prelazione, la situazione di impossessamento a favore del creditore pignoratizio permanga per tutta la durata del rapporto di garanzia: infatti, qualora la cosa data in pegno non rimanesse presso di lui (o, eventualmente, presso un terzo designato di comune accordo dalle parti, come previsto al secondo comma dell'art. 2786 c.c.), quest'ultimo vedrebbe sfumare la propria posizione di preferenza in sede esecutiva. Al dato normativo, poi, occorre altresì aggiungere che, sempre nell'ambito della tradizionale configurazione della garanzia pignoratizia, lo spossessamento del costituente da sempre è stato valutato, tanto dalla giurisprudenza, tanto dalla tradizionale dottrina, con estrema rigidità, nel senso che non v'è di pegno fintanto che il costituente non venga privato della disponibilità materiale del bene offerto in garanzia⁽³⁴⁾.

Ora, preso atto della loro centralità nell'ambito del finanziamento esterno nella gestione d'impresa, la dottrina più recente che si è occupata della materia delle garanzie reali mobiliari, si è da tempo interrogata “se corrisponda a quelle esigenze sostanziali, di sostegno all'impresa, un sistema che, richiedendo per la costituzione della garanzia lo spossessamento del debitore, rende impossibile la sottoposizione al

⁽³³⁾ Precisa G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 66, che con il termine spossessamento debba intendersi non solo la perdita della disponibilità materiale del bene vincolato da parte del debitore ma, altresì, il successivo impossessamento del creditore o del terzo.

⁽³⁴⁾ Cfr. M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 164 s.

vincolo pignoratorio dei beni aziendali che l'imprenditore deve utilizzare, e in particolare delle merci destinate ad essere incluse in processi di lavorazione, come poi rende impossibile il trasferimento del vincolo sul prodotto finito e, infine, sul credito derivante dalla sua alienazione"⁽³⁵⁾.

Pervenendo, inevitabilmente, ad una risposta negativa: le caratteristiche tradizionali del pegno, e in particolar modo il principio dello spossessamento, sono tali da mettere fortemente in discussione la reale efficacia della garanzia in parola in una prospettiva di tutela del credito all'impresa⁽³⁶⁾; come è stato osservato, infatti, la rinuncia alla materiale disponibilità del bene gravato, anche "se non costituisce un particolare ostacolo nel caso dei vincoli sugli strumenti finanziari, si mostra assai pregiudizievole nelle ipotesi dei beni aziendali"⁽³⁷⁾.

Oltre al problema di evitare all'imprenditore-debitore lo spossessamento del bene offerto in garanzia, va altresì considerato un ulteriore aspetto, strettamente interconnesso al primo, che in tale settore rende inadeguato il pegno nella sua tradizionale configurazione: e cioè il fatto che nella maggior parte dei casi i beni d'impresa costituenti il capitale circolante sono oggetto di lavorazione e trasformazione in prodotti completamente diversi da quelli originari; o ancora che gli stessi, nel corso del ciclo produttivo, possono (o devono) essere ceduti a terzi⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO (diretto da), Torino, 2005, 30.

⁽³⁶⁾ F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 253, evidenzia che, essendo lo sviluppo dell'impresa "strettamente dipendente dalla modalità di accesso ai finanziamenti, la questione (dell'effettività) della tutela del credito è destinata a rappresentare uno dei nodi centrali del dibattito in materia di rapporti di diritto patrimoniale". Cfr. G. STELLA, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003, 1: l'Autore ritiene che il pegno, nella sua tradizionale configurazione, risulti inadeguato sotto "entrambi i profili essenziali che caratterizzano la garanzia" e cioè "i beni oggetto del pegno ed i crediti in funzione dei quali il pegno stesso viene costituito [corsivo dell'A.]".

⁽³⁷⁾ P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, cit., 155. Analogamente F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 329 ss.; anche C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, cit., 928, evidenzia l'esigenza dell'imprenditore di ottenere finanziamenti garantiti da beni aziendali "senza spossessarsene" I problemi della disciplina codicistica del pegno si manifestano sotto l'ulteriore profilo dei crediti in funzione dei quali la garanzia mobiliare viene costituita: sul punto cfr. G. STELLA, *op. cit.*, cit., 12 ss.; C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, XXII, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1985, 1023 ss.

⁽³⁸⁾ Sul punto, osserva T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 2 s., come fino a quando i beni impiegati nel ciclo produttivo e oggetto di lavorazione non pervengono al consumatore finale, essi non rilevano "come oggetto di godimento, cioè come cose capaci di

Da quest'ultimo punto di vista, l'inadeguatezza del pegno emerge anche nel senso di non rispondere alla necessità dell'imprenditore di poter eseguire lavorazioni e così trasformare il bene oppignorato, oppure, qualora quest'ultimo venga ceduto a terzi, di poterlo sostituire con un altro bene dello stesso genere e qualità, senza che siffatte azioni pongano nel nulla la garanzia precedentemente sorta così da comportare, inevitabilmente, la revoca del finanziamento.

In altre parole, il pegno su beni d'impresa, proprio per il suo fisiologico operare come garanzia possessoria, si è dimostrato assolutamente inutilizzabile nell'ambito della prassi commerciale, industriale e, pur se in misura inferiore, finanziaria⁽³⁹⁾. E, per quanto concerne il credito all'impresa, tanto con riguardo alla sottoposizione a garanzia pignorizia dei beni aziendali, singolarmente considerati, quanto con riguardo alla sottoposizione a garanzia dell'azienda nel suo complesso⁽⁴⁰⁾.

L'imprenditore-debitore, infatti, non potrà in alcun modo rinunciare alla materiale disponibilità di tali beni, né alla possibilità di utilizzarli ed immetterli nel circuito produttivo, poiché essi costituiscono i mezzi necessari alla prosecuzione della stessa attività economica e alla creazione di quelle nuove ricchezze che, a loro volta, serviranno a rimborsare il finanziamento precedentemente ottenuto. Pertanto, gli interessi del costituente, che domanda il finanziamento e che per ottenerlo è

soddisfare in via immediata determinati interessi, [ma] assumono un ruolo puramente strumentale" nel senso che "[r]ilevano in ragione di ciò in cui possono essere trasformati e di ciò che possono contribuire a produrre".

⁽³⁹⁾ Nel settore finanziario, peraltro, importanti spinte verso la modernizzazione degli strumenti di garanzia mobiliare si sono registrate con la direttiva n. 2002/47/CE, recepita nel nostro ordinamento tramite il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, poi modificata dalla direttiva n. 2009/44/CE, a sua volta recepita dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, con cui si è data regolamentazione ai contratti di garanzia finanziaria in una prospettiva di rendere uniforme e armonica la disciplina relativa alla materia. In termini generali, l'incompatibilità del pegno con l'esigenza del debitore a non rinunciare alla disponibilità del bene è circostanza che non si limita all'ordinamento italiano, ma assume un significato del tutto analogo anche nelle esperienze giuridiche straniere; in particolare, con riferimento all'ordinamento tedesco, cfr. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, (traduzione di P.M. VECCHI), Milano, 1990, 10 s., 77, il quale osserva come il modello legale del pegno su cose mobili e su crediti (che richiede, rispettivamente, la consegna della cosa e la notificazione al creditore) si sia dimostrato del tutto inutile nella prassi commerciale.

⁽⁴⁰⁾ Con particolare riguardo al pegno d'azienda, M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Digesto (disc. priv.)*, VIII Agg., Torino, 2013, 308, osserva: "La necessità dello spossessamento ha dunque impedito l'utilizzo del pegno di azienda, sebbene tecnicamente possibile in quanto l'azienda è considerata universalità di mobili".

disposto ad offrire adeguate forme di garanzia, di conservare la capacità produttiva dei beni vincolati risultano, nella quasi totalità dei casi, del tutto inconciliabili con le concrete modalità di attuazione del pegno, le quali, soprattutto con riferimento allo spossessamento, determinerebbero un rallentamento, quando non un totale arresto dell'attività economica.

A voler essere precisi, poi, è pur vero che il nostro codice civile, in tema di anticipazione bancaria, all'art. 1849 c.c. contempra espressamente un'unica concessione all'esigenza del debitore-costituente di poter continuare a disporre materialmente dei beni offerti in garanzia, consentendo all'anticipato, previo rimborso proporzionale delle somme anticipate, di ritirare anche in parte le merci date in pegno in deroga all'art. 2799 c.c. che sancisce l'indivisibilità del pegno⁽⁴¹⁾: ma è evidente che si tratti di un'ipotesi peculiare, destinata ad avere una limitatissima ricaduta applicativa, certamente non sufficiente a soddisfare le esigenze dell'imprenditore di poter liberamente disporre dei beni aziendali dati in pegno, lavorandoli, trasformandoli e cedendoli a terzi⁽⁴²⁾.

Ma, allo stesso tempo, privare l'imprenditore dei beni aziendali e delle merci offerte in garanzia comporta tutta una serie di conseguenze negative che anche il creditore intende scongiurare, e ciò per due ragioni: da una parte, infatti, lo spossessamento fa sì che sorgano, a suo carico, gravosi oneri di amministrazione e di custodia del bene oggetto di vincolo pignoratorio (art. 2790 c.c.), con un'inevitabile complessiva lievitazione dei costi dell'operazione creditizia; dall'altro lato anche il creditore, ovviamente, avrà interesse a che l'attività del suo debitore non si arresti, in modo tale da non veder fatalmente compromesse le aspettative di rimborso del finanziamento precedentemente concesso⁽⁴³⁾. Lo spossessamento, pertanto,

⁽⁴¹⁾ È appena il caso di ricordare come sia convinzione comune in dottrina e giurisprudenza che l'indivisibilità del pegno non discenda da principi logici inderogabili, ma sia volta a soddisfare l'esigenza pratica di assicurare al creditore pignoratorio la miglior garanzia possibile e che pertanto essa possa essere convenzionalmente esclusa mediante un'apposita clausola che preveda la parziale restituzione di beni offerti in garanzia a fronte del parziale soddisfacimento del credito garantito (v. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 140; F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1991, 3).

⁽⁴²⁾ Cfr. S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 176 s.

⁽⁴³⁾ Lo osserva R. SERICK, *op. cit.*, 11.

contrasta anche con gli opposti interessi del creditore, sul quale si ripercuote la diminuita capacità produttiva del debitore: diminuzione che, a sua volta, finisce per ripercuotersi negativamente sull'intera economia, rispetto alla quale il bene gravato diviene un bene "insterilito"⁽⁴⁴⁾, quando non addirittura un "bene morto"⁽⁴⁵⁾.

In definitiva, "l'immobilità, che produce in taluni casi l'improduttività, della *res* costituita in garanzia è contraria ad ogni ragione economica, la quale impone, sia nell'interesse del creditore garantito, sia del costituente, che il bene non fuoriesca dal circuito economico produttivo"⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 796.

⁽⁴⁵⁾ Utilizza l'espressione "bene morto" F. FERRARA Jr., *Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1932, 129. Prima del 1942 la disciplina del pegno era distribuita tra due principali gruppi di norme, rispettivamente contenute nel codice civile del 1865 (artt. 1878-1890) e nel codice del commercio del 1882 (artt. 454-460) (ad esse si aggiungevano alcune leggi speciali, tra le quali assume particolare rilievo la l. 10 maggio 1938, n. 745, attuata dal r.d. 25 maggio 1939, n. 1279, in materia dei Monti di credito su pegno; su quest'ultimo punto, v. *retro*, § 3, nt. 24), le quali ponevano entrambe l'accento sullo spossessamento, ossia sull'esigenza che il bene oppignorato fosse trasferito dalla sfera di controllo del debitore a quella del creditore. Nell'ambito del c.d. pegno civile, lo spossessamento del debitore non creava particolari inconvenienti: privarsi di un bene prezioso, come un gioiello di famiglia, per reperire una somma di denaro necessaria poteva essere tutt'al più fonte di dispiacere, nel quale si individuava un efficace mezzo di coazione psicologica che avrebbe indotto il debitore a restituire al creditore, non appena gli fosse possibile, la predetta somma, al fine di rientrare nel possesso del proprio bene. Ben diversa, invece, era la situazione a ricorrere al credito fosse un imprenditore, qualora non avesse da offrire in garanzia altri beni se non quelli aziendali: già a quel tempo, infatti, era emersa l'inadeguatezza dello strumento pignoratorio disciplinato dal codice del commercio, denunciata dalla più attenta dottrina (cfr. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, 58 ss.: già sotto la previgente codificazione l'Autore evocava la necessità di dare attuazione ad una garanzia mobiliare che, diversamente dal pegno tradizionale, consentisse al debitore di conservare il possesso della cosa pignorata). Ben si comprendono, dunque, i tentativi con cui la prassi avesse cercato di aggirare l'ostacolo facendo ricorso a tutta una serie di espedienti, tra i quali – in particolare – quello della *traditio ficta* ad un custode che, in realtà, null'altro era se non un prestanome dell'imprenditore-debitore (sul punto, cfr. A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1991, 64).

⁽⁴⁶⁾ E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 188, (già in *Digesto (disc. priv.)*, IV Agg., Torino, 2000). Analogamente; ID., *Garanzia e garanzie reali*, cit., 30, in cui l'Autore descrive una situazione palesemente contraddittoria, poiché da un lato l'imprenditore necessita di un apporto continuo di finanziamenti per la prosecuzione dell'attività economica, ma, dall'altro lato, non può ottenere tali finanziamenti a meno di offrire in garanzia beni aziendali, con ciò, però, ostacolando (se non interrompendo) il processo produttivo e il ciclo economico-finanziario dell'impresa. Sul punto, cfr. R. RICCI, *La moderna tecnica bancaria*, Torino 1992, 367, il quale osserva come siano state proprio le conseguenze economiche derivanti dallo spossessamento ed il lavoro supplementare alla gestione del pegno ad aver frenato lo sviluppo dell'anticipazione bancaria sulle

Lo spossessamento, ancora, costituisce sempre un costo di transazione, a fronte del quale non vi è mai creazione, bensì un mero spostamento di ricchezza patrimoniale: l'effetto è che successivamente alla costituzione della garanzia pignorizia, alcuni beni potranno essere aggrediti solo dal creditore garantito e non (più) da quello al chirografo. E poiché la perdita del possesso determina un costo-opportunità, dal momento che l'impresa non potrà più impiegare i beni oppignorati nel processo produttivo, l'imprenditore-debitore sarà indotto a chiedere un prestito solamente qualora i benefici attesi appaiono essere superiori ai costi da sopportare. In virtù dello spossessamento, la domanda di credito potrebbe attestarsi a un livello subottimale, nella misura in cui vi sia una rinuncia a domandare liquidità per progetti che, pure, avrebbero un ritorno positivo.

Va da sé, che entrambe le considerazioni possono essere formulate anche in un'ottica di sistema, calcolando a livello aggregato gli effetti dello spossessamento sulla produzione e sulla domanda di credito. Inoltre, un sistema normativo che rende oneroso lo stanziamento di beni mobili in garanzia può creare distorsioni nell'allocazione delle risorse, in favore di settori o investimenti basati sull'impiego di beni immobili o beni mobili non produttivi⁽⁴⁷⁾.

È quindi possibile formulare alcune, sommarie considerazioni: anzitutto, la disciplina tradizionale del pegno su beni mobili (al pari di quella delle altre garanzie reali) conosciuta nel nostro ordinamento e in quelli degli altri Paesi riconducibili all'area del *civil law*, ha palesato nel tempo un'impostazione concettuale del legislatore

merci. È appena il caso di ricordare come l'istituto del pegno mediante compossesso di cui al secondo comma dell'art. 2786 c.c. non elimina il principio dello spossessamento, ma comporta solamente un suo ridimensionamento (come peraltro confermati dalla Relazione al Codice Civile n. 1134), in forza del quale si dà luogo ad uno spossessamento attenuato: non è necessario affinché per esservi pegno che vi sia l'impossessamento del bene gravato da parte del creditore pignorizio, ma è comunque richiesto che al debitore venga sottratta l'autonoma disponibilità del medesimo bene; tuttavia, come osserva P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, 107, la soluzione può essere agevole solo qualora non sussistano necessità di conservare i beni vincolati nei locali dell'imprenditore, sicché sarebbe possibile depositarli presso quelli di un terzo fiduciario: ma si tratta di ipotesi assai limitate.

⁽⁴⁷⁾ Queste ultime considerazioni sono svolte da E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza (Banca d'Italia)*, 2016, 12 ss. (consultabile sul sito: www.bancaditalia.it).

anacronistica, ancora debitrice verso un modello di economia arcaica e statica, fortemente legata alla proprietà, in cui non soltanto la conservazione della ricchezza prevaleva sulla sua produzione, ma altresì in cui l'esigenza di garantire la sicurezza del credito prevaleva su quella di assicurare la libera circolazione dei beni⁽⁴⁸⁾; in secondo luogo, nell'aver il pegno assunto al ruolo di tipica garanzia convenzionale su beni d'impresa, da tempo è divenuto evidente come il meccanismo dello spossessamento, che caratterizza la sua morfologia, renda il pegno assolutamente inadeguato ad essere utilmente impiegato nell'ambito delle operazioni di finanziamento nella gestione d'impresa.

Con la conseguenza, quindi, che la disciplina del pegno oggigiorno è chiamata sia a rispondere della sua manchevolezza a confronto con le moderne economie di mercato, sia a confrontarsi con la sempre più accanita concorrenza di altri mezzi di tutela del credito, *in primis* le garanzie personali, più flessibili e meglio adattabili ai bisogni dell'imprenditore che vuole ottenere i finanziamenti e del creditore che li concede⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ L'opinione è largamente diffusa in dottrina: E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 121 s.: “i meccanismi rigidamente formali degli schemi di garanzia reale – ed in particolare dello spossessamento del pegno – [rispondono] ad esigenze proprie di un economia pre-capitalistica, ove il principale, se non l'unico, indice di circolazione era legato al meccanismo della *traditio* e del possesso”; nello stesso senso U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 7: “le garanzie reali tipiche potevano ritenersi adeguate in un contesto socio-economico statico e chiuso, volto alla più completa tutela “formale” del creditore, a costo di immobilizzare la ricchezza e di impedire a vaste categorie di persone l'accesso al mercato, non in una situazione come quella attuale, dove, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, il credito ha assunto un ruolo centrale nella produzione e nello scambio e nel consumo della ricchezza”. In senso analogo, si vedano altresì: C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., 1068 s.; L. PIAZZA, voce *Garanzia*. I) *Diritto civile*, cit., 4; G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, cit., 180 ss.; cfr. anche A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 309 ss.; E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 73; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con l. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 4: “Il pegno, dunque, strutturalmente concepito per garantire la sicurezza del credito in un'ottica insensibile alle ragioni dello sviluppo produttivo e legata a un modello di economia statico ispirato da logiche di sfruttamento dominicale dei beni, non poteva che rimanere confinato nell'ambito sempre più ristretto delle transazioni compatibili con le sue caratteristiche, mentre la pratica per il finanziamento delle imprese ha cercato altrove strumenti che tenessero conto del valore di garanzia dei beni mobili utilizzati per la produzione, senza distoglierli alla loro destinazione all'attività di impresa”.

⁽⁴⁹⁾ In quest'ultimo senso, chiaro è M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 165, laddove

5. *Necessità di superare lo spossessamento: le garanzie mobiliari non possessorie quali strumento in grado di soddisfare le esigenze di una moderna economia di mercato.*

Dalle considerazioni che precedono, emerge chiaramente la necessità di offrire alle parti coinvolte nell'operazione di finanziamento all'impresa – imprenditore e istituto di credito finanziatore – strumenti di garanzia specifica che:

i) consentano la conservazione nel possesso e l'utilizzabilità dei beni che ne costituiscono oggetto;

ii) inoltre, preso atto che quelli costituenti il capitale circolante d'impresa sono beni in continua lavorazione e modificazione, permettano la loro sostituibilità con beni nuovi durante la vita della garanzia e senza che quest'ultima venga meno, facendo sì, quindi, che il suo oggetto si riferisca non già ad uno o più beni individuati in relazione alla loro specifica individualità, bensì in relazione al loro effettivo valore economico.

Entrambe le accennate necessità possono essere compiutamente soddisfatte esclusivamente mediante il superamento del principio dello spossessamento.

Si comprendono, pertanto, i motivi per cui la necessità dello spossessamento del costituente sia stata progressivamente sottoposta a numerose critiche da parte della dottrina, stante la sua anti-economicità soprattutto nell'ambito del finanziamento alle imprese⁽⁵⁰⁾. Per contro, invece, in una prospettiva di modernizzazione dei modelli tipici di garanzia reale, si sono evidenziati i numerosi vantaggi che

parla di “scarsa efficienza del pegno e dell'ipoteca al cospetto delle odierne necessità della pratica”. Per un confronto tra relativa rigidità delle garanzie reali e la relativa flessibilità delle garanzie personali, cfr., tra gli altri, L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, cit., 727 ss., spec. 728-731.

⁽⁵⁰⁾ Anticipando quanto meglio sarà esposto più avanti, si afferma tradizionalmente che lo spossessamento assolverebbe a una duplice funzione: tutelare il creditore pignoratizio, impedendo al debitore di disporre (sia materialmente e sia giuridicamente) del bene vincolato, vanificando l'effettività della garanzia e, quindi, le aspettative di soddisfacimento dell'interesse creditorio; e, allo stesso tempo, tutelare, da una parte, i creditori chirografari concorrenti, mettendoli in condizione di sapere che su quel bene non potranno fare affidamento in sede esecutiva, nonché, dall'altra, i terzi potenziali acquirenti del medesimo bene, che, grazie allo spossessamento, potranno riconoscere la presenza del vincolo e della indisponibilità del bene. Allo spossessamento e alle funzioni ad esso ascrivibili nell'ambito dello schema costitutivo del pegno, è dedicato il Cap. IV, Sez. II.

comporterebbe la possibilità di ricorrere a garanzie mobiliari non possessorie, le uniche effettivamente capaci di assicurare un equilibrio soddisfacente tra l'esigenza di tutela del creditore e quelle dell'imprenditore-debitore, da una parte, e l'esigenza di sviluppo produttivo con quella di libera circolazione dei beni e certezza dei loro trasferimenti, dall'altra.

Tra gli interpreti, dunque, si è fatto sempre più pressante l'auspicio di un radicale cambiamento dell'intero sistema delle garanzie sui beni aziendali, soprattutto al fine di assicurare una maggiore dinamicità dei traffici economici e di consentire all'imprenditore di mantenere la disponibilità materiale dei beni offerti in garanzia. Non sorprende, quindi, come ovunque, tanto negli ordinamenti di *civil law*⁽⁵¹⁾, quanto in quelli di *common law*⁽⁵²⁾, sia in ragione del fondamentale apporto

⁽⁵¹⁾ In Germania un ruolo centrale nell'opera di ammodernamento delle forme di garanzia reale e di superamento del principio dello spossessamento è stato svolto dall'autonomia privata: mancando in tale contesto una codificazione del principio della *par condicio creditorum* e della tipicità delle cause di prelazione – diversamente che in Italia: v. *infra*, Cap. II, § 1 e ss. – la prassi è stata in grado di creare specifiche situazioni di vantaggio a favore dei singoli creditori impiegando contratti strutturalmente traslativi a scopo di garanzia, in particolare il trasferimento a scopo di garanzia, utilizzato per garantire le banche (c.d. *Sicherungsübereignung*: v. *infra*, § 2.1, nt. 50) e la cessione fiduciaria del credito senza a necessità della notifica al debitore ceduto (c.d. *Sicherungscession*); accanto ai primi due modelli di garanzia, elaborati dall'autonomia privata, si è poi sviluppata la riserva di proprietà, utilizzata al fine di soddisfare gli interessi del creditore-fornitore (c.d. *Eigentumsvorbehalt*: v. *infra*, § 2.2, nt. 97) e; sul punto v. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., *passim*; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 263 ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 22 ss. e 69 ss.; G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, cit., 186 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit. 113 ss.

In Francia il superamento del principio dello spossessamento è avvenuto attraverso il formante legislativo: già in epoca passata, ad una forma codicistica di garanzia mobiliare possessoria, il *gage avec dépossession*, si affiancavano diverse ipotesi di *natissements sans dépossession*, garanzie mobiliari caratterizzate dall'iscrizione in appositi registri ai fini dell'opponibilità ai terzi, in luogo dello spossessamento, che riguardavano tutta una serie di beni utilizzati nell'industria, nella professione e nel commercio (cfr. P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, cit., 162 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 165, nt. 42; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 123, spec. nt. 74). I *natissements sans dépossession* furono concepiti per essere costituiti al momento dell'iscrizione negli appositi registri, ma furono limitati a determinate categorie di beni, quali materie prime o beni strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa, automobili e, seppur in epoca successiva, *softwares*. Nella dinamica delle operazioni di finanziamento delle imprese francesi, notevole importanza ha poi rivestito il sistema del *natissements des fonds de commerce*, introdotto con legge nel 1909: nel *Fonds de commerce* rientrano sia beni incorporali (quali clientela, avviamento, marchi, brevetti e insegna) sia beni materiali (quali materie prime, attrezzature e merci). La costituzione di tale ultima forma di garanzia avviene

mediante l'iscrizione di un *acte authentique* o di un *signe privé* nel registro speciale tenuto dalla cancelleria del *Tribunal de Commerce* e consente al creditore di acquistare la titolarità di un *droit de suite* sull'intero fondo, anche qualora questi venga venduto (cfr. R. SACCO, voce *Consensualismo*, in *Dig. disc. priv.*, IV Agg., Torino, 2009, 117 s.). La successiva *ordonnance* n. 346 del 23 marzo 2006, poi, ha riformato i Titoli XVIII e XIX, Libro terzo, *code civil* e introdotto una figura generale di pegno senza spossessamento: nell'ambito di tale nuova fattispecie lo spossessamento – che dal costituire elemento *ad substantiam* della fattispecie perfezionativa (per la quale è ormai sufficiente il mero consenso manifestato dalle parti per iscritto) passa ad essere mero requisito per l'opponibilità ai terzi del vincolo – pur persistendo, viene tuttavia a costituire esclusivamente una tra le modalità possibili ai fini della costituzione del pegno, alternativa rispetto al meccanismo di registrazione centralizzata presso il Registro Unico, contenente l'elenco dei pegni precedentemente iscritti a cura dei creditori, tenuto presso il *Tribunal de Commerce* territorialmente competente; al medesimo tempo, il *code de commerce* sono stati inseriti i nuovi artt. L527-1 – L527-11, che ha introdotto il *gage de stocksossia*, figura di pegno speciale sull'inventario e sulle scorte di magazzino delle società, anch'esso caratterizzato dall'assenza dello spossessamento e idoneo a garantire i finanziamenti concessi dagli istituti di credito, nel quale l'opponibilità ai terzi è, al pari del pegno previsto dal *code civil* riformato, viene assicurata mediante l'iscrizione in un apposito registro pubblico: in tema, cfr. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1155 ss., spec. 1171 ss.; ID., *Le garanzie mobiliari nel diritto europeo e internazionale*, in *Trattato dei diritti reali*, V, *Diritti reali di garanzia*, GAMBARO-MORELLO (diretto da), Milano, 2014, 39 ss.

In Spagna, preso atto della necessità di contemperare la tutela del finanziamento con la possibilità di impiego dei beni gravati nell'attività d'impresa, nel silenzio del *código civil* il principio dello spossessamento è stato superato per grazie al legislatore speciale, mediante una regolamentazione specifica in materia di garanzie mobiliari non possessorie risalente alla «*Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*» (LHMPSD) del 16 settembre 1954 (artt. 52-54), successivamente riformata dalla *Ley* n. 41 del 2007: in tema v. P. PISCITELLO, *op. ult. cit.*, 164 ss.

Per uno sguardo alle garanzie mobiliari non possessorie nell'Est europeo: A. VENEZIANO, *La riforma delle garanzie per il finanziamento alle imprese negli ordinamenti dell'Est europeo: spunti per una comparazione*, in *Dir. comm. int.*, 1997, I, 695 ss.; ID., *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 202 ss.

⁽⁵²⁾ Nel sistema anglosassone, il problema dell'adeguamento della disciplina delle garanzie reali mobiliari alle nuove logiche commerciali ha condotto all'innesto delle c.d. garanzie flottanti: ad ogni modo, l'evoluzione delle garanzie mobiliari in una prospettiva di superamento del principio dello spossessamento, è avvenuta soprattutto per via legislativa.

In Inghilterra, che pur originariamente conosceva, quale tradizionale forma di garanzia su beni mobili, il *pledge*, ossia il pegno con spossessamento, è stato il legislatore («*Bills of Sale Acts*»), a partire dalla metà del XIX secolo, ad introdurre in favore dei privati un sistema di trascrizione delle garanzie convenzionali mobiliari, rendendo così possibile il superamento dello spossessamento: il *mortgage* e la *charge*. Tutti e tre i citati istituti conferiscono diritti reali sui beni sui quali insistono. Sotto il profilo dell'entità e della portata del diritto di garanzia concesso dal debitore al creditore, il *pledge* (pegno) comporta il trasferimento del possesso materiale del bene (*possessory security*), con l'intendimento che il creditore lo trattenga fino all'adempimento dell'obbligazione principale; il *mortgage* (assimilabile ad un trasferimento a scopo di garanzia) implica, invece, il trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia (si parla, in questo caso, di *proprietary security*), fino all'esecuzione dell'obbligazione; la *charge* (*lato sensu* riconducibile al privilegio) prescinde dal trasferimento di possesso o proprietà ed è frutto di semplice accordo fra creditore e debitore, in base al quale il primo ha il diritto a soddisfarsi, fino alla concorrenza del credito, sui beni, o meglio,

dell'autonomia privata, sia in ragione dell'accortezza dei vari legislatori nazionali, ci si sia orientati verso un superamento dei principi classici dell'accessorietà e della sussidiarietà delle garanzie (attraverso la predisposizione delle cosiddette garanzie "autonome"), della determinatezza e della specialità (prevedendo rispettivamente garanzie "omnibus" e garanzie "rotative"), nonché, per quanto concerne specificamente i tradizionali modelli di garanzie mobiliari, del requisito dello

sul ricavato della vendita dei beni del secondo, con privilegio sui creditori chirografari e su quelli la cui garanzia è comunque successiva nel tempo alla costituzione della *charge*. Successivamente («*Companies Acts*»), sempre il legislatore ha riconosciuto agli imprenditori la possibilità di costituire garanzia non solo su specifici beni, presenti e futuri (*fixed charge*), ma anche sull'intero patrimonio dell'impresa, avente ad oggetto beni *mutevoli* rispetto ai quali l'impresa conserva il diritto di disporre (*floating charge*). Tale ultima garanzia flottante, ha permesso di vincolare a tutela del credito concesso sia beni che costituiscono il capitale fisso, ad esempio macchinari o impianti, sia beni che costituiscono il capitale variabile, come le materie prime impiegate nel ciclo produttivo, presenti e futuri: la peculiarità, infatti, sta nell'effetto di garanzia posticipato nel tempo, nel senso che, costituitasi la *floating charge*, il debitore mantiene il libero esercizio delle merci gravate dal vincolo, così evitando la paralisi dell'attività imprenditoriale, mentre il creditore – verificatosi l'inadempimento – potrà aggredire (anche) beni ulteriori dell'impresa, al momento della *crystallisation* che è successiva alla costituzione della garanzia. Dal 2006 il legislatore inglese ha inoltre istituito un sistema di pubblicità, poi riformato nel 2013: "dovendo il *charge* essere registrato nel *Company's Registry*, al cui adempimento si collega l'opponibilità della garanzia, anche se, a rigore, non quello della validità. La riforma del 2013 ha previsto in particolare l'obbligo di registrare una modifica al *floating charge*, nonché, per la prima volta, la possibilità di registrare i *negative pledges*, che dunque ora sono opponibili ai terzi" (M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, cit., 308): in tema, e in particolar modo sulla *floating charge*, cfr. E. GABRIELLI-G.A. DANESE, *Le garanzie sui beni d'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, 633 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 103 ss.; G.B. BRUNI, *La garanzia «fluttuante» nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, 692 ss., spec. 708, dove osserva come il *floating charge agreement* si differenzi dal contratto costitutivo di pegno in ordine ad un duplice profilo: il primo riguardante la determinatezza del bene sottoposto a garanzia; il secondo concernente il requisito dello spossessamento; A. CANDIAN, *op. cit.*, 274 ss.; A. VENEZIANO, *op. ult. cit.*, 33 ss. e 96 ss.; F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, cit., 10 ss.; D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, cit., 2985 ss., spec. nt. 44-48; E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 47 ss.; E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2000, spec. 51 ss.

Ancora più evidente è lo sviluppo delle garanzie mobiliari in una prospettiva di superamento del principio dello spossessamento, nell'esperienza statunitense, dove a partire dal 1962, tramite l'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) è stato legislativamente introdotto un modello di garanzia mobiliare tendenzialmente omnicomprensivo e compatto per qualsivoglia tipologia di bene (*security interest*) identificata su base funzionale, generalizzandosi la trascrizione (in luogo dello spossessamento) ai fini dell'opposizione della medesima garanzia a terzi, riuscendo così nell'obiettivo di conciliare l'esigenza di tutela dei terzi, l'autonomia privata e la creazione di forme di garanzia mobiliare: cfr. F. FIORENTINI, *op. ult. cit.*, 21 ss.; A. VENEZIANO, *op. ult. cit.*, 123 ss.

spossessamento vista la minaccia, in esso contenuta, di sottrarre gran parte del capitale aziendale ad ogni possibilità di concreto utilizzo quale oggetto di garanzia⁽⁵³⁾.

Nulla di tutto ciò è stato invece possibile nel nostro sistema, e ciò in ragione del peculiare atteggiarsi che scelte di politica legislativa hanno imposto a principi dettati in materia di circolazione dei beni e di garanzie del credito⁽⁵⁴⁾; principi, per lungo tempo ritenuti da dottrina e giurisprudenza prevalenti assolutamente invalicabili, che sono riassumibili nell'elenco che segue:

i) la *par condicio creditorum* e il suo corollario rappresentato dalla tipicità delle cause legittime di prelazione⁽⁵⁵⁾;

ii) il *numerus clausus* dei diritti reali, per il quale le parti non possono disporre, in sede convenzionale, deroghe in tale materia e che pertanto impedisce l'estensione delle garanzie reali oltre a quelle legislativamente nominate⁽⁵⁶⁾;

⁽⁵³⁾ Così G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 1; cfr. anche C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, cit., 925, che osserva come la tendenza degli altri ordinamenti continentali, rispetto al tema delle garanzie mobiliari, sia nel senso di abbandonare il requisito dello spossessamento e di rendere più agevole il trasferimento dei crediti in garanzia, eliminando ogni formalismo ai fini dell'opponibilità a terzi. Nello stesso senso A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 311: "la tendenza al superamento dello spossessamento sembra connotare più di ogni altra l'evoluzione dei diritti occidentali del XX secolo"; cfr. P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 16, spec. nt. 27.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 104 s.

⁽⁵⁵⁾ V. *infra*, Cap. II, § 1.

⁽⁵⁶⁾ Nonostante la realtà di pegno e ipoteca abbia costituito l'elemento maggiormente contestato in dottrina (cfr. D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1956, 182: "Il problema della natura giuridica delle garanzie reali è stato agitato soprattutto riguardo l'ipoteca, ma si pone nei medesimi termini per il pegno"), l'idea che essi vadano ricondotti alla famiglia dei diritti reali, e in particolar modo alla categoria dei diritti reali di garanzia, è ancora oggi fortemente radicata nella dottrina prevalente: cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2011, 241 ss., spec. 253 ss.; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., 8, ritiene che l'idea che pegno e ipoteca debbano qualificarsi come diritti reali di garanzia trovi conferma nell'analisi della disciplina dettata dal legislatore, da cui emergerebbero alcuni tratti determinanti per la loro riconduzione al diritto reale, quali: "il diritto di astensione generica; il diritto di seguito o inerenza; il diritto di prelazione"; per ulteriori spunti sull'orientamento tradizionale formatosi sotto la vigenza del primo codice unitario, si v. gli Autori richiamati da A. MONTEL, voce *Garanzia (diritto reale di)*, cit., 745, nt. 2. Non sono tuttavia mancate ricostruzioni alternative, tese a negare a pegno e ipoteca la qualifica di istituti di diritto sostanziale declinabili in diritti soggettivi: in aperta contrapposizione con la tesi tradizionale, particolare attenzione merita la discussa tesi processualistica, maturata tra gli studiosi di diritto processuale tra gli anni '30 e '40 del XX secolo,

secondo cui, muovendo dalla peculiarità dei poteri che derivano al creditore da pegno e ipoteca, sarebbe possibile qualificare questi ultimi come istituti del processo esecutivo, o più precisamente come modalità di esercizio dell'azione esecutiva: secondo tale ricostruzione, la collocazione di pegno e ipoteca nell'area del diritto reale poteva trovare una giustificazione in un'epoca in cui il diritto di disporre del bene era prerogativa esclusiva del proprietario e il potere di far vendere senza la sua volontà doveva per ciò considerarsi "come una porzione della proprietà, [ma certamente] non oggi quando il diritto di far vendere il bene del debitore non è più proprio soltanto del creditore pignoratizio ma del creditore in genere"; pertanto – prosegue – la tesi tradizionale che riconduce pegno e ipoteca alla categoria del diritto reale di garanzia è insoddisfacente laddove non permette di cogliere appieno la distinzione tra "diritto subiettivo materiale" e "diritto subiettivo processuale": una siffatta confusione "doveva essere più facile nella fase della procedura esecutiva in cui lo stesso creditore fungeva da organo esecutivo, *prendendo da sé* anziché *facendo prendere* dall'ufficio: allora poté parere che, in quanto creditore pignoratizio potesse prendere la cosa anche al terzo acquirente, e, in ogni modo, con preferenza sui terzi creditori, egli avesse veramente un diritto contro i terzi"; tuttavia, a seguito del perfezionarsi del processo esecutivo, si è assistito ad un distacco tra la figura del creditore, da una parte, e l'organo processuale, dall'altra, il che – sempre secondo tale ricostruzione – avrebbe fatto venir meno anche quella "debole base" per considerare le situazioni in gioco in maniera diversa che da situazioni processuali e "pertanto, più correttamente che di diritto (reale, materiale) di pegno e di ipoteca, conviene parlare di *azione pignoratizia e ipotecaria*, la quale non è che una ulteriore modalità (estensione) dell'azione esecutiva [...]"; in tale prospettiva, quindi, sia prelazione, sia il diritto di seguito, i quali costituirebbero i pretesi elementi comprovanti la natura di diritto reale di pegno e ipoteca, vengono invece individuati come estrinsecazione del vincolo di carattere processualistico in cui si concretano, appunto, pegno e ipoteca (v. F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1935, 191 ss.; alle medesime conclusioni perviene T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, 265 ss.). Alla tesi processualistica si è tuttavia obiettato come, da una parte, la possibilità di costruire il diritto di garanzia come situazione processuale, non è sufficiente a negare *sic et simpliciter* il carattere di diritto reale, poiché, diversamente, si "trascura che ogni azione giudiziaria fa valere un diritto sostanziale; anche quella esecutiva di esproprio, in quanto anche la responsabilità patrimoniale ordinaria costituisce un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, la quale ultima la presuppone esistente ed è solo un mezzo per realizzarla" (D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 184); e, dall'altra, che essa non varrebbe a spiegare "*perché* mai il terzo possessore si trovi in quella situazione processuale, *perché* mai egli debba subire la sanzione, *perché* mai egli sia responsabile senza essere debitore" a cui si aggiunge che "chi risponde per un debito altrui ha volontariamente o legalmente assunto l'obbligo altrui come proprio [...] e quindi è in definitiva responsabile per un proprio debito: laddove il terzo possessore non si è mai sognato di assumere debiti di terzi e tantomeno la legge di imporglieli. Chi è responsabile pertanto non è lui, ma il suo bene: e poiché la responsabilità di un bene è espressione figurata, essa non può, fuor di metafora, significare se non che il debitore continua a rispondere verso il creditore con quel bene come se esso non fosse mai uscito dal suo patrimonio" (A. MONTEL, voce *Garanzia (diritto reale di)*, cit., 746): tutto ciò sarebbe possibile solo prendendo in considerazione il fatto che la garanzia vincola il bene al soddisfacimento di un'obbligazione e tale vincolo permane nonostante la cosa esca dal patrimonio del costituente (su quest'ultimo punto, v. M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, cit., 464). In particolare, per una sintesi dei diversi orientamenti dottrinali sviluppatasi attorno alla natura giuridica di pegno, cfr. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 14 ss. Sul problema del *numerus clausus* e di come tale principio abbia influito sull'effettiva capacità dell'autonomia privata di elaborare nuovi schemi di garanzie reali, v. *infra*, Cap.

iii) il divieto del patto commissorio, la cui effettiva portata si estende ben oltre il dato letterale, a prescindere dalla costituzione di garanzie reali tipiche⁽⁵⁷⁾.

Tutte le suindicate ragioni, infatti, hanno finito con l'emarginare l'autonomia privata, limitandone fortemente l'apporto creativo nell'elaborazione di nuovi schemi di garanzia reale e pregiudicato lo sviluppo di un adeguato sistema interno di garanzie reali, in linea con quelli che si sono progressivamente venuti ad affermare, ad esempio, nella maggior parte degli ordinamenti europei e in quello statunitense⁽⁵⁸⁾.

II, § 2 e ss., spec. § 2.1.2.

⁽⁵⁷⁾ V. *infra*, Cap. II, § 2 e ss., spec. § 2.1.1. Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 105, nt. 7: "Come comunemente sostenuto [...] la crisi del sistema delle garanzie reali tradizionali [ha] iniziato a prendere forma nel momento in cui l'inderogabilità del principio della *par condicio creditorum* e la tipicità del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia, intesi a limitare l'autonomia privata, si sono scontrati con il dinamismo del mercato".

⁽⁵⁸⁾ Indicativo è il fatto che la giurisprudenza è stata tendenzialmente propensa a negare all'autonomia privata ogni interferenza in materia di garanzie reali: cfr. Cass. 27 agosto 1996, n. 7859, in *Riv. dir. priv.*, 1197, I, 112; Cass. 17 maggio 1962, n. 1110, in *Mass. ann. Cass.*, 1962, 565; App. Roma, 30 ottobre 1995, n. 3134, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 151; App. Milano, 1 ottobre 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, 188; Trib. Milano 11 luglio 1985, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, 303. Sul tema, cfr. L. PIAZZA, voce *Garanzia. I) Diritto civile*, cit., 5.

CAPITOLO II

IL SISTEMA ITALIANO DELLE GARANZIE REALI NELL'AMBITO DEL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Il sistema italiano delle garanzie reali: la *par condicio creditorum* e le cause legittime di prelazione. – 2. Autonomia privata e garanzia reale: i tentativi diretti a superare il principio dello spossessamento. – 2.1. Il trasferimento della proprietà in garanzia: il problema dell'ammissibilità di un negozio retto solamente da una causa di garanzia. – 2.1.1. I limiti dettati dal divieto del patto commissorio. – 2.1.2. I limiti dettati dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali. – 2.2. La vendita con riserva di proprietà e il suo ruolo poco incisivo quale garanzia sui beni aziendali e sulle merci. – 2.3. Il *trust* a fini di garanzia come alternativa alle garanzie reali – 3. Garanzie mobiliari senza spossessamento e legislazione speciale: il privilegio speciale sui beni aziendali *ex art. 46 T.U.B.* Il problema della rotatività – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Il sistema italiano delle garanzie reali: la par condicio creditorum e le cause legittime di prelazione.*

Esaurite nel capitolo precedente le considerazioni di carattere introduttivo in ordine al fenomeno del finanziamento alle imprese e ai relativi strumenti di tutela, è a questo punto necessario focalizzare la disamina sulla nostra esperienza economico-giuridica, sull'apparato interno delle garanzie del credito (con particolare riguardo a quelle mobiliari), nonché sulle sue caratteristiche morfologiche e sulle specifiche ragioni che hanno concorso a plasmarne l'attuale struttura.

Ciò posto, non pare superfluo anteporre alle speculazioni che seguiranno un'osservazione forse banale, ma indispensabile per avere un chiaro e completo quadro della situazione: in Italia, come in un qualsiasi altro Paese che si caratterizza per una economia industriale e capitalistica, l'apparato delle garanzie specifiche si è venuto progressivamente ad innestare sul mercato del credito e, in particolar modo, sul sistema bancario. Ne consegue, dunque, che tutte le considerazioni

precedentemente svolte sia in tema di centralità del fattore creditizio in relazione alla gestione dell'attività economica d'impresa, sia in merito alla rilevanza tradizionalmente assunta dalle garanzie reali mobiliari sui beni aziendali, sono in linea di massima valide anche guardando al sistema interno⁽¹⁾.

Ciò posto, come già accennato, alcune specifiche peculiarità del contesto italiano hanno impedito, o almeno fortemente limitato, lo sviluppo di modelli alternativi di garanzie reali rispetto a quelli formali disciplinati a livello codicistico, condannando l'apparato interno delle garanzie reali ad un'endemica rigidità e diseconomicità: è infatti noto come il nostro ordinamento si sia tradizionalmente contraddistinto per un'inidoneità strutturale delle forme nominate di garanzia e, allo stesso tempo, per un'irredimibile inefficienza delle modalità legali di attuazione della responsabilità patrimoniale⁽²⁾.

In termini generali, l'ingessata conformazione del sistema interno si spiega almeno per tre ragioni.

Anzitutto per una ragione di carattere storico, poiché è noto come la (relativamente) recente esperienza giuridica italiana ha scontato una posizione di forte subalternità e permeabilità rispetto all'influenza esercitata da altri ordinamenti (su tutti quello francese e, seppur in minor misura, tedesco), i quali hanno contribuito a delineare nel nostro sistema i contorni di diversi istituti giuridici, tra cui (anche) l'apparato interno delle garanzie reali.

In secondo luogo, per due ragioni di carattere esclusivamente interno, e precisamente: per la già accennata fermezza di una parte significativa della

⁽¹⁾ Per considerazioni generali sulla interconnessione tra garanzie del credito e sistema bancario v. *retro*, Cap. I, § 1. Sulle specifiche caratteristiche del mercato del credito in Italia, v. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, 291 ss. Cfr. altresì F. NACCARATO, *Tecnica di finanziamento d'impresa*, Torino, 2017, 2 ss. e 193 ss.

⁽²⁾ Tutti questi problemi sono stati da tempo messi in rilievo dalla dottrina: cfr. M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 1997, 113 (spec. 127 ss.), il quale parla, appunto, di “rigidità e diseconomia del sistema delle garanzie reali «tipiche»”; analogamente A. CANDIAN, *op. cit.*, 309, la quale, invece, parla di “anchilosi” del sistema italiano delle garanzie reali; G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002*, PARADISO (a cura di), Milano, 2005, 277, evidenzia come “il sistema codicistico delle garanzie reali si connota per la sua tendenziale rigidità”.

giurisprudenza nell'interpretare principi dettati in materia di garanzie o connessi a queste ultime, in una prospettiva ora di tutela del debitore quale parte debole del rapporto obbligatorio (è il caso del divieto del patto commissorio disciplinato all'art. 2744 c.c.), ora di tutela della necessaria parità tra i creditori che concorrono sul medesimo patrimonio (è il caso della *par condicio creditorum* sancita all'art. 2741, primo comma, c.c.), che, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici – è il caso della Germania – ha impedito all'autonomia privata di intraprendere processi significativi volti alla creazione di garanzie mobiliari non possessorie, alternative al pegno, capaci di trovare piena legittimazione anche a livello giurisprudenziale; e, parallelamente, per una tendenziale attitudine all'immobilismo da parte del legislatore, poco sollecito a dare un'organica risposta alle istanze provenienti dalla prassi dei rapporti commerciali di poter disporre di garanzie non possessorie: infatti, solo verso la fine del XX secolo è stato possibile registrare una qualche innovazione da parte del formante legislativo, seppur fortemente settoriale; il che diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici – è il caso di Francia e Spagna – ha frustrato anche l'affermazione per via legislativa di garanzie mobiliari capaci di rinunciare allo spossessamento.

Tutto ciò ha determinato una progressiva perdita di importanza delle garanzie reali, e in particolar modo del pegno, poiché si è assistito a un divario sempre più netto tra le esperienze quotidiane e le necessità ricavabili dalla prassi, da una parte, e il repertorio di strumenti interni concretamente apprestati dal legislatore a tutela del credito concesso, dall'altra⁽³⁾.

Ma procediamo con ordine.

Occorre preliminarmente precisare come l'affermazione secondo cui il nostro codice civile non conosca alcuna garanzia mobiliare non possessoria, capace di operare in termini generali, sia inesatta: invero, l'art. 2810 c.c. prevede espressamente che possano costituire oggetto di ipoteca – la quale, come è noto, non richiede alcuno spossessamento ai fini della sua costituzione – anche «*le navi, gli aeromobili e gli autoveicoli, secondo le leggi che li riguardano*». La previsione a livello codicistico di

⁽³⁾ M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, 166, parla di “depotenziamento dell'interesse della prassi alla costituzione di una garanzia reale”.

un'ipoteca mobiliare, accanto alla più antica figura dell'ipoteca immobiliare, rappresenta l'approdo di un percorso evolutivo in materia di garanzie reali, pubblici registri e rapporti tra pegno e ipoteca: ancora nel previgente codice del 1865, infatti, l'ipoteca era limitata ai soli beni immobili, proprio perché le prime forme di pubblicità patrimoniale si erano affermate, grazie soprattutto alla trascrizione, e in parte anche al catasto, esclusivamente in ordine a quest'ultima categoria di beni. Vicende assai laboriose, che affondano le radici nelle esperienze delle nostre repubbliche marinare, hanno quindi portato alla graduale istituzione di congegni analoghi per le navi: ed è su questi ultimi che, nei primi decenni del XX secolo, si è venuto modellando quello per gli aeromobili e, quasi contemporaneamente, è stato istituito, presso l'ACI, il registro degli autoveicoli. Con la conseguenza, pertanto, che l'ipoteca mobiliare, accolta definitivamente dal codice del 1942, si è imposta quale completamento della disciplina (sempre ivi inserita) dei beni mobili iscritti nei pubblici registri⁽⁴⁾.

Ciò posto, le criticità circa la figura dell'ipoteca mobiliare sorgono in considerazione del fatto che quest'ultima finisca con l'avere una rilevanza pratica assai marginale nell'ambito del finanziamento alle imprese, dal momento che viene limitata dal disposto normativo ai soli beni mobili iscritti nei pubblici registri⁽⁵⁾. E certamente non sarebbe possibile ampliare convenzionalmente le categorie di beni assoggettabili a garanzia ipotecaria, poiché – ed è opinione assai condivisa in dottrina – l'individuazione di questi ultimi spetta esclusivamente al legislatore: in questo senso, l'elenco di cui all'art. 2810 c.c., pur se non esaustivo, sarebbe comunque integrabile solo tramite un'espressa previsione normativa⁽⁶⁾. Il che, è

⁽⁴⁾ È opportuno precisare che tali considerazioni valgono esclusivamente per l'ipoteca sulle *res corporales*; all'opposto, in ordine ai diritti di credito, già il codice Pisanelli, all'art. 1967, n. 4, prevedeva che l'ipoteca potesse avere ad oggetto le rendite dello stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico.

⁽⁵⁾ L'approccio restrittivo e fortemente diffidente del legislatore nel configurare un'ipoteca mobiliare ad ampio ricorso è stato dettato dal timore di veder proliferare forme di garanzia ipotecaria occulte. Sul punto v. *infra*.

⁽⁶⁾ In tal senso, v. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2006, 88: “la tassatività sta a indicare, in primo luogo, l'impossibilità per l'autonomia privata di rendere capaci di ipoteca beni diversi da quelli

chiaro, elimina alla radice ogni prospettiva di astratto ricorso dell'ipoteca mobiliare oltre le ipotesi espressamente individuate a livello positivo, rendendola così figura eccezionale, incapace di gravare anche su tutti quei beni d'impresa che non sono soggetti ad alcuna registrazione⁽⁷⁾.

Preclusa dunque ogni possibilità di percorrere la strada dell'ipoteca mobiliare quale forma generale garanzia non possessoria su beni aziendali, occorre domandarsi quali altre soluzioni siano concretamente sperimentabili in una prospettiva di superamento dell'inadeguato principio dello spossessamento: indubbiamente vi sono stati tentativi in tal senso, ma, al tempo stesso ognuno di essi ha dovuto necessariamente confrontarsi sia con le ragioni che tradizionalmente hanno delineato la rigidità dell'apparato interno, sia, per altro verso, con l'estrema difficoltà incontrata dall'autonomia privata nella ricerca di forme alternative e non nominate di garanzia reale.

Orbene, al fine di comprendere le ragioni che, unitamente considerate, hanno concorso a delineare la morfologia del sistema interno di garanzie reali, mi pare logico anzitutto muovere la speculazione da quelle di carattere storico, le quali hanno segnato l'intera esperienza giuridica italiana.

Da molto tempo gli studiosi hanno in più occasioni posto in evidenza come la disciplina in materia di garanzie (e non soltanto questa) si sia posta in un'ideale, ma

elencati; e in secondo luogo l'inapplicabilità della norma, oltre i casi e i tempi in essa considerati"; analogamente D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1956, 104; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti: delle ipoteche. Artt. 2808-2899*, 2^a ed., in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1976, 75.

⁽⁷⁾ Cfr. A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1991, 61, il quale evidenzia come a conciliare l'esigenza di tutela del credito e di mantenimento del possesso del bene gravato a favore del debitore provveda "per quanto possibile" l'ipoteca mobiliare, che tuttavia è limitata ai soli beni mobili registrati indicati all'art. 2810, comma 2, c.c. e in altre disposizioni dettate dal legislatore speciale. A quest'ultimo proposito, non sono mancate critiche da parte di chi auspicava un utilizzo maggiormente generalizzato della garanzia ipotecaria, di conseguenza rimproverando ai compilatori del Codice Civile del 1942 di essersi mossi con un'eccessiva cautela: in tal senso, cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, I, RESCIGNO, (diretto da), Torino, 1985, 463 ss.; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 168; P. DE MARCHI, *L'ipoteca navale: considerazioni e raffronti con l'ipoteca immobiliare*, in *Vita not.*, 1987, 63 ss. Sul tentativo di costruire, sotto il previgente codice del 1865, l'ipoteca mobiliare quale figura di portata generale, cfr. F. FERRARA JR., *Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1932, *passim*.

stretta, linea di continuità rispetto al recente passato; e come, al tempo stesso, il legislatore italiano nell'età delle codificazioni sia stato profondamente influenzato dal modello del *Code Napoléon* e, in generale, dall'esperienza giuridica maturata oltralpe⁽⁸⁾.

A quest'ultimo riguardo, l'ordinamento francese si è tradizionalmente caratterizzato per un fermo disfavore avverso ogni forma di garanzia non possessoria, accusata di rimanere occulta e quindi lesiva degli interessi degli altri creditori del costituente. È pur vero che all'indomani dell'entrata in vigore del *Code Napoléon* (anche conosciuto come *code civil des Français*) la funzione di rendere nota ai creditori chirografari la costituzione del vincolo fosse del tutto estranea alla *dépossession*, poiché altri erano gli strumenti adibiti a tal fine (come ad esempio l'obbligo di redigere l'atto costitutivo del pegno per iscritto, come previsto dall'art. 2074 *code civil*). Tuttavia, il *revirement* operato dalla dottrina francese di metà XIX secolo ha finito con l'assegnare proprio allo spossessamento il ruolo privilegiato di rendere pubblica l'esistenza del vincolo⁽⁹⁾: le conseguenze di tale scelta sono state, da un lato, l'affermarsi un'impostazione rigida e formalistica della garanzia reale, in

⁽⁸⁾ Sul punto, v. su tutti G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, 46 ss. M. BUSSANI, *op. cit.*, 164, parla di "omogeneità del nostro sistema rispetto alla propria tradizione"; analogamente ID., *Le garanzie reali*, cit., 717; cfr. altresì G. TUCCI, voce *Garanzia* in *Digesto (disc. priv.)*, VIII, Torino, 1992, 591; ID., voce *Garanzia, III) Diritti di garanzia – dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 3 e 5 s.; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 309, evidenzia: "a differenza di altre esperienze giuridiche occidentali, quella italiana pare confinare la disciplina delle garanzie reali nel quadro tracciato dal codice del 1942, il quale, a sua volta, poco innovava l'architettura complessiva del sistema ereditato dal codice del 1865". In ordine all'influenza esercitata dall'esperienza giuridica francese sulle vicende italiane in materia di garanzie reali, e in particolar modo quelle mobiliari, v. A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 16 s. Sull'influenza che, in termini generali, il *Code Napoléon* ha esercitato sull'ordinamento giuridico interno e, in particolare, sul codice Pisanelli del 1865, cfr. G. ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, 6 ss. Per un'analisi sull'influenza della dottrina transalpina con riguardo alle funzioni tradizionalmente associate allo spossessamento, nell'ambito della disciplina della garanzia pignorizia, v. *infra*, Cap. III, spec. § 5.

⁽⁹⁾ Cfr. P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 171 s.; ID., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, 111 ss.; tutti G. PIEPOLI, *op. cit.*, 11 ss., spec. 21 ss. In ordine all'originaria funzione dello spossessamento, nonché sulle ragioni che hanno determinato il mutamento delle funzioni ad esso associato, si rimanda a più approfondite considerazioni, *infra*, Cap. IV.

particolare modo del pegno; e, dall'altro, un'ostilità rispetto a qualsiasi forma di garanzia mobiliare che non fosse adeguatamente pubblicizzata, proprio perché potenzialmente preordinata a intralciare la circolazione dei beni e ad alterare la *par condicio creditorum*.

Tutte queste scelte, sia a livello normativo che a livello dottrinale, furono recepite e fatte proprie dall'ordinamento interno e ancorché non tutte positivizzate (ad esempio, non v'è traccia né nel primo codice unitario, né nel successivo codice del 1942, della pretesa funzione di pubblicità assegnata allo spossessamento), furono comunque intese dalla maggior parte dei giudici come elementi immanenti al nostro sistema, il che contribuì ad un suo ulteriore, complessivo irrigidimento.

La continuità con l'esperienza d'oltralpe, unitamente alle scelte ermeneutiche operate da dottrina e giurisprudenza, poco propense a mettere in discussione principi oramai dati per acquisiti, permettono di comprendere appieno i connotati che ancora oggi contraddistinguono la disciplina del pegno e, in generale, dell'apparato interno delle garanzie reali, i quali consistono: nel rigido formalismo che ne caratterizza la costituzione, con la conseguenziale inammissibilità di garanzie occulte o segrete⁽¹⁰⁾; nell'importanza riservata al principio di specialità, consistente nella necessaria determinazione dei beni offerti in garanzia, il quale pone un ostacolo all'estensione della stessa a beni diversi rispetto a quelli originariamente previsti⁽¹¹⁾; nella necessaria specificazione dei crediti garantiti, che frena la

⁽¹⁰⁾ In tal senso cfr. G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Digesto (disc. priv.)*, cit., 591.; ID., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974, 155.

⁽¹¹⁾ Per quanto concerne il pegno, in forza dell'art. 2787, terzo comma, c.c. è stabilito che: «*Quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa*»; a ciò deve aggiungersi che secondo l'orientamento tradizionale l'oggetto della garanzia pignorizia deve essere determinato al momento della costituzione del vincolo fino al suo estinguersi, pena la perdita dello *ius prelationis*. Il problema della fissità dell'oggetto della garanzia (e le conseguenze negative che si ripercuotono sull'efficacia del pegno in relazione ai beni d'impresa), nonché la possibilità di estendere quest'ultima a beni diversi da quelli originari, successivamente entrati nel patrimonio del costituente in sostituzione dei primi, ha posto la questione di ammissibilità delle clausole di rotatività (o di lavorazione) apposte al contratto di pegno; clausole assai diffuse nella prassi bancaria, in forza delle quali si consente al creditore di sostituire, previa autorizzazione del costituente, il bene offerto originariamente in garanzia con uno nuovo, senza che con ciò si produca alcun effetto novativo: si ha così il pegno rotativo, definito in dottrina come quella "forma di garanzia che consenta la

sostituibilità e mutabilità nel tempo del suo 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 tale mutamento dia luogo alle condizioni di revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere" (E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 103). L'elaborazione di tale modello soddisfa la necessità di creare uno schema negoziale capace di offrire risposta alle esigenze proprie della gestione d'impresa, nel senso che dipendendo l'attività economica dell'imprenditore da un costante flusso di finanziamenti, egli dovrà – come già detto – offrire in garanzia non solo il capitale fisso, ma anche quello circolante che, per sua stessa natura, si compone di beni in continuo mutamento (merci, prodotti semilavorati, materie prime, etc.). Stante la rigidità dello schema codicistico del pegno, la clausola di rotatività permette di conferire elasticità alla garanzia pignoratizia, in guisa tale da “superare nella garanzia reale l'immobilità dell'oggetto, e la sua fissità in funzione di garanzia del credito, quando l'oggetto, per le sue caratteristiche ontologiche, assuma un ruolo importante sia nell'ambito del processo produttivo dell'impresa, sia nel mercato dei capitali” (E. GABRIELLI, «Pinocchio» il «grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto), in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 276, (già in *Riv. not.*, 2002, I, 547). Ora, la dottrina che per prima si era occupata di pegno rotativo, si è dovuta anzitutto confrontare con la possibilità di conciliare la clausola di rotatività con il disposto dell'art. 2787, terzo comma, c.c., il quale esige una sufficientemente dettagliata indicazione della cosa sottoposta a vincolo: a tal riguardo occorre preliminarmente distinguere tra la sostituzione dell'oggetto del pegno in se e per sé, circostanza che non pone particolari problemi di ammissibilità (v. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 35 s.), dalla possibilità di estendere il diritto di pegno dalla cosa originaria a quella sostitutiva, nel senso se la sostituzione del bene originariamente offerto in garanzia determini il sorgere di un nuovo pegno o meno. In altri termini, il *punctum dolens* dell'ammissibilità del pegno rotativo è stato individuato nel rapporto tra sostituzione convenzionale dell'oggetto del pegno e condizioni di efficacia del diritto di prelazione. Così posti i termini del problema, un primo orientamento ha ritenuto che la sostituzione delle cose originariamente vincolate con altre nuove determinasse necessariamente il sorgere di un nuovo pegno, rendendosi così necessaria una nuova scrittura ai fini dell'acquisto dello *ius prelationis* e, di fatto, mortificando la concreta utilità della figura: in tal modo, una clausola di rotatività, pur ammissibile, sarebbe efficace solo *inter partes* e assolutamente inidonea a consentire la prelazione (così G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 35; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 52 e 206; sulla stessa linea si sono poste le prime pronunce in tema di pegno rotativo: v. Trib. Livorno 13 dicembre 1996, in *Giur. mer.*, 1998, 37; App. Roma 30 ottobre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 570; Trib. Roma 21 luglio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, 532). Successivamente, ampio consenso ha trovato la ricostruzione teorica del pegno rotativo elaborata da Enrico Gabrielli: l'Autore muove dalla considerazione che nel nostro ordinamento vi siano numerosi indici normativi da cui desumere la possibilità di sostituire l'oggetto del pegno, senza alcuna conseguenza all'opponibilità e continuità della garanzia, e precisamente: l'art. 2742 c.c. sulla surrogazione dell'indennità alla cosa oggetto della garanzia in caso di suo perimento o deterioramento; l'art. 2795 c.c., in materia di perimento o deterioramento della cosa data in pegno; gli artt. 2802, 2803 c.c., in materia di pegno di crediti, che autorizzano il creditore a riscuotere gli interessi del credito a deconto del proprio credito oggetto di pegno. Tali norme costituirebbero il fondamento per la costruzione di una garanzia reale in cui il bene che ne costituisce oggetto venga in considerazione non già nella sua individualità, ma in relazione al suo valore economico; in tal modo, sarebbe possibile il trasferimento dello *ius prelationis* dal bene originario a quello sostitutivo in virtù di un fenomeno di surrogazione reale: infatti è “consustanziale alla configurazione unitaria dell'operazione economica – e all'interesse delle parti

contrattuali – che nel suo svolgersi e articolarsi si modifichi uno dei suoi termini, senza che ciò comporti la nascita di un nuovo e diverso rapporto, dato che ciò contrasterebbe con le finalità dell'atto di autonomia [consistenti] nella possibilità di porre in essere un'operazione di garanzia che si protragga nel tempo”; pertanto “è possibile, mediante la surrogazione reale, operare la sostituzione dell'oggetto del pegno, pur mantenendo l'originaria unità e identità del rapporto, in quanto l'interesse protetto con la garanzia non è il conseguimento della *res*, ma quello diretto al conseguimento dell'utilità reale e cioè del valore economico rappresentato dalla cosa, nella quale si identifica il concetto di garanzia reale” (E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 115 (già in *Digesto (disc. priv.)*, XIII, Torino, 1995; analogamente, ID. *Il pegno anomalo*, cit., 74 ss.). In tale ricostruzione, tuttavia, l'ammissibilità della fattispecie viene subordinata alla sussistenza di determinati requisiti, quali: i) che la clausola di rotatività sia inserita già nell'atto costitutivo del vincolo; ii) che le successive modifiche e lavorazioni da apportare alla cosa originariamente vincolata siano specificamente previste, in una prospettiva di un'unitaria operazione economica ed effettuate entro il limite di valore che la cosa stessa aveva al sorgere del vincolo, in modo tale da prevenire *ab origine* il rischio di collusioni tra debitore e creditore pignoratizio in pregiudizio dei terzi creditori che, per effetto delle lavorazioni e/o sostituzioni, potrebbero veder fuoriuscire dal patrimonio del debitore un bene avente valore superiore a quello originariamente sottoposto a garanzia. Rispettando tali requisiti, allora, il patto di rotatività sarà efficace nei confronti dei terzi “fin dal momento costitutivo del diritto di garanzia” (E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 120). Dopo alcune aperture delle corti di merito (cfr. App. Roma 30 ottobre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 570; Trib. Milano 17 novembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, 97) la tesi di Gabrielli è stata definitivamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità: con la nota sentenza Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, 491, (il cui orientamento permane in senso costante: cfr. da ultimo Cass. 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, 413) la Suprema corte fa proprie le argomentazioni già adottate in dottrina a sostegno della configurabilità del pegno rotativo, pur fissando rigide condizioni di operatività, ossia: che le parti stabiliscano *ex ante* tempi e modi di sostituzione, per evitare che la clausola finisca con lo stravolgere la struttura fondamentale della garanzia pignoratizia così come descritta dagli artt. 2786 e 2787 c.c.; poiché l'oggetto della garanzia viene in rilievo in relazione al suo valore economico, che le sostituzioni avvengano entro i limiti di valore della cosa originaria, così da tutelare i terzi creditori. Ciò posto, la successiva elaborazione giurisprudenziale ha segnato un affinamento ad opera dei giudici della disciplina del pegno rotativo, talvolta stravolgendone parzialmente l'originaria impostazione teorica, nel senso di assimilare il pegno rotativo alla categoria delle fattispecie a formazione progressiva: “il patto di rotatività non può avere che effetti meramente obbligatori rispetto alla futura sostituzione del bene oggetto di pegno”, sicché la fattispecie non è perfetta ed efficace *ex tunc*, ma solo *ex nunc*, cioè inizia con l'accordo e si conclude all'esito dell'ultimo atto: ossia, con la consegna delle cose di volta in volta offerte in sostituzione, la quale diviene così elemento perfezionativo della fattispecie; con la conseguenza di avvicinare il pegno rotativo al pegno di cosa futura (Cass. 27 settembre 1999, n. 10685, in *Riv. not.*, 2000, II, 1467; Cass. 11 novembre 2003, n. 16914, in *Il Fallimento*, 2004, 1211; la ricostruzione del pegno rotativo quale fattispecie a formazione progressiva, assimilandolo al pegno di cosa futura è stata duramente criticata dalla stessa dottrina che ha elaborato il fondamento teorico della garanzia rotativa: il senso della rotatività del vincolo, infatti, è quello di dar vita ad un'unitaria operazione economica, unità che verrebbe meno qualora la costituzione del pegno sui beni sostitutivi fosse rimandata al successivo momento della loro consegna al creditore: pertanto la genesi del diritto reale di pegno va collocata *ab initio* (e non al momento successivo della consegna dei beni sostitutivi, come nello schema del pegno di cosa futura), mentre al momento delle

successive rotazioni ne verrebbe modificato solamente l'oggetto: cfr. E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 162 ss. (già in *Digesto (disc. priv.)*, VI Agg., Torino, 2011). Non sono mancate in dottrina autorevoli voci di dissenso rispetto alla configurabilità del pegno rotativo; in particolare l'ammissibilità della figura è stata criticata in quanto essa si porrebbe in contrasto con diverse disposizioni, e segnatamente: i) con l'art. 2787, secondo comma, c.c., che subordina la possibilità per il creditore pignoratizio di far valere la prelazione al fatto che permanga l'impossessamento del creditore stesso; ii) con l'art. 2785 c.c. che, nel far salvi casi e forme particolari di pegno previste nella legislazione speciale, non consente di desumere da queste ultime fattispecie il principio generale di rotatività; iii) con l'art. 1372 c.c., che prevede che il contratto non può produrre effetti oltre le parti se non nei casi previsti dalla legge, e che quindi renderebbe la clausola di rotatività inopponibile ai terzi, in quanto non sarebbe in grado di incidere sui modelli normativi tipici (cfr. F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, II, 1464 ss.; ID., *Il vestito dell'imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, *ivi*, 2002, 563 ss.). La garanzia rotativa, da ultimo, ha trovato piena conferma anche sul piano positivo: infatti, si è espressamente riconosciuta la rotatività, consentendo alle parti di sostituire l'oggetto della garanzia pignoratizia senza che ciò comporti il sorgere di un nuovo vincolo, all'art. 34, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (Decreto Euro) in ordine agli strumenti finanziari dematerializzati, così come integrato e attuato dagli artt. 45, 46 e 54, Regolamento CONSOB 23 dicembre 1998, n. 11768 (in tema, v. M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., *passim*); all'art. 5, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, attuativo della direttiva 47/2002/CE e successive modifiche, in ordine ai contratti di garanzia finanziaria (in tema, cfr.: E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 297 ss. (già in *Digesto (disc. priv.)*, III Agg., Torino, 2007); P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, 184 ss.); e all'art 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, in ordine al pegno mobiliare non possessorio su beni aziendali a garanzia di crediti d'impresa. Le registrate novità anche sul piano legislativo, pertanto, fondano il convincimento che la configurabilità del pegno rotativo "si legittim[i] ormai sul piano del diritto effettivo" (C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., 161).

Ciò posto, preme evidenziare come il discorso del pegno rotativo debba essere tenuto ben distinto dal problema dello spossessamento: giurisprudenza e dottrina dominanti, infatti, continuano a ritenere che condizione di costituzione del vincolo pignoratizio, inteso come vincolo opponibile ai terzi, richieda lo spossessamento: v. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, cit.: "perché la sostituzione [...] possa essere operante, i nuovi beni devono essere consegnati al creditore"; in altri termini si conferma che anche il pegno a cui acceda la clausola di rotatività richiede, ai fini dello *ius prelationis*, lo spossessamento, che si realizza mediante la consegna dei beni di volta in volta offerti in sostituzione dell'originario oggetto della garanzia (chiaramente in tal senso, v. anche M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative convenzionali»: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 20; cfr. G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, cit., 284: "L'elemento saliente [del pegno rotativo] non è la mancanza di spossessamento ma la data della prelazione"; infatti "[p]ur potendosi abbinare all'assenza dello spossessamento [...] il patto di rotatività può benissimo adattarsi ad una garanzia possessoria"). Semmai, si aggiunge, è vero il contrario: una garanzia mobiliare non possessoria deve essere necessariamente anche rotativa, in modo tale da consentire al debitore di continuare ad utilizzare il bene offerto in garanzia, finanche trasformarlo, poiché, altrimenti, la sua utilità pratica verrebbe fatalmente vanificata: sul rapporto tra spossessamento e rotatività, cfr. 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 e tit. cred.*, 1999, I, 583 s., spec. nt. 4.

configurabilità di garanzie *omnibus*⁽¹²⁾; nella registrata assenza – come precedentemente accennato – di significative innovazioni da parte del legislatore in una prospettiva di superamento del principio dello spossessamento; infine, nel carattere eccezionale tradizionalmente attribuito alle garanzie specifiche nominate rispetto al ruolo privilegiato assegnato alla garanzia generica di cui all’art. 2740 c.c.

Tra questi, particolare attenzione merita senz’altro l’ultimo aspetto ad essere stato richiamato: la preferenza accordata alla garanzia patrimoniale ha infatti costituito un forte ostacolo alla diffusione di nuove forme di garanzia reale.

Ora, la materia della responsabilità patrimoniale, come è noto si regge sugli artt. 2740 e 2741 c.c. ed è universale in una duplice accezione: tutti i beni patrimoniali del debitore, sia presenti che futuri, costituiscono la garanzia generica dei creditori; tutti i creditori si trovano in una posizione paritaria nel poter aggredire il patrimonio del debitore fino alla soddisfazione dei rispettivi crediti.

La seconda accezione costituisce l’espressione del principio cardine della *par condicio creditorum*, in virtù del quale ciascun creditore ha egual diritto a essere soddisfatto sul ricavato ottenuto in sede esecutiva dalla vendita dei beni del debitore, fatte salve le legittime cause di prelazione, richiamate al secondo comma dell’art. 2741 che fonda il correlativo principio della tipicità delle cause legittime di prelazione⁽¹³⁾.

Orbene, la *par condicio creditorum* e la sua effettiva portata è stata diversamente intesa in dottrina: chi l’ha inquadrata tra i principi generali dell’ordinamento (art. 12, secondo comma, disp. prel. c.c.)⁽¹⁴⁾; chi, diversamente, l’ha ritenuta un’emanazione

⁽¹²⁾ Sul punto, cfr. G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell’impresa e tutela dei finanziamenti*, cit., 192 ss., che osserva come determinatezza dei beni offerti in garanzia e specificità del credito garantito si pongano “in netta antitesi con l’esigenza di un certo grado di genericità, che si deve necessariamente ammettere nel caso in cui l’oggetto della garanzia è un complesso di merci” e, al tempo stesso, “con l’esigenza di fornire una tutela non di un credito o di crediti specifici, ma di un’intera operazione economica di cui non si possono determinare inizialmente i tempi ed i modi”; analogamente G. PIEPOLI, *op. cit.*, 49 ss.

⁽¹³⁾ La formula dell’art. 2741 c.c., che riprende quella dell’art. 1948 del previgente codice civile, richiama quasi alla lettera quella dell’art. 2093 *code civil*: «*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s’en distribue entre eux par contribution, à moins qu’il n’y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*».

⁽¹⁴⁾ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 1991, 63:

della legge naturale⁽¹⁵⁾; chi, addirittura, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, l'ha elevata a rango costituzionale, quale estrinsecazione del principio di uguaglianza formale enucleato all'art. 3 Cost.⁽¹⁶⁾; e chi, infine, ha evidenziato il carattere programmatico dell'art. 2741 c.c., ed è così pervenuto a concludere che l'ordinamento interno sarebbe improntato ad un *favor* rispetto all'uguaglianza tra i creditori e che dunque sarebbe rinvenibile un "principio generale di concorsualità"⁽¹⁷⁾.

A ben vedere, tuttavia, il mito della parità di trattamento dei creditori e la sua effettiva portata sono stati oggetto, nel corso degli ultimi anni, di significative revisioni critiche: invero, il dogma – indiscutibile per i codificatori del 1942 – secondo cui tutti i creditori hanno egual diritto di soddisfarsi sul patrimonio del loro debitore, parrebbe, già in *prima facie*, andare incontro più a deroghe che a conferme⁽¹⁸⁾.

In quest'ultimo senso, particolarmente significative sono le considerazioni sviluppate da autorevole dottrina, che individua cause *esterne* e *interne* di alterazione

"la *par condicio creditorum* corrisponde ad un'intuitiva esigenza di parità di trattamento e ha forza di principio generale".

⁽¹⁵⁾ Cfr. P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 93: "la letteratura consider[a] il principio in questione totalmente scontato e *self-evident*, da non richiedere neppure una dimostrazione, in termini di identificazione della valutazione di interessi assunta dal legislatore, oppure lo colloc[a] in una sfera quasi metafisica, come espressione di diritto naturale".

⁽¹⁶⁾ A. RAVAZZONI, *Privilegi e parità di trattamento*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi. Congresso dei civilisti italiani. Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, 923, il quale spiega la *par condicio creditorum* come espressione del principio di uguaglianza sancito all'art. 3, comma 1, Cost. *Contra* P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.: "non si può far derivare [...] la parità di trattamento in diritto privato [...] dal precetto costituzionale [della] uguaglianza di fronte alla legge [perché] sarebbe completamente distrutta l'autonomia privata, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre".

⁽¹⁷⁾ M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359 ss.: l'Autore aggiunge come da ciò deriverebbe la possibilità di applicare in chiave analogica le norme espressione della *par condicio creditorum*.

⁽¹⁸⁾ Cfr. E. ROPPO, *Par condicio creditorum, sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, 306: "In realtà al pari di quanto può constatarsi con riguardo al carattere illimitato della responsabilità patrimoniale del debitore, anche qui (qui, anzi, in modo ancora più intenso) il principio affermato si rivela assai meno «generale» di quanto la sua enunciazione farebbe supporre"; analogamente, v. V. COLESANTI, *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Il Fallimento*, 1984, 36, il quale afferma che già nella sua enunciazione la *par condicio creditorum* incontra un primo limite, poiché ci sono creditori che, assistiti da cause di prelazione, sono "più eguali degli altri".

della *par condicio creditorum*, le quali, tutte assieme, hanno contribuito a segnare la crisi di principio generale: le prime legate sia all'aumento dei privilegi legali, sia alla diffusione o creazione di nuovi strumenti contrattuali, come ad esempio la vendita con riserva di proprietà⁽¹⁹⁾, che, attecchendosi a deroghe *sui generis* della *par condicio*, attribuiscono una speciale tutela a determinate categorie di creditori; le seconde, invece, rinvenibili sia nell'aumento delle ipotesi di prededuzione – di cui all'art. 111, n. 1, R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare) – ai crediti sorti nelle procedure concorsuali minori precedenti il fallimento, sia nella legislazione speciale di emergenza per la crisi delle imprese⁽²⁰⁾.

Non solo: è stato osservato come siano le stesse scelte del debitore, nonché la regola della procedura esecutiva individuale – a fronte dell'eccezionalità di quella concorsuale – a porsi in aperto contrasto con la *par condicio creditorum*: il rispetto di quest'ultima, infatti, viene subordinato alla buona condotta del debitore e all'iniziativa processuale dei suoi creditori. Per quanto concerne il debitore, questi, tra più debiti esigibili, può liberamente scegliere quali adempiere e quali no, magari anche optando per destinare l'intero patrimonio al pagamento di uno solo e lasciare così insoddisfatti tutti gli altri creditori; o ancora può scegliere quali debiti adempiere prima e quali dopo; o, infine, può decidere liberamente quali debiti adempiere per intero e quali soddisfare solo in parte, fatte salve, ovviamente, le conseguenze derivanti dall'inadempimento di talune obbligazioni. Per quanto concerne il creditore, invece, questi è legittimato ad attivare la procedura esecutiva al fine di

⁽¹⁹⁾ V. *infra*, § 2 e ss.

⁽²⁰⁾ In tal senso, v. P.G. JAEGER, *op. cit.*, 89 ss., che afferma: “la *par condicio creditorum* non è un principio assoluto, ispirato a interessi superiori, di carattere economico, sociale o ideologico. Essa risponde, piuttosto, a criteri di «ordine» nelle procedure concorsuali, che passano in secondo piano di fronte al riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela. Come tale, ha, effettivamente, un valore «residuale», il che non toglie che gli si possa riconoscere un'impronta di generalità, dopo che sia chiarito l'ambito e la portata delle ipotesi «eccezionali», nelle quali non trova applicazione. Infine, non è possibile sostenere che dal principio derivino diritti soggettivi, e neppure posizioni soggettive tutelate in quanto tali, dal momento che queste ultime rappresentano, semplicemente, il riflesso di precetti obbiettivi”, concludendo che la *par condicio* sarebbe “destinata a operare se e in quanto non esistano obbiettive situazioni di disuguaglianza espressamente rilevate dal legislatore”. Cfr. anche A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 91 s., il quale evidenzia come, per tali motivi, soprattutto “nell'ambito delle procedure concorsuali, i creditori chirografari vengono confinati nel ruolo di meri spettatori della procedura stessa” (*ivi*, 93).

realizzare il proprio diritto, non essendo però affatto tenuto a rispettare le pari esigenze di soddisfazione dei terzi creditori: infatti la valutazione di questo profilo viene rimessa in via esclusiva all'autorità giudiziaria, ma solo qualora questa sia stata sollecitata dall'attivarsi degli altri creditori interessati, che esercitano il potere di intervento⁽²¹⁾.

Tutto ciò, invece, non è possibile nell'ambito delle procedure concorsuali, ove – in via del tutto eccezionale – vengono paralizzate sia l'iniziativa individuale del debitore, sia quella dei singoli creditori, dal momento che la legge fallimentare prevede, da una parte, che i pagamenti eseguiti dal debitore successivamente alla dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto al comitato dei creditori; e, dall'altra, che dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o validamente proseguita dal creditore su beni facenti parte la massa attiva e dunque ricompresi nella procedura concorsuale⁽²²⁾.

Dalle considerazioni che precedono, la parità di trattamento dei creditori non sembra atteggiarsi a principio generale, ma piuttosto a “principio direttivo applicato in modo diverso dalle singole norme, alle quali soltanto deve farsi riferimento”, nel

⁽²¹⁾ Cfr. P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 321 ss., il quale afferma non esistere in capo al creditore, chirografario o privilegiato, un diritto a pretendere un ordine all'adempimento, richiamando a tal proposito l'art. 1193, primo comma, c.c. che afferma: «Chi ha più debiti della medesima specie verso la stessa persona può dichiarare, quando paga, quale debito intende soddisfare». Da cui ne deriva che “ciascun creditore ha tanto poco un egual diritto (rispetto agli altri creditori) all'adempimento da parte del debitore, da potersi ritrovare senza rimedi di sorta”. Anche E. ROPPO, *op. cit.*, 307, evidenzia come “L'attuazione piena della regola di *par condicio creditorum* richiederebbe che si limitasse, da un lato, la libertà del debitore di scegliere autonomamente l'ordine di adempimento spontaneo dei suoi debiti, e dall'altro la libertà dei creditori di aggredire con gli strumenti di esecuzione forzata [...] i beni del proprio debitore”.

⁽²²⁾ Così E. ROPPO, *op. loc. cit.*, che evidenzia come questo tipo di esecuzione, l'unico capace di attuare il pari trattamento dei creditori, “non costituisce la regola, bensì l'eccezione”. Di opinione parzialmente differente L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, 2ª ed., in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da), BUSNELLI (diretto da), Milano, 2010, 123 ss.: l'Autore rinviene la concorsualità anche nelle procedure collettive come la cessione dei beni ai creditori, nonché in quelle individuali attraverso l'istituto dell'intervento dei creditori, e così intende la *par condicio creditorum* in termini di pari diritto alla partecipazione della distribuzione del ricavato della vendita forzata. In tema, particolare rilevanza assumono le autorevoli considerazioni condotte da V. COLESANTI, *Mito e realtà della “par condicio”*, cit., 36, secondo cui, in base all'art. 2741 c.c., il concorso tra i creditori non costituisce un “derivato” dell' “egual diritto”, ma è vero il contrario, e cioè che l' “egual diritto” rappresenta la regola tendenziale dell'attuazione del concorso.

senso che esisterebbero solamente “singole disposizioni che prevedono la regola della parità di trattamento quale modalità attuativa del concorso”⁽²³⁾.

Ma se il ridimensionamento della reale portata della *par condicio creditorum* passa, da una parte, attraverso la stessa azione esecutiva individuale, e, dall'altra, attraverso l'utilizzo di strumenti propri del diritto dei contratti e delle obbligazioni al fine di creare atipiche posizioni di preferenza (pur entro tutti i limiti che saranno meglio esposti nel prosieguo), occorre in ultimo considerare come sia lo stesso art. 2741 c.c. a prevedere con le cause legittime di prelazione un'esplicita eccezione principio in parola: il che, pertanto, pare già di per sé sufficiente ad escludere ogni possibilità di configurarlo come principio assoluto. E infatti, delineata dal vigente codice civile la responsabilità patrimoniale come stato di soggezione dei beni del debitore all'azione esecutiva del creditore e le cause legittime di prelazione come figure che comportano la creazione di una riserva *ad rem* su singoli e specifici beni del debitore o di un terzo⁽²⁴⁾, queste ultime non possono che rappresentare limiti alla *par condicio creditorum*, poiché costituiscono mezzi destinati a soddisfare, per il creditore che le possa vantare, esigenze di conservazione e realizzazione di tutela preferenziale del credito, in aperta deroga con il preteso principio della irrinunciabile parità tra tutti i creditori⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 89 s.

⁽²⁴⁾E. GABRIELLI, *Spossamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 77 (già in *Il Fallimento*, 2002): “Nella garanzia reale la complessiva regolamentazione dettata dai contraenti, considerata nel suo profilo funzionale, è infatti diretta a creare a favore del creditore garantito una riserva di utilità (reale) sul patrimonio del costituente”; analogamente ID., *Il pegno anomalo*, cit., 124: “Il concetto di garanzia, applicato alla garanzia reale, può [...] essere concepito come riserva di utilità, che trova un immediato punto di incidenza materiale nella inerenza su una *res*”.

⁽²⁵⁾Oltre alle ipotesi espressamente menzionate dall'art. 2741, comma 2, c.c., occorre altresì ricordare le ipotesi in cui è la legge stessa a prevedere che alcuni crediti vengano anteposti ad altri ai fini della loro soddisfazione: i crediti della comunione coniugale, che in fase di esecuzione sui beni della comunione sono preferiti rispetto ai creditori particolari di un coniuge sprovvisti di garanzia reale (art. 189, comma 2, c.c.); i crediti del *de cuius* e i legatari, che nel caso di eredità beneficiata sono preferiti, riguardo ai beni dell'asse, ai creditori dell'erede (art. 490, n. 3, c.c.), mentre in sede liquidazione, i creditori del *de cuius* sono preferiti ai legatari (art. 499, comma 2, c.c.), e se si verificano le condizioni dell'art. 499, comma 3, c.c., il legatario di specie è preferito rispetto agli altri legatari; ancora, nel caso di separazione dei beni del defunto dai beni dell'erede, si dà preferenza ai creditori e ai legatari separatisti rispetto ai creditori dell'erede (art. 512, comma 1, c.c.), e in certe

A conti fatti, quindi, già lo stesso art. 2741 c.c. permette una relativizzazione della *par condicio creditorum*; il progressivo moltiplicarsi delle sue eccezioni, poi, ha fatto il resto, tant'è che, nella situazione attuale, è possibile affermare che la *par condicio creditorum* costituisce "l'eccezione molto più che la regola"⁽²⁶⁾ al punto che di essa "si può ormai tranquillamente recitare il *de profundis*"⁽²⁷⁾.

Orbene, se il dato attuale che emerge a livello sistematico suggerisce un netto affievolimento dell'idea di *par condicio creditorum* quale principio assoluto e generale, non va dimenticato come altro è considerare i più recenti risultati a cui è pervenuto il dibattito dottrinale in materia di *par condicio*, altro è valutare come essa abbia condizionato la morfologia del sistema interno delle garanzie reali; in quest'ultimo senso, infatti, il discorso è destinato ad assumere una piega ben diversa.

Pertanto, al di là dei più recenti orientamenti dottrinali che certamente hanno attribuito una maggiore elasticità alla *par condicio* e portato a compimento una vera e propria opera di smitizzazione del principio⁽²⁸⁾, è indubbio che, tradizionalmente, nel nostro ordinamento fortissima sia stata la retorica della *par condicio creditorum* e l'influenza che essa ha esercitato sul processo evolutivo delle garanzie reali, le quali, in quanto dirette deroghe rispetto a quest'ultima, da sempre sono state guardate dal legislatore con estrema diffidenza.

Al tempo stesso, poi, forte è stata la preoccupazione da parte della

condizioni (art. 514, comma 3, c.c.) anche rispetto ai creditori e legatari non separatisti; mentre i creditori separatisti sono preferiti ai legatari separatisti (art. 514, comma 3, c.c.); da ultimo, in fase di azione revocatoria, l'art. 2909, comma 2, c.c. dispone che il terzo contraente che abbia verso il debitore ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria, non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto. Altre ipotesi di prelazione legale sono poi rinvenibili nella legislazione speciale: ad esempio, la l. 3 aprile 1979, n. 95 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi stabilisce, all'art. 2, comma 5, che «nella distribuzione di acconti ai creditori previsti dal comma 2 dell'art. 212 della legge fallimentare, sono preferiti i lavoratori dipendenti e le imprese artigiane e industriali con non più di cento dipendenti».

⁽²⁶⁾ E. ROPPO, *Par condicio creditorum, sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 c.c.*, cit., 308.

⁽²⁷⁾ V. COLESANTI, *op. cit.*, 50. Per un'analisi approfondita delle ragioni che hanno condotta alla crisi della *par condicio creditorum*, nonché dei vari orientamenti dottrinali sull'effettiva portata del principio, si veda A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 87 ss.

⁽²⁸⁾ V. COLESANTI, *op. cit.*, 32 ss.

giurisprudenza a non consentire all'autonomia privata la proliferazione incontrollata di posizioni di preferenza tra creditori concorrenti, potenzialmente pregiudicanti – come già ricordato – per la libera circolazione dei beni: il che si è tradotto in una forte ostilità anche avverso ogni causa di prelazione che non fosse legislativamente prevista⁽²⁹⁾.

Una simile tendenza, dunque, spiega le ragioni per cui il sistema interno delle cause legittime di prelazione si fonda, ancora oggi, sul riconoscimento del pegno come garanzia tipica sui beni mobili, universalità di mobili e titoli di credito basata sullo spossessamento dell'oggetto su cui grava il vincolo⁽³⁰⁾; sulla previsione di una garanzia non possessoria, l'ipoteca, costituita su beni immobili e su beni mobili registrati, per la cui costituzione e opponibilità è richiesta una particolare forma di pubblicità⁽³¹⁾; e, infine, sulla presenza di un'ulteriore causa di prelazione, ravvisabile nel cospicuo numero di privilegi speciali che la legge accorda con riguardo alla causa

⁽²⁹⁾ E. ROPPO, *op. cit.*, 314, evidenzia come i ridotti spazi entro i quali l'autonomia privata ha saputo e potuto elaborare nuovi schemi di garanzia reale non possessoria, meglio rispondenti alle esigenze della prassi, sia da imputare a “un più radicato ossequio (fosse anche solo formale) al principio della *par condicio*, e insieme [a] un'organizzazione complessivamente meno evoluta del sistema industriale-finanziario”; cfr. anche U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, 5 s.: l'Autore sottolinea che l'ostilità rispetto alle garanzie specifiche – quali garanzie reali tipiche, privilegi, ma anche fideiussione e anticresi – da parte del legislatore trova giustificazione nel fatto che queste ultime “rappresentano [...] pesanti eccezioni alla *par condicio creditorum*, comprimono la libertà dei beni e la pienezza dei diritti sugli stessi o impongono obblighi per debiti altrui” e aggiunge come nella medesima ottica di ostilità si debbano leggere la tipicità delle cause di prelazione, il divieto del patto commissorio, la previsione di rigidi formalismi ai fini della costituzione del pegno e dell'ipoteca, la necessità della determinazione del bene oggetto di garanzia reale e della specificazione dei crediti garantiti. Cfr. anche L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 131, il quale osserva come la legge sottrae all'autonomia privata la materia delle restrizioni alla garanzia generica e come la riserva di legge sancita all'art. 2740, comma 2, c.c. in merito alle cause legittime di prelazione sia stata interpretata in maniera sostanzialmente riduttiva dalla dottrina, laddove, invece, la giurisprudenza non ha mai avuto modo di occuparsene approfonditamente; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 164 s., il quale denuncia, con riguardo al settore delle garanzie reali, la scarsità qualitativa e quantitativa del contributo della giurisprudenza “nello sviluppo del dibattito e nella elaborazione delle regole operative che governano i conflitti”; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 333, la quale evidenzia come l'ideologia della *par condicio* e l'avversità rispetto alle garanzie reali, sue “naturali antagoniste”, si deve soprattutto alla giurisprudenza dei Tribunali fallimentari.

⁽³⁰⁾ Artt. 2784 ss. c.c. e artt. 1878 ss. c.c. del 1865.

⁽³¹⁾ Artt. 2810 ss. c.c. e artt. 1964 ss. c.c. del 1865.

del credito⁽³²⁾.

Questi ultimi, in particolare, sono cause legittime di prelazione di fonte legale, collegate alla natura del credito; ma si distinguono da pegno e ipoteca, i quali integrano, al contempo, la categoria dei diritti reali di garanzia. Sicché, in queste ultime due ipotesi – diversamente da quanto accade per il credito assistito dal privilegio – al rapporto obbligatorio è collegato un diverso negozio costitutivo una garanzia reale: esse – come già ricordato in precedenza: v. *retro*, § 2 – sono connotate dal fatto che rafforzano la garanzia patrimoniale generica del creditore, attribuendogli uno specifico bene o un insieme di beni su cui soddisfarsi con priorità rispetto agli altri creditori⁽³³⁾.

Tornando ai privilegi, è pur vero che l'art. 2745 c.c. dispone: «*la costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti*»; e che, con tale disposizione si attui un'apertura anche ai cc.dd. privilegi convenzionali; cionondimeno, essa non smentisce il principio secondo cui il privilegio può nascere esclusivamente dalla legge, ma anzi lo conferma: vale a dire che la volontà delle parti è mera *condicio iuris* di efficacia dei privilegi convenzionali, poiché anche per questi ultimi la legge costituisce la fonte esclusiva⁽³⁴⁾.

A conti fatti, quindi, nel nostro ordinamento, stante un atteggiamento della giurisprudenza se non di totale chiusura, quantomeno di sostanziale fermezza nel non ammettere posizioni di preferenza di matrice convenzionale, l'erosione della *par condicio creditorum* è stata tradizionalmente – se non esclusivamente – attuata tramite

⁽³²⁾ Artt. 2745 ss. c.c. e artt. 1952 ss. c.c. del 1865.

⁽³³⁾ In dottrina si discute se nell'ambito delle garanzie reali debbano essere ricondotti altresì i privilegi: ad un minoritario orientamento che lo nega, si contrappone la dottrina prevalente, secondo cui "l'inclusione dei privilegi speciali nell'ambito delle garanzie reali deve essere tranquillamente confermata" (A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., 607); in senso conforme M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, cit., 456; cfr. A. CANDIAN, *op. cit.*, 310; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., 458.

⁽³⁴⁾ In tal senso v. Relazione al Codice Civile n. 1128; cfr. altresì V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1945, 59. In altri termini, in merito, al rapporto tra legge e autonomia privata, alla domanda in quale misura sia configurabile un negozio costitutivo un privilegio in grado di derogare alla relativa disciplina legislativa, la dottrina pressoché unanime ha risposto che la convenzione delle parti può solo costituire il presupposto del privilegio, ma mai essere fonte di prelazione, poiché tale ruolo è affidato esclusivamente alla legge.

sporadici – e comunque, insoddisfacenti – interventi legislativi, gli unici che hanno consentito una deviazione dalle forme nominate di garanzia reale di pegno e ipoteca⁽³⁵⁾; erosione che invece non è avvenuta in termini significativi attraverso l'*opus* dell'autonomia privata, come diversamente è accaduto altrove⁽³⁶⁾.

Il che, ai fini del presente discorso, equivale a dire che all'esigenza di predisporre nuove fattispecie di garanzia non possessoria destinate ad operare – soprattutto – nell'ambito del finanziamento all'impresa, è stata data risposta principalmente attraverso l'istituto del privilegio⁽³⁷⁾.

Orbene, tale duplice fattore – limitazioni all'autonomia privata e insoddisfacente apporto da parte del formante legislativo – assieme all'ingombrante presenza della *par condicio creditorum* nell'accezione di principio genarle a cui per lungo tempo sono

⁽³⁵⁾ Lo osserva G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 16, il quale rileva come il tentativo di superare la sfasatura tra diritto vigente e realtà economica e circoscrivere “l'eccessiva rigidità dell'impianto codicistico ruotante intorno alla figura e alla disciplina del pegno con spossessamento” sia stata dal legislatore perseguita tramite la “ripetuta creazione di sempre nuove figure di privilegi speciali”.

⁽³⁶⁾ In tal senso, v. E. ROPPO, «Par condicio creditorum», in *Le garanzie dell'obbligazione. Scritti scelti*, CHIANALE (a cura di), Torino, 2015, 10 (già in *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1985, 407 ss.), il quale evidenzia come nel nostro ordinamento “un più radicato ossequio (fosse anche solo formale) al principio della *par condicio* e insieme una organizzazione complessivamente meno evoluta del sistema industriale-finanziario hanno ridotto gli spazi entro i quali l'autonomia privata degli operatori ha potuto o saputo elaborare nuovi tipi di garanzia reale, che meglio di quelli codificati rispondessero alle esigenze della prassi”. Analogamente E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, cit., 89, che sottolinea come nel nostro ordinamento ben poco spazio ha trovato l'autonomia privata nell'erosione del principio della *par condicio creditorum*; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 1071: l'Autore osserva: “In Italia, a causa del particolare atteggiarsi che le scelte di politica hanno imposto ai principi di certezza delle garanzie e di circolazione dei beni, è stata bloccata la via del riconoscimento della libera attività creatrice dell'autonomia privata. Nell'architettura codicistica, le deroghe alla *par condicio* sono state affidate agli schemi del pegno, dell'ipoteca e del privilegio, e senza toccare l'impianto dell'ipoteca (nel senso di non generalizzazione ai beni mobili), è stata adottata la tecnica di ricondurre i nuovi casi di garanzia non possessoria, nell'ambito dell'istituto del «privilegio». L'affidamento dello sviluppo delle garanzie mobiliari alla tecnica del privilegio rispetto a quella dell'autonomia privata è poi un ulteriore riflesso dell'influenza che sul nostro ordinamento ha esercitato l'esperienza francese, come evidenziato da G. PIEPOLI, *op. cit.*, 16.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., 458 ss. L'esempio più significativo, per quel che è qui di interesse, è costituito dal già citato art. 46 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, T.U.B. Lo sviluppo dei privilegi nella legislazione speciale è argomento che sarà trattato al successivo § 3.

rimaste ancorate dottrina e giurisprudenza⁽³⁸⁾, hanno concorso ad accentuare quella che è stata definita come la *crisi* dei modelli tipici di garanzia reale, impedendo loro di svolgere un ruolo incisivo quali strumenti di tutela del credito in vastissimi settori economici, dall'economia commerciale, a quella industriale e finanziaria, nell'ambito dei quali è richiesta sia la sicurezza del finanziamento, sia, allo stesso tempo, la "rapidità di utilizzazione e più economiche riconversioni e mutazioni" dei beni offerti in garanzia⁽³⁹⁾.

In termini generali, il declino delle garanzie reali tipiche non ha risparmiato nessuna delle figure tradizionali: per quanto concerne il settore immobiliare, la dottrina da tempo ha osservato come l'insoddisfazione per la disciplina codicistica dipenda, *in primis*, dal fatto che essa non preveda la possibilità che l'ipoteca circoli autonomamente rispetto al credito garantito; e, in secondo luogo, dal fatto che l'ipoteca richieda, ai fini della sua realizzazione, il ricorso a procedure esecutive estremamente lunghe e costose, tali da renderla economicamente inefficiente, anche considerando il fatto che il più delle volte esse portano ad un ricavato di gran lunga inferiore rispetto all'effettivo valore del bene vincolato, con grave pregiudizio per le ragioni creditorie del finanziatore.

Quanto al settore mobiliare, invece, l'inadeguatezza – come già più volte ricordato – è emersa essenzialmente con riguardo alla disciplina legislativa del pegno e al tradizionale meccanismo dello spossessamento che lo rende palesemente antieconomico⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ In tal senso, significative sono le considerazioni di G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 3, il quale fa risalire agli anni '80 del XX secolo un nuovo modo della dottrina di porsi rispetto al problema della *par condicio creditorum* e la sua definitiva crisi quale principio generale di ordine pubblico.

⁽³⁹⁾ Così G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, cit., 278 s.

⁽⁴⁰⁾ Così F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 257 s.; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 29 s. (già in *I contratti di garanzia finanziaria*, MATROPAOLO (a cura di), in *Trattato dei contratti* RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006): "la crisi delle garanzie [è (n.d.a.)] dovuta anche ai tempi estremamente lunghi del recupero forzoso del credito attuato in via giudiziale". Sul tema, cfr. F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 4^a ed., Bologna-Roma, 1992, 184; C. CICERO, voce *Ipoteca*, in *Digesto (disc. priv.)*, X Agg., Torino, 2016, 473 ss.

Le suindicate caratteristiche, dunque, hanno consegnato agli operatori economici un apparato interno di garanzie reali tipiche complessivamente inadeguato a reggere il confronto con le esigenze avanzate dalla moderna economia di mercato. Inutile dire come ciò sia causa di gravissimi inconvenienti, i quali si ripercuotono negativamente sull'intero sistema creditizio; tra questi: la crescente difficoltà per le imprese ad ottenere accesso al finanziamento esterno; la costante discriminazione tra debitori forti e debitori deboli in relazione alle condizioni di finanziamento; la progressiva diminuzione della concorrenza tra istituti di credito a vantaggio di quelli economicamente più forti e, perciò, in grado di svolgere approfondite indagini sulla solvibilità del debitore, con conseguente ulteriore riduzione del numero dei prestiti e incremento dei relativi costi⁽⁴¹⁾.

E che, in generale, comporta una perdita di competitività della nostra economia rispetto ad altre, connotate da un diritto delle garanzie più avanzato e meglio attrezzato a rispondere alle nuove esigenze dell'economia di mercato⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr. T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni marciiane a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, 105 s. Sul punto, si veda altresì C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in *Il Fallimento*, 2002, 926, il quale osserva: "Nelle relazioni commerciali le garanzie reali sono più facilmente acquisibili da una certa tipologia di creditori (banche, industriali fornitori di beni strumentali) piuttosto che da altri (fornitori di merci o di servizi o prestatori d'opera il cui privilegio è sub-valente rispetto alla garanzia reale), a favore dei quali devono pertanto potersi realizzare forme di tutela sia rispetto ad eventuali abusi, sia rispetto al diritto ad un'adeguata informazione sulle reali condizioni patrimoniali dell'imprenditore in procinto di diventare loro debitore".

⁽⁴²⁾ Osserva A. ZOPPINI, *Garanzie più "moderne" senza lo spossamento*, in www.andreazoppini.it: "Gli indicatori internazionali che misurano la capacità di un paese di attirare capitali dimostrano che la disciplina italiana delle garanzie rappresenta uno dei principali punti deboli del nostro ordinamento", che è rimasta "[f]erma al modello ottocentesco cristallizzatosi nel codice civile napoleonico". Per una sintesi sulla ridotta capacità del nostro sistema di attrarre investimenti esteri, anche in ragione dell'arretratezza del sistema interno delle garanzie, cfr. E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza (Banca d'Italia)*, 2016, *passim* (consultabile sul sito: www.bancaditalia.it). Anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, III, 2018, 703, evidenzia come in base all'indicatore *getting credit*, contenuto nel rapporto della Banca Mondiale "Doing business 2016" (reperibile sul sito www.doingbusiness.org), l'Italia risulti essere tra i Paesi OCSE, il sistema giuridico in cui i diritti legali dei creditori sono più deboli, al pari del Portogallo. L'ultimo studio disponibile antecedente alla riforma apportata con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, collocava il nostro Paese al 97° posto tra le centottantanove economie considerate, segnalando la debolezza del quadro normativo interno; tale posizionamento si spiega in ragione di una pluralità di fattori, tutti

Così delineate le specificità del quadro italiano, la prassi si è trovata di fronte a una duplice scelta:

i) ricorrere a strumenti di tutela del credito radicalmente diversi dalle garanzie reali, come le garanzie personali⁽⁴³⁾, che grazie alle loro caratteristiche morfologiche hanno conosciuto in epoca recente un significativo sviluppo e rispetto alle quali le prime hanno progressivamente ceduto il passo⁽⁴⁴⁾;

legati a debolezze insite nella disciplina interna e così sintetizzabili: a) assenza di garanzie mobiliari non possessorie; b) assenza di un registro informatico che tenga traccia, su base nazionale, dei beni mobili adoperati come *collateral*; c) ordine di soddisfazione dei crediti, talvolta, penalizzante per il creditore garantito; d) impossibilità di escutere la garanzia al di fuori di una procedura giudiziaria (in dettaglio, v. E. BRODI, *op. cit.*, 9 ss.).

⁽⁴³⁾ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 119, osserva come le garanzie reali siano state “spodestate dalla loro posizione privilegiata di strumenti di sicurezza e rafforzamento del credito” dalle garanzie personali; analogamente M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 165, evidenzia la perdita di centralità dei “presidi di natura reale”; sotto quest’ultimo aspetto, particolarmente significative sono le parole di G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 1: “Il futuro delle garanzie reali non è roseo per via della concorrenza che esse soffrono da parte di altri istituti, più flessibili e meglio adattabili alla complessità della vita di relazioni e degli affari”; in tal senso anche A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 297, la quale evidenzia come nel “sistema del credito alle imprese, le garanzie personali hanno [assunto] una notevole rilevanza”.

⁽⁴⁴⁾ Soluzione, questa, a cui il ceto bancario, in una prospettiva di credito all’impresa, ha accordato la propria preferenza. Ciò è dipeso da più ragioni. Una prima, di opportunità economica, poiché le garanzie personali – che non si sostanziano in una riserva *ad rem* su uno o più beni determinati (v. *retro*, Cap. I, § 2) – permettono di eludere il problema della sottocapitalizzazione delle imprese, che impedisce all’imprenditore di offrire in garanzia adeguati beni e si caratterizzano per un minor costo di amministrazione rispetto a quelle reali. Una seconda, di ordine giuridico, poiché la disciplina delle garanzie personali si è dimostrata sufficientemente elastica da consentire sia di modellare i tradizionali schemi codicistici adattandoli a nuove esigenze: è il caso della fideiussione *omnibus*; sia di importare figure negoziali atipiche da ordinamenti stranieri, in particolar modo quelli di *common law*: è il caso del contratto autonomo di garanzia, dell’assicurazione fideiussoria – detta anche polizza fideiussoria o cauzione fideiussoria – o ancora delle lettere di *patronage* (cfr. L. PIAZZA voce *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 5). Anche le garanzie personali, tuttavia, presentano inconvenienti: quanto alla fideiussione, ad esempio, limite si è dimostrato essere la sua accessorietà rispetto all’obbligazione principale e i conseguenti possibili ritardi nella soddisfazione dell’interesse del creditore: art. 1944 c.c., infatti, riconosce al creditore la facoltà di rivolgersi al debitore principale o al fideiussore per ottenere l’adempimento dell’obbligazione principale, secondo le regole generali in tema di solidarietà, facendo tuttavia salva la possibilità per le parti, fideiussore-creditore, di convenire che il primo non sia tenuto a pagare prima dell’escussione del debitore principale. Sempre in tema di accessorietà, va poi ricordata la possibilità del fideiussore di opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, con la sola esclusione di quella derivante dall’incapacità (art. 1945 c.c.) e la regola per cui il fideiussore è liberato se, per fatto del creditore, non può aver luogo la surrogazione (art. 1955 c.c.). Pertanto, facendosi dipendere l’obbligo del fideiussore da fatti che possono attenere al rapporto obbligatorio principale, non sempre esse

ii) elaborare tramite l'*opus* creativa dell'autonomia negoziale (fermi restando gli angusti spazi di manovra in cui essa è stata tradizionalmente confinata) modelli alternativi alle ipotesi tipiche e nominate di garanzia reale.

2. *Autonomia privata e garanzia reale: i tentativi diretti a superare il principio dello spossessamento.*

A fronte del bisogno di modelli di garanzia più duttili e maggiormente adeguati alle istanze della prassi dei rapporti commerciali, in alternativa al massiccio ricorso alle garanzie personali sono state sperimentate soluzioni tra loro molto diverse ma accomunate dall'intento di superare la rigidità dell'impianto codicistico: è la strada percorsa dall'autonomia privata, consistente nello sviluppare tecniche dirette a creare garanzie mobiliari non possessorie fino a spingersi nei territori dell'atipicità⁽⁴⁵⁾.

offrono un'adeguata tutela al creditore garantito. Anche le garanzie personali atipiche, che pur affievoliscono il principio dell'accessorietà, presentano inconvenienti: così, ad esempio, nel contratto autonomo di garanzia, il porre notevoli rischi a carico del garante, il quale si troverà ad essere escusso senza poter opporre le eccezioni spettanti al debitore principale, si traduce in un innalzamento dei costi della garanzia, che, dunque, il più delle volte non è facilmente accessibile all'imprenditore che intenda ottenere il finanziamento di cui abbisogna. A tali inconvenienti, occorre poi aggiungere un altro – totalmente estraneo all'ambito giuridico ma non per questo di minor importanza, e che spesso è stato erroneamente sottovalutato – capace di scoraggiare l'imprenditore a fare ricorso ad una garanzia personale: ponendosi nella prospettiva dell'imprenditore che richiede il finanziamento, è difficilmente ipotizzabile che egli accetterà serenamente il coinvolgimento nelle vicende d'impresa e nelle operazioni relative al finanziamento della sua persona (in qualità di fideiussore o garante), o meglio del suo patrimonio personale; analogamente qualora il patrimonio aggredibile fosse quello dei suoi soci, in caso di imprese gestite in forma di società di capitali o di persone, oppure dei suoi familiari (così F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 85). In generale, per una approfondita analisi sul sistema interno delle garanzie personali e sulle problematiche sottese, si veda G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 2010, *passim*.

⁽⁴⁵⁾ Sulla nozione di garanzia atipica, v. M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Digesto (disc. prin.)*, VIII Agg., Torino, 2013, 305: "Occorre precisare che con l'espressione "garanzie atipiche" ci si riferisce in primo luogo a quella serie di patti che si inseriscono, modificandola, nella disciplina codicistica dettata in tema di garanzie reali e personali, ampliando lo spettro degli strumenti civilistici la cui funzione sia quella di garanzia. Rientrano in questa definizione i patti di modifica della garanzia reale di pegno, quali il patto di rotatività, la clausola *omnibus* e quella di estensione e, sul fronte delle

Facendo leva sul principio di libertà negoziale sancito all'art. 1322 c.c., si è cercato di piegare alla funzione di garanzia schemi negoziali aventi tipicamente una diversa funzione traslativa: svariati sono stati gli strumenti impiegati dalla prassi al fine ultimo di pervenire alla costruzione di un diritto del creditore su beni mobili preordinato alla soddisfazione in via preferenziale del suo credito. E ciò, venendo allo specifico settore del credito all'impresa, senza privare il debitore-costituente della disponibilità materiale dei beni facenti parte il capitale fisso o circolante dell'azienda, così da aggirare il principio dello spossessamento e tutti i suoi inconvenienti⁽⁴⁶⁾.

2.1. Il trasferimento della proprietà in garanzia: il problema dell'ammissibilità di un negozio retto solamente da una causa fiduciaria.

Tra i modelli non nominati di garanzia del credito elaborati dall'autonomia privata come alternativa al pegno, da sempre occupa un ruolo di assoluta centralità il trasferimento fiduciario della proprietà di beni mobili, a cui spesso si è fatto ricorso nel tentativo di aggirare le rigidità del dato legale e il principio dello spossessamento. Operazione, questa, condotta utilizzando figure originariamente predisposte dal diritto delle obbligazioni e dei contratti con funzioni completamente diverse rispetto

garanzie personali, le ormai conosciute fattispecie di fideiussione *omnibus*, lettere di *patronage* e fideiussione a prima richiesta. [...] Su altro versante, si rileva come possano in certe circostanze assumere la funzione di “garanzie atipiche” istituti quali la vendita con riserva di proprietà, con patto di riscatto, sospensivamente o risolutivamente condizionata, il cosiddetto riporto finanziario, il contratto di *sale and lease back*, la cessione di credito in garanzia, il mandato all'incasso a scopo di garanzia e quello a vedere conferito dal debitore al creditore, e tutte le altre ipotesi di cosiddette alienazioni a scopo di garanzia. L'elenco si completa con la cosiddetta *fiducia cum creditore* ed il *trust* a scopo di garanzia, i quali tuttavia aggiungono, oltre alle questioni inerenti i trasferimenti in garanzia, le complesse problematiche riguardanti l'ammissibilità della cosiddetta proprietà fiduciaria”.

⁽⁴⁶⁾ Osserva G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 184 come “tanto più pressante e forte è il bisogno di garanzia, tanto più intensa, nella prassi, è l'attività creatrice di forme originali e modelli nuovi di garanzia”; anche F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 19, ha sottolineato il ruolo fondamentale che l'autonomia privata ha rivestito nella materia delle garanzie “adattando con grande libertà istituti previsti dalla legge o figure predisposte da normative speciali e relegando gli schemi previsti dal codice in ambiti sempre più marginali e secondari”.

a quelle di garanzia⁽⁴⁷⁾.

Ma procediamo con ordine. Tali fattispecie, caratterizzate da una certa eterogeneità strutturale, vengono tradizionalmente riassunte nella comune locuzione di alienazioni o cessioni in funzione o a scopo di garanzia⁽⁴⁸⁾: si tratta, in buona sostanza, di negozi fiduciari⁽⁴⁹⁾, solitamente collegati alla concessione di un finanziamento (si pensi ad esempio ad un mutuo), nei quali l'avente causa (che corrisponde a colui che ha erogato il finanziamento) non mira a divenire lo stabile e definitivo titolare del diritto oggetto del trasferimento posto in essere dal dante causa (ossia il soggetto finanziato), ma piuttosto ad acquistare solo provvisoriamente – e con vincolo fiduciario, appunto, determinato dal fine di garanzia – la titolarità del medesimo diritto⁽⁵⁰⁾. In altre parole, ci si riferisce a una vasta gamma di operazioni negoziali ad effetti reali, tipicamente dirette a realizzare una funzione di scambio, in cui però, grazie all'aggiunta di appositi patti accessori, la causa fiduciaria coesiste e, in ultimo, prevale su quella traslativa, sicché la loro funzione principale

⁽⁴⁷⁾ Il fenomeno, peraltro, comune altresì al settore immobiliare, anche se con una portata assai ridotta, e ciò, da un lato, per gli ingenti costi che caratterizzano il trasferimento della proprietà immobiliare, dall'altro poiché la garanzia tipica per i beni immobili, l'ipoteca, non conosce lo spossessamento del costituente, sicché non sono avvertite le medesime necessità che, invece, coinvolgono il settore delle garanzie mobiliari, in particolare del pegno.

⁽⁴⁸⁾ Per una introduzione generale al tema delle alienazioni a scopo di garanzia, tra i numerosissimi contributi, si segnalano: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 257 ss.; M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004, 1 ss.; G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), Bologna, 2013, 585 ss. Per una puntuale definizione delle alienazioni in garanzia, cfr. altresì G. BARALIS, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. not.*, 2009, 323. Sull'atipicità di tali fattispecie, cfr. M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, cit., 311. Per un'indagine comparatistica sul ricorso di tali fattispecie negoziali nelle diverse esperienze giuridiche europee, cfr. invece D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2977 ss.

⁽⁴⁹⁾ In generale, in merito al negozio fiduciario e alla *causa fiduciae*, si vedano: V.M. TRIMARCHI, voce *Negozi fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 38 ss.; U. CARNEVALI, voce *Negozi giuridico. III) Negozi fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 3 ss. In tema, cfr. anche U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 20 ss.; D. VALENTINO, *op. cit.*, 2998 ss.

⁽⁵⁰⁾ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, (traduzione di P.M. VECCHI), Milano, 1990, 7. Osserva G. GORLA, *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935, 28 ss. e 38 s., come il fenomeno di utilizzare il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia ha origini molto risalenti, essendovi testimonianze riferibili ad organizzazioni sociali rudimentali e primitive in cui una delle principali forme di tutela per il creditore era costituita dalla possibilità di utilizzare un negozio di compravendita, modificando grazie a patti accessori la funzione traslativa in funzione di garanzia.

diviene quella di tutela preventiva del creditore rispetto al rischio di inadempimento del debitore.

In termini generali, è possibile parlare di alienazione in funzione di garanzia ogniqualvolta sia ravvisabile un collegamento negoziale tra il preesistente rapporto obbligatorio (garantito) e la conseguente alienazione, per cui o la titolarità del bene oggetto del trasferimento permane in capo al creditore fino a quando il debitore non esegua esattamente la prestazione dovuta, o l'effetto traslativo sul bene a favore del creditore rimane sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore⁽⁵¹⁾. In tutti questi casi, dunque, la funzione di garanzia si attua non tramite l'acquisto da parte del creditore del diritto ad essere esecutivamente soddisfatto, con preferenza rispetto a tutti gli altri creditori chirografari, su uno o più beni del debitore, bensì mediante l'acquisto sospensivamente o risolutivamente condizionato da parte dello stesso creditore del diritto di proprietà su uno o più beni del debitore.

Evidenti sono i vantaggi per entrambe le parti coinvolte insiti nel ricorso a tali strumenti: così, ad esempio, nell'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento, il debitore-costituente permane nel possesso del bene oggetto del trasferimento, mentre il trasferimento della proprietà in garanzia consente al creditore una soddisfazione maggiormente immediata del suo diritto: in caso di inadempimento, infatti, avverandosi l'evento dedotto in condizione, questi acquisterebbe automaticamente il diritto sul bene offerto in garanzia, evitando il lungo e travagliato *iter* delle procedure esecutive⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ In questi termini D. VALENTINO, *op. cit.*, 2976. C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., 258, precisa che “la nozione di alienazione in garanzia si presta a ricomprendere anche le alienazioni il cui effetto traslativo è sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore”; analogamente ID., *Il divieto di patto commissorio*, cit., 117.

⁽⁵²⁾ La diffusione delle alienazioni in funzione di garanzia quali strumenti utili a creare garanzie non possessorie ha caratterizzato l'esperienza giuridica tedesca: pur se fattispecie non espressamente codificata, il trasferimento fiduciario della proprietà con funzione di garanzia (*Sicherungsübereignung*) non è stata ostacolata da una rigida normativa codicistica in materia di garanzia, diversamente che in Italia; nel suo schema generale, la *Sicherungsübereignung* si struttura come un contratto con il quale l'imprenditore, ottenuto il finanziamento, trasferisce all'istituto di credito la proprietà delle merci le quali, al tempo stesso, vengono attribuite dall'istituto di credito stesso all'imprenditore finanziato a titolo di possesso mediato (§ 930 BGB), con la possibilità per quest'ultimo di poterle inserire nel processo produttivo e continuare ad utilizzarle; nel caso poi in cui l'imprenditore trasferisse le merci

Ora, esaurite le pur doverose premesse di carattere descrittivo, la questione che ci si pone innanzi è se (e in quale misura) il ricorso a tali operazioni negoziali, che derogano al principio dello spossessamento, possa effettivamente costituire una valida alternativa al pegno su cose mobili.

Ebbene, proprio a tale ultimo riguardo tocca preliminarmente constatare come il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia da sempre costituisca un “oggetto di contesa” tra la pratica degli affari, da una parte, che tende a incentivarne il ricorso, e la legge (o meglio, l’interpretazione di questa data dalle corti), dall’altra, che all’opposto è propensa a limitarlo, quando non addirittura a reprimerlo⁽⁵³⁾.

Anzitutto un primo ostacolo di carattere sistematico è sorto in relazione alla compatibilità della *causa fiduciae* con la causa di scambio⁽⁵⁴⁾; con l’ulteriore problema, qualora si optasse per una soluzione negativa rispetto alla questione poc’anzi accennata, se nel nostro ordinamento sia possibile ammettere un negozio esclusivamente sorretto dalla causa fiduciaria.

Ora, preso atto della loro atipicità, gli interpreti si sono anzitutto preoccupati di individuare una collocazione sul piano teorico alle alienazioni in garanzia: e la prima fattispecie negoziale a cui è corsa la mente è stata quella della compravendita, seppur retta (anche) da una singolare funzione di garanzia, unitamente a quella traslativa. Si è ritenuto, infatti, che l’intento delle parti di rafforzamento del credito lasciasse ad ogni modo inalterata la configurazione causale della vendita: seppur piegata a scopo di garanzia – si è argomentato – la vendita rimarrebbe comunque un negozio di

a un terzo in buona fede, alla forma di garanzia in parola viene collegata la cessione dei crediti di cui l'imprenditore, a seguito della vendita dei beni dati in garanzia, può disporre. In tema, cfr. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., *passim*; G. TUCCI, voce *Garanzia*. III) *Diritti di garanzia – Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 6; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 38 ss.). G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, 33 ss. Per una ricostruzione storica dello sviluppo del *Sicherungsübereignung* nel diritto tedesco, v. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 30 ss.

⁽⁵³⁾ In tema di sviluppo storico del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia nel nostro ordinamento, cfr. C.M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 711 ss.

⁽⁵⁴⁾ Propendono per l’incompatibilità tra le due funzioni: C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 96 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 298 ss.; G. BOZZI, *Le garanzie atipiche*, I, *Garanzie personali*, 1999, 186. *Contra*, in un’ottica favorevole alla compatibilità tra causa di scambio e *causa fiduciae*: A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, 353 ss.

scambio; mentre la finalità di assicurare l'adempimento dell'obbligazione preesistente rappresenta, al più, il motivo dell'operazione.

Di diverso avviso, invece, è stata altra parte della dottrina: una volta individuata come struttura tipica delle operazioni in parola quella del mutuo garantito dal trasferimento condizionato di altro diritto, si è concluso per escludere ogni richiamo al contratto di compravendita. E ciò, vieppiù in ragione del fatto che, rispetto a quest'ultimo, difetterebbe del tutto un elemento essenziale, ossia il prezzo⁽⁵⁵⁾: muovendo da tale considerazione si è osservato che, nonostante il richiamo alla categoria del negozio indiretto⁽⁵⁶⁾ nel tentativo di conciliare la diversità tra obiettivi realmente perseguiti dalle parti che pongono in essere l'operazione negoziale (causa fiduciaria, consistente nel garantire la sicurezza del credito erogato) e strumenti effettivamente utilizzati per perseguirli (causa di scambio, tipica dei negozi traslativi), non è stato comunque possibile superare la circostanza che nelle alienazioni con funzione di garanzia “se l'alienatario è creditore della somma versata (a titolo di finanziamento), il pagamento di questa somma non può avere titolo nella vendita e, in particolare, non può rappresentare adempimento dell'obbligo di attribuzione del corrispettivo spettante al venditore”⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 117 ss.: “Presentando l'alienazione in garanzia nei suoi termini semplici, cioè come negozio di alienazione volto a costituire la garanzia di un rapporto obbligatorio, l'estraneità della causa della vendita è subito evidente, soprattutto considerando la più comune ipotesi, in cui è attuato un immediato trasferimento del bene e in cui non si configura alcun elemento di cui possa discutersi se rappresenti il prezzo dell'alienazione”.

⁽⁵⁶⁾ In tal senso D. RUBINO, *La compravendita*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1962, 489 s. e 768 ss.

⁽⁵⁷⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 486. Preso atto dell'estraneità allo schema del contratto di compravendita, diversi sono poi gli orientamenti che hanno ricostruito sistematicamente le alienazioni in funzione di garanzia: un primo orientamento ritiene le alienazioni in garanzia pattuizioni commissorie autonome, cioè scollegate dalla precedente costituzione di una garanzia reale, seppur naturalmente collegate in via funzionale ad un rapporto obbligatorio, tuttavia nulle per contrarietà al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. (cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 136 ss.; sulla rilevanza del divieto del patto commissorio nell'ambito delle alienazioni in funzione di garanzia v. *infra* § 2.1.1); un secondo orientamento, invece, ricostruisce tali alienazioni nell'ambito di una categoria negoziale atipica, autonoma rispetto al contratto di compravendita, in cui l'atipicità si determina in ragione della funzione di garanzia, la quale a sua volta incide sul concreto atteggiarsi del regolamento negoziale essenzialmente in due modi: i) rendendo solo momentaneo e non definitivo il trasferimento; ii) limitando, anche in assenza di specifica pattuizione, il diritto del creditore di soddisfare la propria pretesa all'effettiva misura del valore del

L'aver delineato l'estraneità (e dunque l'autonomia funzionale) delle alienazioni in garanzia rispetto allo schema del contratto di compravendita e l'aver conseguentemente individuato quale unica causa alla base di tali operazioni negoziali quella fiduciaria, ha tuttavia posto l'ulteriore problema circa “[la pretesa] sufficienza, nel nostro ordinamento di una giustificazione causale ricondotta alla sola ed esclusiva garanzia”⁽⁵⁸⁾.

Sul punto, la dottrina si è divisa.

Secondo un primo risalente orientamento, il principio della tipicità dei diritti reali⁽⁵⁹⁾ e la funzione esclusivamente cautelare del negozio posto in essere dalle parti al fine di rendere sicura l'operazione di finanziamento, hanno portato ad escludere che lo scopo di garanzia potesse costituire un'ammissibile giustificazione causale dell'effetto traslativo poiché, in altri termini, la causa di garanzia di per sé non sarebbe idonea a giustificare il trasferimento della titolarità di un diritto; il che, conseguentemente, ha condotto alla conclusione che le alienazioni in funzione di garanzia dovessero considerarsi nulle per difetto di causa⁽⁶⁰⁾.

Diversamente, invece, un secondo orientamento, che con il tempo ha finito col prevalere, muovendo dalla considerazione che, nel nostro ordinamento giuridico, già esistono ipotesi legislativamente previste di trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia⁽⁶¹⁾, ha concluso per la piena configurabilità di un negozio sorretto dalla sola

credito vantato. In tal modo la causa di garanzia viene considerata sufficiente a determinare il trasferimento del diritto, quand'anche si tratti di diritto di proprietà, proprio perché ci si muove sul campo di un negozio atipico con una propria specificità funzionale, differente da quella delle fattispecie traslative tipiche e tradizionali, come compravendita e donazione. Sempre secondo tale ricostruzione, il patto commissorio viene ricostruito in termini di pattuizione accessoria all'alienazione in funzione di garanzia, in modo tale da incidere sulla modalità di attuazione della stessa e, in quanto consente al creditore di appropriarsi senza limiti di valore dell'oggetto della garanzia, è da considerarsi nullo per espressa disposizione dell'art. 2744 c.c. ma non investe anche il negozio, atipico, di garanzia, né, tanto meno, il rapporto obbligatorio (cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 420 ss. e 446 ss.).

⁽⁵⁸⁾ D. VALENTINO, *op. cit.*, 3000.

⁽⁵⁹⁾ Sulla tipicità dei diritti reali, v. *infra* § 2.1.2.

⁽⁶⁰⁾ In tal senso, cfr. F. BATTISTONI FERRARA, *Cessione di credito “a garanzia” e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961, I, 1451 ss.; M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962, 272 ss. Sul punto, cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 207.

⁽⁶¹⁾ È il caso, ad esempio, dell'art. 1851 c.c., che disciplina l'anticipazione bancaria impropria, nella quale le merci, i titoli o i depositi di denaro sono costituiti in pegno irregolare e consegnati alla

causa di garanzia: è infatti indubbio che in tali situazioni il trasferimento non miri a creare una situazione permanente e definitiva in capo all'acquirente, ma, diversamente, sia esclusivamente finalizzato a tutelare il creditore dall'eventualità di inadempimento da parte del debitore⁽⁶²⁾.

Ad ogni modo, anche a voler soprassedere su quest'ultimo, delicato problema, sono altri i motivi che hanno frenato la diffusione delle alienazioni a scopo di garanzia: tradizionalmente, infatti, si è registrato da parte di ampi settori della giurisprudenza un atteggiamento di netta chiusura, o quantomeno di "diffidenza"⁽⁶³⁾, rispetto a tali figure, e ciò per molteplici ragioni: in particolare, oltre che alla nota impermeabilità del nostro ordinamento ad ogni forma di autotutela esecutiva⁽⁶⁴⁾, i principali ostacoli sono stati costituiti, da una parte, dalla pretesa impossibilità di configurare nel nostro ordinamento una proprietà temporanea, com'è quella fiduciaria nell'alienazione in funzione di garanzia, poiché in contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali; dall'altra parte, soprattutto, dalla pretesa sovrapponibilità tra le alienazioni in garanzia e il patto commissorio, rispetto al quale vige il rigido divieto sancito all'art. 2744 c.c.

banca, la quale, alla scadenza, è tenuta a restituire non le stesse cose che le sono state consegnate, ma cose della stessa specie, quantità e qualità. Ma è il caso, altresì, di quelle ipotesi di patto marciano positivizzate dal legislatore speciale, il quale ha, di fatto, tolto ogni dubbio sulla configurabilità della causa di garanzia nel nostro ordinamento giuridico. Sul punto, cfr. A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 226, il quale ritiene che l'inammissibilità nel nostro ordinamento delle alienazioni in funzione di garanzia per difetto di causa non abbia mai ricevuto alcuna "persuasiva dimostrazione", e che anzi "i pochi dati di diritto positivo a disposizione depongono più per la validità che per la nullità dei contratti (ad effetti reali) a scopo di garanzia" portando come riferimento l'art. 1851 c.c. sul pegno irregolare e, più in generale, la cauzione.

⁽⁶²⁾ In questo senso, cfr. D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, cit., 3001 s. Sulla possibilità di configurare una causa di garanzia, cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 35 ss.; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 219.

⁽⁶³⁾ Il termine viene utilizzato da F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 361.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., 1005, il quale, con riferimento al legislatore italiano, parla di "basica avversione alle garanzie autotutelanti".

2.1.1. I limiti dettati dal divieto del patto commissorio.

Il divieto del patto commissorio costituisce senza alcun dubbio il tradizionale e più significativo ostacolo alla configurabilità delle alienazioni in garanzia e, in termini generali, alla possibilità per l'autonomia privata di elaborare modelli di garanzie reali atipici⁽⁶⁵⁾.

Come è noto, l'istituto viene disciplinato all'art. 2744 c.c. (e richiamato all'art. 1963 c.c.), ed è associato al contratto di anticresi o al contratto di garanzia reale tipica: con esso, il legislatore ha inteso sanzionare con la nullità l'accordo (sopraggiunto sia in un momento antecedente, che in un momento successivo al perfezionamento del contratto di anticresi o di garanzia reale) con il quale creditore e debitore convengono, in caso di inadempimento di quest'ultimo, che la proprietà del bene offerto in garanzia sia automaticamente acquistata al patrimonio del primo⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁵⁾ Per ampie e approfondite considerazioni a tal riguardo, v. F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit., 261 ss.; D. VALENTINO, *op. cit.*, 3002 ss., anche per l'ampia bibliografia *ivi* riportata.

⁽⁶⁶⁾ In tema di divieto di patto commissorio, per uno spaccato in chiave comparatistica, cfr. D. VALENTINO, *op. cit.*, 2977 ss. In Germania, giurisprudenza e prassi commerciale si sono mostrate favorevoli alla diffusione di garanzie reali atipiche che fossero in qualche misura compatibili con il divieto del patto commissorio. Nonostante l'ordinamento tedesco conosca il divieto del patto commissorio sia per l'ipoteca (§ 1149 BGB), che per il pegno (§ 1229 BGB), ampio spazio si è dato, da un lato, al trasferimento fiduciario della proprietà a scopo di garanzia (*Sicherungsübereignung*), mentre dall'altro non si è ostacolato l'utilizzo di fattispecie tipiche con funzioni differenti da quella originariamente assegnata loro dal legislatore, come è nel caso della vendita con riserva di proprietà di cosa mobile (*Eigentumsvorbehalt einer beweglichen Sachen*), piegata a uno scopo di garanzia (sul punto v. *infra*, § 2.2); tale situazione è stata favorita anche dal particolare atteggiarsi della disciplina delle garanzie mobiliari, del tutto priva di qualsivoglia forma pubblicitaria, all'esatto opposto di quanto avviene per le garanzie immobiliari.

In Francia, invece, determinante è stato l'intervento del legislatore; fino al 2006, infatti, l'art. 2078, comma 2, *Code civil* sanciva il divieto del patto commissorio: la norma, pur oggetto di critiche in dottrina, era comunque considerata insuperabile in via consuetudinaria o giurisprudenziale. In particolare, l'articolo in parola disponeva: «*Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle*». Le «*formalités*» indicate erano quelle specificate nel precedente comma, secondo cui: «*le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères*», ossia, in buona sostanza, le formalità di giustizia legate allo svolgimento di una procedura esecutiva giudiziale. Orbene, la già citata *ordonnance* n. 346 del 23 marzo 2006 (v. *retro*, § 5, nt. 51), riformando i titoli XVIII e XIX del Libro III del *code civil*,

Da un punto di vista storico, il patto commissorio ha conosciuto un'alternata fortuna: consentito nel diritto romano classico, venne vietato dalla costituzione dell'Imperatore romano Costantino⁽⁶⁷⁾; tollerato durante la stagione del diritto intermedio⁽⁶⁸⁾, nonostante la forte ostilità del diritto canonico⁽⁶⁹⁾, venne infine, generalmente bandito con il sopraggiungere della stagione delle moderne codificazioni⁽⁷⁰⁾.

Sotto la vigenza del primo codice civile unitario del 1865, si vietarono pena nullità tutte le pattuizioni commissorie accedenti al pegno e all'anticresi, mentre nulla si diceva circa quelle accedenti all'ipoteca. Inoltre, dibattuta era la questione se la nullità dovesse limitarsi ai patti commissori stipulati contestualmente alla

ha, tra le altre novità, sostituito alla suddetta previsione dell'art. 2078 la nuova formulazione dell'art. 2348, comma 1, secondo il quale: «*il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou poste rieurment, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gage*»; il che, tradotto, sta a significare che viene riconosciuta alle parti la possibilità, al momento della costituzione del pegno o successivamente, di stipulare una convenzione in forza della quale in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita il creditore divenga proprietario del bene oppignorato; al comma 2, sono invece individuati i limiti legali della pattuizione, dando così veste legale al patto marciano, mediante la previsione che il valore del bene debba essere sempre stimato da un terzo imparziale al momento dell'inadempimento e che il creditore sia comunque tenuto a corrispondere al debitore l'eventuale supero (v. F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, cit., 1195 ss.). Venendo ai paesi di *common law*, negli Stati Uniti, ad un sistema fortemente basato sul meccanismo pubblicitario, si associa, attraverso l'art. 9 *Uniform Commercial Code* (U.C.C.), la possibilità per il creditore di appropriarsi del bene datogli in garanzia dal debitore, purché ciò avvenga in base a condizioni commerciali ragionevoli, che l'autorità giudiziaria potrà (in via eventuale e successiva) essere chiamata a sindacare nonché sotto l'egida dei *punitive damages* per il creditore che abbia inteso frodare il debitore inadempiente. Altro pregio generalmente riconosciuto al predetto articolo è stato quello di concentrare i vari istituti di garanzia reale ideati dalla prassi commerciale nella fattispecie unitaria della *security interest*. Nel Regno Unito, invece, si è vissuta un'esperienza maggiormente vicina a quella tedesca: sebbene con il *Property Act* del 1925 siano state vietate le pattuizioni commissorie, in sostanza la prassi commerciale e le corti di *equity* hanno favorito lo sviluppo di garanzie mobiliari senza spossessamento, nonché di alienazioni in garanzia, più conformi alle mutate esigenze in campo economico.

⁽⁶⁷⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 765: "Costantino abolì tale patto, oltremodo gravoso per il debitore, consentendo soltanto che il creditore – in virtù di altra pattuizione – potesse trattenere la cosa dopo un certo periodo di tempo dall'inadempimento, pagandone il giusto prezzo". Sul punto, v. altresì *infra*, Cap. III, § 1.

⁽⁶⁸⁾ A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 678; A. SCHWARZENBERG, voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 770 s.

⁽⁶⁹⁾ A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 681: "Dopo il secolo XIII riapparve il divieto del patto commissorio, sia nella legislazione statutaria che in quella canonica".

⁽⁷⁰⁾ Cfr. U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 499 ss.

costituzione del rapporto di garanzia, oppure se la sanzione dovesse estendersi anche a quelli conclusi in un momento successivo.

Con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, il legislatore sciolse entrambi i dubbi: il nuovo art. 2744 c.c., infatti, da una parte vieta espressamente il patto commissorio anche nel caso in cui venga stipulato a favore del creditore ipotecario; dall'altra, è chiaro nello stabilire che la convenzione commissoria è nulla anche qualora sia posteriore alla costituzione del pegno o dell'ipoteca, in piena armonia con il dettato normativo dell'art. 1963 c.c.

Ora, il dato letterale dell'art. 2744 c.c., che sancisce la nullità delle sole pattuizioni commissorie accedenti a pegno o ipoteca non deve trarre in inganno, poiché, come è noto, i codificatori del 1942 avevano piena consapevolezza anche dei patti commissori autonomi⁽⁷¹⁾, ossia svincolati dalla costituzione di garanzie reali tipiche: è questo un aspetto da tenere bene a mente al fine di comprendere la reale portata del divieto, esteso oltre la sua lettera, diretto a stigmatizzare un risultato economico, qualunque sia lo strumento giuridico concretamente utilizzato dalle parti per perseguirlo.

Nel ricercare le ragioni volte a giustificare la presenza nel nostro ordinamento del divieto del patto commissorio, ci si imbatte, tuttavia, in una molteplicità di ricostruzioni teoriche, la maggior parte delle quali tra loro contrastanti; pluralità di orientamenti interpretativi che dimostrano come, a tutt'oggi, ancora manchi l'individuazione di una *ratio* certa e univoca sottesa all'art. 2744 c.c. e al suo dettato.

Tra le varie giustificazioni individuate in dottrina, è possibile ricordare: la necessità di difendere il debitore, soggetto debole del rapporto, sia dalla costrizione psicologica che su di esso esercita la necessità di ottenere liquidità, sia dal pericolo di perdere la proprietà del bene dato in garanzia e, correlativamente, l'esigenza di evitare che, da una parte, il debitore insolvente subisca una diminuzione patrimoniale sproporzionata rispetto al debito lasciato insoddisfatto e che, dall'altra, il creditore pervenga ad un indebito vantaggio, acquistando la proprietà di un bene

⁽⁷¹⁾ Per diffuse e approfondite considerazioni sul tema, si rimanda a C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 79 ss.

dal valore superiore al credito vantato⁽⁷²⁾; l'asserita inderogabilità delle modalità tipiche di attuazione del credito (le procedure esecutive disciplinate dal codice civile e da quello di rito) correlata al divieto verso ogni forma di autotutela esecutiva⁽⁷³⁾; la necessità di tutelare la *par condicio creditorum* evitando che gli altri creditori restino pregiudicati dal patto commissorio⁽⁷⁴⁾; la necessità di ordine generale di prevenire il pregiudizio che la comunità subirebbe da una incontrollata e sistematica diffusione del patto commissorio⁽⁷⁵⁾; infine, il contrasto del patto con le norme inderogabili in materia di garanzie tipiche⁽⁷⁶⁾.

Orbene, a prescindere dalla *ratio* sottesa al divieto, la cui indagine richiederebbe

⁽⁷²⁾ È questa l'opinione tradizionale, risalente al diritto romano, che vede un pericolo di sproporzione – tra valore del bene ed importo del credito – presuntivamente insito nel patto commissorio, talvolta sino al raggiungimento di una connotazione usuraria: cfr. G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1984, 353: l'Autore evidenzia come l'esigenza di tutelare la parte economicamente più debole del rapporto obbligatorio, il debitore, abbia rappresentato una preoccupazione costante del formante legislativo, presente sia nella costituzione di Costantino, il primo a vietare la *lex commissoria*; sia nel diritto comune; sia nei codificatori del 1942: emblematica è la spiegazione presente nella Relazione al Codice Civile n. 1127 in ordine all'estensione del divieto anche ai patti commissori posteriori alla costituzione di pegno o ipoteca: “è facile [...] che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto”; cfr. anche D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 1027; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da), BUSNELLI (diretto da), Milano, 1987, 240 s. A tale ricostruzione si è obiettato che la sanzione della nullità appare rimedio eccessivo in un'esclusiva prospettiva di protezione del debitore da una convenzione che non necessariamente si presenta svantaggiosa (v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 204 ss., il quale osserva come il nostro ordinamento conosca rimedi meno gravi alla nullità, quali l'annullamento e l'azione di rescissione).

⁽⁷³⁾ È questa la tesi di E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 689 ss., a cui però si è obiettato che nell'ordinamento giuridico non sarebbe rinvenibile alcun espresso principio di inderogabilità delle procedure esecutive: v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 187 ss.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, cit., 501.

⁽⁷⁴⁾ Sicché il creditore garantito dal patto commissorio acquisterebbe un'inammissibile prelazione atipica, a discapito dei terzi creditori: sicché alla base del divieto starebbe l'esigenza di salvaguardare l'interesse dei questi ultimi, i quali resterebbero penalizzati da un patto che vincoli, a soddisfazione esclusiva di uno solo di essi, una *res* facente parte del patrimonio del debitore, e così impedendo a tutti gli altri di aggredirlo: v. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 261 ss.

⁽⁷⁵⁾ È questa la tesi di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 218; analogamente M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, cit., 127.

⁽⁷⁶⁾ Secondo tale ricostruzione, l'esclusiva volontà del legislatore sarebbe quella di sanzionare il trasferimento commissorio sommato alla costituzione di una garanzia reale tipica oppure ad un'anticresi, conferendo al creditore privilegiato una tutela eccessiva rispetto al suo diritto: v. C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 74 ss.

approfondimenti che esulano dai fini del presente lavoro, quel che qui preme segnalare è come il trasferimento di beni in garanzia sia destinato a subire un trattamento completamente differente a seconda del suo oggetto: infatti, qualora l'operazione sia diretta a trasferire crediti, non sussisteranno particolari problemi di ammissibilità rispetto all'art. 2744 c.c. Anche per i crediti, il modello tradizionale di garanzia è rappresentato dal pegno, *ex* artt. 2800 ss. c.c., le cui caratteristiche, tuttavia, lo rendono inadeguato a soddisfare le esigenze dei soggetti coinvolti, al pari di quanto accade per il pegno su *res* mobili, e segnatamente: la difficoltà a soddisfare le esigenze di notificazione ai terzi debitori, la perdita della disponibilità del credito da parte del debitore-costituente, circostanza questa particolarmente penalizzante per la propria attività economica qualora questi sia un imprenditore; l'inadeguatezza rispetto alla costituzione della garanzia su un insieme di crediti. Per tali ragioni, quindi, gli operatori di settore hanno frequentemente fatto ricorso al trasferimento del credito, mediante lo schema della cessione *ex* artt. 1260 ss. c.c. piegato alla funzione di garanzia: fattispecie, questa, accolta positivamente tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina, e ciò nonostante un contesto interno apparentemente ostile, in cui *par condicio creditorum* e divieto del patto commissorio sono stati tradizionalmente intesi in maniera assai rigida⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁷⁾ Almeno tre sembrano essere le ragioni di una siffatta apertura: da una parte, il fatto che il divieto del patto commissorio non si applica, quantomeno direttamente, alla cessione dei crediti, poiché, è chiaro il dato testuale, l'art. 2744 c.c. fa riferimento alle sole *res*, ossia le cose intese nella loro materialità: dall'altra parte (ma sul punto si rimanda, per ulteriori considerazioni in merito, al successivo §), il fatto che il principio del *numerus clausus* dei diritti reali non concerne i diritti su crediti; da ultimo, il fatto che, come si è pacificamente ritenuto, che alla cessione di crediti a scopo di garanzia debba applicarsi (in via analogica) l'art. 2803 c.c. (in materia di pegno di crediti) e l'art. 1851 c.c. (in materia di pegno irregolare), disposizioni, queste, che ribadiscono il principio secondo il quale il creditore garantito (mediante pegno) deve restituire al debitore l'eccedenza rispetto al valore del credito garantito. Sul punto, cfr.: A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 320 ss.; D. VALENTINO, *op. cit.*, 2990 ss. In merito al dubbio se, anche in tale ambito, la causa di garanzia sia da sola idonea a reggere il trasferimento del credito, è stato evidenziato come la cessione del credito disciplinata agli artt. 1260 ss. c.c. è negozio a causa variabile, e che pertanto il relativo schema possa essere utilizzato per perseguire qualsiasi funzione, purché lecita, tra le quali vi rientra anche quella di garanzia: v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 207: "il trasferimento del credito può avvenire per qualsiasi causa, purché meritevole di tutela; la funzione di garanzia è una di tali cause"; nello stesso senso; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 37 ss. Anche in giurisprudenza è pacificamente ammesso il trasferimento del credito con funzione di garanzia: *ex multis*, v. Cass. 3

Allo stesso modo, si è giunti per via legislativa ad ammettere il trasferimento con funzione di garanzia avente ad oggetto strumenti finanziari o contante: ogni dubbio circa la sua configurabilità è definitivamente venuto meno a seguito del recepimento nell'ordinamento interno della direttiva CEE, n. 2002/47/CE, tramite il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, il quale, all'art. 1, lett. d), stabilisce espressamente che per contratti di garanzia finanziaria devono intendersi anche i contratti aventi ad oggetto «il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie»; e che, al successivo art. 6, comma 2, statuisce: «Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile»⁽⁷⁸⁾.

L'intervento del legislatore, dunque, ha precluso l'estensione del divieto ai contratti di garanzia finanziaria, attribuendo al creditore pignoratizio la facoltà sia di vendere strumenti finanziari oggetto di pegno, trattenendo il corrispettivo fino al soddisfacimento del proprio credito, sia di appropriarsi degli strumenti finanziari oggetto di pegno, diversi dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita.

Al di là delle ipotesi appena richiamate, si registra invece una rigida posizione di chiusura qualora oggetto del trasferimento in garanzia non siano crediti o beni suscumbibili allo strumento finanziario o al contante, bensì diritti reali su *res corporales*⁽⁷⁹⁾: in quest'ultimo caso, infatti, ogniqualvolta l'autonomia privata ha tentato

luglio 2009, n. 15677, in *I Contratti*, 2010, 587 ss.; Cass. 29 gennaio 1997, n. 916, in *Giust. civ.*, I, 2182 ss. Da ultimo, cfr. A.A. DOLMETTA-G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, e tit. cred.*, 1999, I, 104 ss., per i quali i maggiori problemi in ordine alla cessione del credito in garanzia risiederebbero nella difficoltà di conciliarlo con la *par condicio creditorum*.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. D. VALENTINO, *op. cit.*, 2991; sul recente intervento legislativo, v., tra i principali contributi: E. GABRIELLI, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 297 ss. (già in *Digesto (disc. priv.)*, III Agg., Torino, 2007); ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità di mercato e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 507 ss.; P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, 184 ss.; R. MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1168 ss.

⁽⁷⁹⁾ In tal senso, v. A. D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, ROPPO-

di predisporre schemi diretti alla realizzazione di un trasferimento di proprietà e, al tempo stesso, collegati all'adempimento (o all'inadempimento) di un'obbligazione, ha finito con il prevalere tra le corti la soluzione tesa a negare qualsivoglia validità a siffatte operazioni negoziali, sanzionate con la nullità non tanto perché sprovviste di giustificazione causale (stante la piena ammissibilità – come visto – di un negozio retto dalla sola causa di garanzia), quanto, piuttosto, perché intese a realizzare un aggiramento del divieto del patto commissorio.

Tali le premesse, sono facilmente comprensibili le ragioni per cui dottrina e giurisprudenza, pressoché unanimemente, siano state risolte nel considerare senz'altro illecite le alienazioni in garanzia non immediatamente traslative e sottoposte a condizione sospensiva⁽⁸⁰⁾; quanto invece alle alienazioni immediatamente traslative e sottoposte a condizione risolutiva, o configurate come vendita con patto di riscatto, si sono registrate forti oscillazioni: se in un primo momento in giurisprudenza era prevalso l'orientamento secondo cui tale operazione negoziale non incappasse nel divieto sancito all'art. 2744 c.c.⁽⁸¹⁾, successivamente, sulla scorta anche di diffuse critiche in dottrina⁽⁸²⁾, le corti hanno rivisitato il precedente indirizzo, e, con il noto *revirement* occorso in occasione della sentenza

BENEDETTI (diretto da), Milano, 2014, 190, il quale osserva come mentre la cessione del credito in garanzia è pacificamente ammessa, all'alienazioni in garanzia di un diritto reale viene riservato un trattamento decisamente più severo.

⁽⁸⁰⁾ In giurisprudenza v. Cass. 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. cin.*, 1980, 681; Cass. 10 marzo 1979, n. 1493, in *Mass. Giur. it.*, 1979; Cass. 14 dicembre 1978, n. 5961, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, 299; Cass. 1 febbraio 1974, n. 282, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1024; Cass. 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, 631; Cass. 24 giugno 1957, n. 2402, *ivi*, 1958, II, 180; Cass. 4 agosto 1950, n. 2373, *ivi*, 1951, I, 114. In dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 145 ss. e 299 ss.; le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad affermare sin da subito la nullità della vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore sono sintetizzate da U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, cit., 502, tra cui spicca la chiarezza letterale dell'art. 2744 c.c.

⁽⁸¹⁾ In dottrina, v. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 1025 ss.; F. ANELLI, *op. cit.*, 29, ritiene che questa diversità di trattamento fosse dipesa da “una concezione del patto commissorio strettamente aderente alla descrizione normativa, inteso cioè come accordo in forza del quale si stabilisce che la proprietà di un bene oggetto di pegno o ipoteca ‘passi’ [...] al creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, ponendo così enfasi sulla consecuzione effettuale fra inadempimento e trasferimento della proprietà”. In giurisprudenza, v. Cass. 14 aprile 1981, n. 2245, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass. 29 aprile 1980, n. 2854, in *Giur. it. Rep.*, 1980, voce *Patto commissorio*; Cass. 18 settembre 1974, n. 2498, in *Mass. Giur. it.*, 1974; Cass. 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, I, 52.

⁽⁸²⁾ Su tutti, v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 269.

resa dalla Cassazione a Sezioni unite n. 3800 del 1983⁽⁸³⁾, si è inaugurato un nuovo indirizzo, fortemente restrittivo, in breve tempo impostosi come prevalente e al quale si è conformata la successiva giurisprudenza, secondo cui è da ritenersi nullo – poiché in frode all’art. 2744 – qualsiasi negozio che realizza il trasferimento della proprietà di un bene allo scopo di assicurare il soddisfacimento di un debito dell’alienante nei confronti dell’acquirente, sia esso o meno immediatamente traslativo del diritto reale.

Una pietra tombale sull’astratta configurabilità delle fattispecie negoziali in parola, poi, venne posta da un ulteriore duplice intervento della Suprema corte, quando nell’aprile del 1989 – con due sentenze gemelle – fu definitivamente ribadita una netta posizione di chiusura rispetto a tutte le alienazioni in garanzia, siano esse sospensivamente o risolutivamente condizionate⁽⁸⁴⁾.

A partire da tali ultime pronunce, le corti hanno dato risalto al profilo funzionale del divieto, costantemente affermando la necessità di analizzare di volta in volta la fattispecie concreta sottoposta al loro giudizio e verificare se questa integri o meno un’operazione tesa a realizzare il risultato economico vietato dall’art. 2744 c.c.⁽⁸⁵⁾: tuttavia la struttura stessa della norma, il risalto che in giurisprudenza viene dato al suo profilo funzionale a discapito del dato letterale, il costante dibattito

⁽⁸³⁾ Cass., Sez. Un., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899.

⁽⁸⁴⁾ Si tratta delle note sentenze Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1428 e e Cass., Sez. Un., 21 aprile 1989, n. 1907, *ivi*, 1990, I, 205 che hanno risolto il contrasto esistenti tra le varie sezioni in ordine alla liceità della vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia, sancendone la nullità qualora tale vendita risponda all’intento delle parti di costituire una garanzia con l’attribuzione irrevocabile del bene al creditore, in quanto integrante un mezzo finalizzato ad eludere il divieto sancito all’art. 2744 c.c.

⁽⁸⁵⁾ L’orientamento è ormai pacifico: Cass. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *I Contratti*, 2012, 1023; Cass. 11 giugno 2007, n. 13621, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 509. Da ultimo, sono state considerate illecite anche quelle alienazioni ad efficacia meramente obbligatoria, nell’ambito delle quali il debitore, mediante un contratto preliminare, si obbliga a trasferire la proprietà del bene al creditore: Cass. 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 597; Cass. 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, 1208. Si è altresì evidenziato come la falce dell’art. 2744 si abbatta quand’anche il bene oggetto delle alienazioni sia di un terzo: cfr. *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, cit., 3005 s. Posizione, questa, confermata anche dalla giurisprudenza prevalente: Cass. 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, 175; Cass., Sez. Un., 3 giugno 1983, n. 3800, cit. Per una ricostruzione dell’*iter* evolutivo in tema di alienazioni a scopo di garanzia quali forme di garanzia reale mobiliare atipica (non possessoria) elaborate dall’autonomia privata, cfr. G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, cit., 282 ss.

dottrinale attorno al divieto e alla sua esatta portata, hanno contribuito a (non) delimitare gli incerti confini del patto commissorio.

Senza alcuna pretesa di tracciare con soddisfacente precisione entro quali limiti (comunque assai ristretti) l'alienazione in garanzia non degradi in pattuizione commissoria⁽⁸⁶⁾, quel che occorre considerare in questa sede è come dai dati che emergono – sia sul piano normativo, sia su quello interpretativo – dall'analisi del divieto del patto commissorio e del suo rapporto con il trasferimento fiduciario della proprietà, è possibile concludere che il primo costituisca ancora oggi un non trascurabile ostacolo per le *chances* dell'autonomia privata di predisporre validi trasferimenti della proprietà in garanzia; e, in secondo luogo, quegli stessi dati permettono di comprendere a fondo le ragioni per cui, nel nostro sistema, scarsissima rilevanza pratica hanno avuto tali operazioni negoziali in una prospettiva di superamento del requisito dello spossessamento e di valida alternativa alla garanzia pignorizia: ragioni che, a conti fatti, hanno tradizionalmente risieduto nel timore delle parti di incorrere in una sanzione di nullità praticamente certa e che dunque hanno indotto gli operatori di settore ad utilizzare con estrema accortezza ogni forma di alienazione in garanzia⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Per un'efficace sintesi sui criteri adottati in giurisprudenza al fine di valutare se l'operazione negoziale incorra o meno nel divieto dell'art. 2744 c.c., v. M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 749 ss.

⁽⁸⁷⁾ Pur non essendo possibile un'approfondita analisi sul punto, occorre precisare come, all'interno del nostro sistema, esistano una serie di ipotesi poste al riparo da questioni di validità e che si innestano sui trasferimenti di proprietà a fini di garanzia: il pegno irregolare, tipizzato in tema di anticipazione bancaria, il riporto concluso a scopo di garanzia e i trasferimenti in garanzia ai quali acceda un patto marciano (cfr. M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 187), ossia il patto "con cui si conviene che, in caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo, rispetto all'importo del debito inadempito" (M. EBNER, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007, 1; *contra*, G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 46 ss., che, pur con opinione minoritaria, nega validità al marciano). Avendo particolare riguardo al patto marciano, negli ultimi anni si è assistito ad un'evoluzione giurisprudenziale: in alcune occasioni le corti hanno ritenuto validi contratti che riconoscevano diritti su beni ceduti in garanzia al creditore con pattuizioni equilibrate rispetto alla posizione del debitore: il contesto è quello del *sale and lease back*, un'operazione finanziaria con cui una parte cede un bene in proprietà a una società finanziaria (impresa di *leasing*), da cui poi ottiene il godimento del bene in *leasing* e la possibilità di riscattare lo

stesso in futuro qualora il debitore-finanziato abbia saldato il debito precedentemente contratto con la società di *leasing*. Recentemente la Suprema corte (Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 182) ha giudicato valido il marciano apposto ad un *sale and lease back*, purché si preveda, al momento dell'inadempimento del debitore, una procedura tale da assicurare una stima esatta ed imparziale del bene entro tempi certi, così da escludere la violazione del divieto *ex art. 2744 c.c.* (per un'efficace sintesi sul contrasto tra l'operazione negoziale in parola e il divieto del patto commissorio, v. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, 107 ss., spec. 108 nt. 16) e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto di *sale and lease back* a cui acceda il marciano. Importanti novità si sono registrate anche a livello legislativo: l'art. 2, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto l'art. 48-bis, T.U.B., prevedendo che in caso di finanziamento all'imprenditore, sia consentito a questi cedere la proprietà dell'immobile (escluso quello di la residenza) in garanzia, nel senso che il trasferimento produce effetti solo in caso di inadempimento del debitore; per non incorrere nelle maglie dell'art. 2744 c.c., il prezzo della cessione viene determinato da un terzo, in funzione di una procedura definita tra le parti e se il valore del bene è, al momento della cessione, superiore al debito residuo, il creditore è tenuto a versare al debitore la differenza in eccesso tra i due valori; all'opposto, se il valore del bene è inferiore al debito residuo, il debitore nulla dovrà corrispondere al creditore (S. PAGLIANTINI, *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, 5, 931 ss.). Il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – attuativo della dir. 2014/17/UE – ha invece inserito nel Titolo VI, T.U.B., il Capo I-bis, intitolato «*Credito immobiliare ai consumatori*», descritto nel nuovo art. 120-*quinquies* T.U.B. come un finanziamento bancario al consumatore garantito da un'ipoteca sulla proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; l'art. 120-*quinquiesdecies* prevede, al comma 3: «Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, l'acquisizione da parte della banca o il trasferimento (a terzi) dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza». Quanto alla stima, il comma 4, lett. d) stabilisce che venga, successivamente all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o, in difetto, nominato dal Presidente del Tribunale (con le modalità di cui all'art. 696, terzo comma, c.p.c.). Con le due normative approvate di recente – d.lgs. n. 12/2016, in materia di finanziamenti bancari ai consumatori, e con la l. n. 119/2016, in tema di finanziamento alle imprese – sono dunque state disciplinate espressamente due tipologie di patto marciano, così eliminando ogni dubbio sulla sua ammissibilità; in particolare, con l'art. 2 del d.l. 59/2016, convertito in l. 119/2016, «è stata dettata una regolamentazione dettagliata che potrebbe costituire un modello per nuovi interventi del legislatore ed anche per i privati che vogliano stipulare una convenzione marciana al di fuori delle ipotesi previste dalla legge» (A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 15). Rimane tuttavia aperta la questione se una simile operazione negoziale – alienazione in funzione di garanzia ed annessa al marciano modellato dal legislatore – sia ammissibile esclusivamente nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, oppure se sia configurabile anche al di fuori di questi ultimi. Sulle recenti novità legislative, cfr. G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciani*, cit., *passim*.

2.1.2. I limiti dettati dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Una trattazione separata, poi, merita il secondo degli ostacoli giuridici che tradizionalmente si sono frapposti tra l'*opus* dell'autonomia privata e la possibilità di creare garanzie reali atipiche tramite il trasferimento fiduciario: mi riferisco al preteso dogma del *numerus clausus* dei diritti reali sulle *res corporales* e al correlativo principio della tipicità degli stessi⁽⁸⁸⁾.

Numerus clausus e tipicità, come è noto, esprimono concetti interdipendenti ma, al tempo stesso, tra loro profondamente diversi: il primo, infatti, concerne il potere che lo Stato ha inteso riservarsi al fine di individuare le singole ipotesi di diritti reali; il secondo, invece, si sostanzia nella diversa riserva normativa inerente anche alla struttura formale e al regolamento giuridico del diritto enucleato.

Le ragioni storiche che hanno determinato l'affermazione del *numerus clausus* nei moderni sistemi di *civil law*⁽⁸⁹⁾, o meglio della riaffermazione, poiché – la dottrina è concorde – esso trovava ampio riconoscimento già nel diritto romano⁽⁹⁰⁾, vengono tradizionalmente fatte risalire alla stagione delle grandi rivoluzioni continentali del XVIII secolo e alla volontà, chiaramente espressa dai legislatori dell'epoca (su tutti,

⁽⁸⁸⁾ In generale, sul tema del principio del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, nonché sulle ragioni storiche che hanno portato alla loro affermazione, cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 217 ss.; ID., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, 769 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 133 ss., spec. 134; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 2^a ed., Padova, 1988, 33 ss.; P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 855 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 119 ss.; ID., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, 421 ss.; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439 ss.

⁽⁸⁹⁾ Per l'opinione secondo cui il *numerus clausus* dei diritti reali sarebbe principio generale anche dei sistemi di *common law*, cfr. M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, cit., 769 ss.

⁽⁹⁰⁾ La circostanza viene riportata pressoché unanimemente da tutta la manualistica: cfr. M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004; di opinione parzialmente difforme V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «ius in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, 131: “l'esperienza romana conobbe [...] con qualche temperamento soltanto nell'età classica inoltrata, la tipicità di ciascun *ius in re aliena* e di ciascuna *servitus*, ma in un senso e con conseguenze pratiche [...] non corrispondenti alla dottrina recente” e, pertanto, il *numerus clausus* così come lo conosciamo si sarebbe affermato come principio solamente tra il XVIII e il XIX secolo, per contingenti ragioni socio-economiche.

quello della Francia rivoluzionaria, il cui punto di arrivo è rappresentato dal *Code Napoléon* del 1804), di superare il “regime feudale, per quanto concerne l’aspetto economico della moltiplicazione dei diritti sulle cose, e la multiforme varietà degli statuti esistenti [che] appariva al legislatore rivoluzionario come un ostacolo insopportabile alla libertà dell’individuo ed alla libera circolazione dei beni”⁽⁹¹⁾. È dunque in tale contesto socio-politico, ove forte era l’intento programmatico di cancellare ogni ricordo dell’*ancien regime* e l’influenza esercitata dalla crescente corrente ideologica del liberismo economico, che l’assolutezza del diritto di proprietà venne intesa quale naturale corollario del primato della libertà individuale contro ogni sopraffazione fondata su oramai anacronistici privilegi e che, di conseguenza, vennero eliminate gran parte delle antiche limitazioni alla proprietà, lasciate sopravvivere soltanto in un ristretto numero di *iura in re aliena*⁽⁹²⁾.

Al di là della pur determinante componente ideologico-rivoluzionaria (la cui portata prorompente è gradualmente sfumata), furono almeno altre due le ragioni che segnarono la rinnovata fortuna dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali: anzitutto ragioni economiche, poiché all’economia agricola si andava sostituendo quella industriale, e quest’ultima da sempre mal tollera la proliferazione incontrollata di vincoli sulla proprietà privata, poiché limita la possibilità di impiegare con profitto i beni nel ciclo produttivo, dal momento che essi sono potenzialmente oggetto di pesi; in secondo luogo, ragioni giuridiche, dal momento che il *numerus clausus* consente di esercitare un serrato controllo sul tratto maggiormente caratterizzante dei diritti reali, e consistente nella loro opponibilità ai

⁽⁹¹⁾ M. COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., 217.

⁽⁹²⁾ Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 119: “Nel contesto dell’attività riorganizzativa della società postrivoluzionaria il numero chiuso dei diritti reali rappresenta lo strumento più efficace per porre fine al «particolarismo», che si era progressivamente creato dall’età feudale in poi per imposizione a carico della proprietà fondiaria di una molteplicità di oneri e privilegi a favore del «signore», e che ne avevano ridotto o addirittura annullato il valore economico [...]. Da questo punto di vista la regola della tipicità dei diritti reali soddisfaceva prevalentemente l’esigenza di affrancazione del cittadino di fronte allo Stato, e rappresentava una garanzia per il libero esplicarsi della sua iniziativa economica”. Il che, peraltro, parrebbe spiegare anche la ragione per cui in quasi tutte le moderne codificazioni (sul punto v. M. COMPORTE, *op. cit.*, 220) non sia stato avvertito il bisogno di positivizzare i principi in parola, proprio perché connaturati alla libertà personale dell’individuo.

terzi, tenuti ad osservare un obbligo di astensione rispetto a qualsiasi comportamento turbativo del rapporto intercorrente tra il titolare del diritto e il bene su cui esso insiste: in quest'ultima prospettiva, dunque, il *numerus clausus* assolverebbe una funzione di tutela dei terzi⁽⁹³⁾.

Ricostruite le loro vicende in una prospettiva storica, occorre anzitutto domandarsi se principi come la tipicità e il *numerus clausus* dei diritti reali trovino ancora oggi ragion d'essere e, in caso affermativo, se essi costituiscano o meno un serio ostacolo alla possibile configurazione di garanzie reali atipiche.

Quanto alla prima questione, non essendo certamente possibile in questa sede ripercorrere analiticamente l'acceso dibattito che ha animato la dottrina in merito all'attualità e alla vigenza dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, mi limiterò a ricordare come, sebbene un'autorevole opinione abbia sottoposto a rigorosa revisione critica tutte le ragioni – ideologiche, economiche e giuridiche – poste a fondamento dei predetti principi, affermando che in forza dell'art. 42 Cost. i privati, così come godono della facoltà di disporre del diritto di proprietà sui loro beni, parimenti potrebbero stabilire diritti di uso limitato, oneri o pesi di natura reale in ordine ai medesimi beni, e così concludendo a favore della non giustificabilità nell'attuale sistema economico-giuridico dell'esistenza di una limitazione all'autonomia privata in ordine alla possibilità di creare diritti reali atipici⁽⁹⁴⁾,

⁽⁹³⁾ Sulle ragioni economiche e giuridiche, cfr. M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, 123 ss. e 141 s.; cfr. anche F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 15, il quale ritiene che, superata l'originaria motivazione legata al disfavore rispetto ai pesi imposti alla proprietà feudale e all'esaltazione del diritto di proprietà, oggi il principio del *numerus clausus* si giustifica sulla necessità di tutelare i terzi sui quali, in presenza di un diritto reale, incombe un dovere di astensione, e sulla necessaria tipicità degli atti soggetti a trascrizione.

⁽⁹⁴⁾ È questa l'autorevole posizione di M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, 142 ss., spec. 171; sostiene l'Autrice: "Il principio del numero chiuso, come già si è ricordato, sorse come difesa dei diritti dell'individuo nei confronti dello Stato. Sembra quanto meno strano, perciò, che oggi esso possa essere utilizzato in senso opposto, quale prerogativa attribuita allo Stato. [...] Dal punto di vista tecnico proporre la permanenza del principio del c.d. *numerus clausus* significherebbe svalutare una serie di disposizioni positive che già impongono all'autonomia dei privati delimitazioni. In particolare intendiamo riferirci alle regole contenute rispettivamente negli artt. 1322 e 1343 c.c. Entrambe le disposizioni assicurano efficacia giuridica ai soli rapporti che non siano contrari all'ordine pubblico inteso in senso ampio, e cioè quale sintesi dei principi fondamentali di un dato ordinamento". Tali considerazioni vengono precedute dall'analisi di servitù atipiche e diritti personali di godimento come fattispecie espressive di un'implicita vigenza del principio: "L'esigenza di salvaguardare un

L'orientamento prevalente, pur con differenti argomentazioni, tutt'ora rimane comunque saldamente ancorato all'invalidità dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali⁽⁹⁵⁾.

Preso atto dell'orientamento prevalente, favorevole all'attuale sopravvivenza dei principi in parola, l'ulteriore domanda da porsi è se, e in quale modo, essi possano ripercuotersi negativamente sulla configurabilità del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia.

Orbene, secondo un risalente orientamento, il principio del *numerus clausus* dei diritti reali avrebbe contribuito a rendere incompatibile la struttura dell'alienazione con la funzione di garanzia: quest'ultima sarebbe inadeguata a fondare causalmente il trasferimento della proprietà poiché al principio del numero chiuso – si è affermato – corrisponderebbe la tipicità dei negozi traslativi dei diritti reali⁽⁹⁶⁾. A tale ricostruzione, tuttavia, si è obiettato che, da una parte, essa comporterebbe un ingiustificato sacrificio all'autonomia privata e, dall'altra, la stessa si fonderebbe su un assunto difficilmente spiegabile, e cioè che alla tipicità del diritto reale dovrebbe necessariamente coincidere la tipicità del contratto che ne dispone⁽⁹⁷⁾.

interesse superiore, semmai, potrebbe essere invocata a giustificazione della c.d. tipicità dei diritti reali e non anche del numero chiuso. Non sarebbe contraddittorio che l'ordinamento si riservasse la prerogativa di regolare in modo esclusivo alcune situazioni, salvo lasciare ai privati la possibilità di dar vita ad altre fattispecie di tipo analogo, provvedendo poi, con mezzi diversi da quello dello *ius cogens*, al controllo della privata autonomia". Analogamente, ID., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, cit., 421: l'idea di un numero chiuso come limite all'autonomia privata di poter dar vita a diritti reali atipici non sia giustificabile "né dal punto di vista storico né sotto il profilo tecnico, relativamente all'attuale ordinamento". Favorevole al superamento del dogma del *numerus clausus* anche A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, cit., 439 ss.

⁽⁹⁵⁾ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., 134. In particolare, v. M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, cit., 465 s., il quale critica la posizione di Maria Costanza, affermando che l'art. 42 Cost. "nel riconoscere e garantire la proprietà privata, ha un contenuto ben diverso dall'ipotizzata ammissibilità dell'autonomia privata anche in ordine alla creazione di nuovi tipi di diritti reali" ma che, all'opposto, "proprio il comma 2 dell'art. 42, rinviando alla legge per la determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti di proprietà, sembra inserire nella materia il principio di legalità ed escludere il ruolo dell'autonomia privata".

⁽⁹⁶⁾ È questa la posizione di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. U. CARNEVALI, voce *Negozi giuridico. III) Negozi fiduciario*, cit., 1 ss.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2001, 240. Anche A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, 48 ss., evidenzia come altro sia parlare di diritti reali atipici, ben altro di contratti traslativi atipici di

Esclusa l'eventualità che il mezzo trasferente il diritto reale (alienazione in garanzia) si ponga in contrasto con il principio del *numerus clausus*, rimane da valutare se violazione avvenga in ordine al risultato, ossia il diritto di proprietà trasferito: in altri termini, se, essendo tali operazioni negoziali finalizzate a trasferire soltanto temporaneamente la proprietà, esse diano o meno vita ad un diritto reale atipico.

A tal proposito, soprattutto in passato, gli interpreti hanno incontrato diverse difficoltà ad ammettere una proprietà temporanea, ritenendola, appunto, atipica e dunque lesiva del principio *numerus clausus*. Cionondimeno, la più recente elaborazione dottrinale ha osservato come il principio in parola “non sarebbe ostativo della possibilità di concepire una proprietà che, in conseguenza del suo carattere (potenzialmente) «temporaneo», comporti limitazioni di vario genere all'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione da parte del *dominus*”, ma che anzi “la possibilità [...] di apporre al negozio traslativo della proprietà di un bene una condizione risolutiva [o] sospensiva dovrebbe essere sufficiente a far riconoscere che è lo stesso legislatore ad avere ammesso una «proprietà» [...] che non consente evidentemente al suo titolare l'esercizio «pieno» delle facoltà che normalmente ineriscono al diritto dominicale. E che, pertanto, il principio del *numerus clausus* [...] non sarebbe nemmeno violato nelle fattispecie di alienazioni a scopo di garanzia”⁽⁹⁸⁾.

Altro orientamento, invece, nel ribadire l'ammissibilità delle alienazioni in garanzia sotto il profilo della mancata violazione del *numerus clausus*, ha evidenziato come “gli effetti dell'alienazione in garanzia non determinano una conformazione *reale* dei diritti delle parti sulla cosa, alterando lo schema tipico del diritto trasferito [...]”, poiché “[l]a causa di garanzia incide sul diritto trasferito secondo modalità e schemi che non sono affatto sconosciuti all'ordinamento”⁽⁹⁹⁾.

Ne deriva, pertanto, che il dogma del *numerus clausus* non pare più costituire, alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi, un significativo argine alla diffusione delle alienazioni in garanzia (e, dunque, all'elaborazione negoziale di garanzie reali

diritti reali, dal momento che questi ultimi non colliderebbero con il *numerus clausus* dei diritti reali.

⁽⁹⁸⁾ G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., 587.

⁽⁹⁹⁾ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 439.

atipiche)⁽¹⁰⁰⁾.

Ciò posto, tuttavia, tocca ancora una volta constatare come laddove si sposti l'angolo di visuale dall'attuale dato ermeneutico e ci si ponga in una più ampia prospettiva storica al fine di comprendere i motivi che hanno plasmato i tradizionali connotati di rigidità del sistema interno delle garanzie reali, non sarebbe possibile escludere come anche il principio del *numerus clausus*, assieme al ben più rilevante limite costituito dal divieto del patto commissorio e alla tradizionale posizione di preferenza accordata dal legislatore alla garanzia patrimoniale generica, abbia contribuito a creare un clima di avversione rispetto ai diversi tentativi condotti dall'autonomia privata volti a predisporre soluzioni innovative e alternative alle garanzie reali nominate e al principio dello spossessamento.

Il che, ancora una volta, permette una piena comprensione delle ulteriori ragioni alla base di una scarsa diffusione nel nostro sistema del trasferimento fiduciario quale tecnica finalizzata alla costruzione di una garanzia mobiliare non possessoria.

2.2. La vendita con riserva di proprietà e il suo ruolo poco incisivo quale garanzia sui beni aziendali.

Non tutte i metodi che sfruttano il trasferimento della proprietà a fini di garanzia devono considerarsi commissori e, dunque, inammissibili: invero è possibile rinvenire numerosi riconoscimenti da parte del legislatore in ordine alla validità di trasferimenti provvisori predisposti in funzione di garanzia: vendita con patto di riservato dominio, vendita con patto di riscatto, deposito liberatorio e *datio in solutum* di beni individuati⁽¹⁰¹⁾.

Ebbene, tra gli strumenti adottati nella prassi dei rapporti commerciali nel tentativo di superare il principio dello spossessamento, una particolare attenzione

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit. 191: l'Autrice evidenzia come “[a]llo stato attuale la giustificazione teorica del *numerus clausus* si presenta controversa e sfuggente”.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 308 ss.

dev'essere rivolta alla vendita con riserva di proprietà o con patto di riservato dominio, a cui gli operatori di settore frequentemente hanno fatto ricorso al fine di conciliare, da una parte, le necessità dell'imprenditore di mantenere la disponibilità materiale dei beni aziendali vincolati e, dall'altra, l'esigenza del finanziatore di garantirsi contro il rischio di subire una perdita in caso di inadempimento o di insolvenza del primo⁽¹⁰²⁾.

Senza entrare nel merito delle complesse problematiche disciplinari sottese all'istituto⁽¹⁰³⁾, ciò che qui interessa è valutare se e in quali termini il patto di riservato dominio possa porsi quale modello di garanzia non possessoria alternativo al pegno.

Orbene, come è noto, la vendita con riserva di proprietà, nella sua forma più semplice, consiste nell'accordo tra le parti in virtù del quale il trasferimento del bene

⁽¹⁰²⁾ Da un punto di vista teorico, la dottrina prevalente qualifica la riserva di proprietà come un mero differimento traslativo: cfr. N. LIPARI, *Vendita con riserva della proprietà*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 538 ss. Cionondimeno il riconoscimento della funzione di garanzia svolta dal patto di riservato dominio è assai diffuso in dottrina: in particolare, v. C.M. BIANCA, *Il riservato dominio*, in *La vendita e la permuta*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile*, VII, T. 1, VASSALLI (diretto da), VII, Torino, 1993, 583 ss., il quale opera una puntuale ricostruzione dell'istituto nell'ottica della funzione di garanzia da esso perseguita, e la definisce una "figura di garanzia che ha trovato apposito riconoscimento normativo" (*ivi*, 585); in senso analogo, cfr.. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 337 ss.; R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 107 s., spec. nt. 15; T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 357 ss.; A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, cit., 65. Anche A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 42, in una prospettiva comparatista, evidenzia come la vendita con riserva di proprietà in funzione di garanzia venga ammessa "senza difficoltà" pressoché in tutti gli ordinamenti europei e nordamericani. L'Autrice prosegue osservando come, in particolare, la vendita con riserva di proprietà di beni mobili, in una prospettiva di realizzazione di una garanzia mobiliare senza spossessamento, si sia affermata soprattutto nella prassi commerciale e degli affari tedesca (c.d. *Eigentumsvorbehalt einer beweglichen Sachen*): la fattispecie, espressamente prevista nell'ambito della disciplina della vendita al § 445 del BGB, rappresenta (unitamente al trasferimento di proprietà a scopo di garanzia) la principale forma di garanzia a disposizione del creditore-fornitore, anche in virtù della possibilità attribuita a quest'ultimo di prolungare la garanzia e di estenderla dalle merci che originarie a quelle derivanti dalla loro lavorazione o al prezzo ricavato dalla loro vendita; né è stato di ostacolo all'affermazione della fattispecie il divieto del patto commissorio, pur conosciuto dall'ordinamento tedesco (§§ 1149 e 1229 BGB; v. *retro*, § 2.1.1, nt. 64) il quale, in siffatte ipotesi, è stato disapplicato dalla giurisprudenza sulla scorta dell'osservazione che il creditore verrebbe ad appropriarsi di ciò che è già suo (A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, cit., 267; in tema, cfr. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, cit., 23 ss. e 137 ss.).

⁽¹⁰³⁾ Il dibattito dottrinale investe l'intero ambito della vendita con riserva di proprietà: dalla natura giuridica, a numerosi aspetti inerenti la sua disciplina. Per una compiuta ricostruzione della figura in esame, soprattutto sulla natura giuridica del patto, v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 585 ss.

oggetto del negozio viene subordinato al versamento dell'ultima rata costituente il corrispettivo in prezzo: il venditore riservante, dunque, pone in essere il trasferimento del bene al compratore, subordinandone però l'efficacia all'effettivo pagamento dell'intero prezzo; egli rimane quindi nella piena titolarità del diritto fintanto che non si sia realizzata la condizione "la quale non produce né una limitazione, né una alterazione del contenuto del diritto di proprietà, il quale, in realtà, non è ancora stato trasferito, ma determina soltanto un mutamento dell'efficacia del negozio"⁽¹⁰⁴⁾.

Strutturata in tal modo l'operazione negoziale, il patto di riservato dominio apposto alla vendita assumerebbe la funzione di "una clausola di garanzia che conferisce al venditore il potere di rivendicare il bene in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore"⁽¹⁰⁵⁾: il superamento dello spossessamento avviene nel senso che non si impedisce al compratore l'attuale godimento del bene, fatta salva l'esistenza della garanzia a favore del venditore, il quale, pur non avendo la disponibilità materiale del bene oggetto di vendita, sarà comunque tutelato dal rischio di inadempimento del primo.

In altri termini, secondo un'autorevole ricostruzione, si realizzerebbe una dissociazione tra la formale titolarità della proprietà, che permane al dante causa sino al pagamento dell'intero corrispettivo, e il potere sostanziale di godimento del bene, che è immediatamente conseguito dall'avente causa⁽¹⁰⁶⁾.

Di regola, tuttavia, la riserva di proprietà è efficace solamente *inter partes*; ma in tal caso è facilmente comprensibile come essa si rilevi assolutamente inidonea a svolgere una qualsivoglia funzione di garanzia: infatti, ciò che maggiormente preme al venditore (che, nello schema negoziale, riveste il ruolo di soggetto garantito) è precisamente la possibilità di opporre il proprio diritto di proprietà (non ancora trasferito all'acquirente) ai terzi, sia in caso di inadempimento del debitore (che, all'opposto, riveste il ruolo di concedente della garanzia), sia, altresì, in presenza di

⁽¹⁰⁴⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 31.

⁽¹⁰⁵⁾ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 584.

⁽¹⁰⁶⁾ Si deve a M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 371, la teoria della c.d. "doppia proprietà": il compratore sarebbe proprietario con riserva di pagamento del prezzo, mentre il venditore rimarrebbe titolare di un diritto di proprietà a garanzia del prezzo.

procedure concorsuali aperte nei confronti di quest'ultimo⁽¹⁰⁷⁾.

Ebbene, riguardo a tale profilo la vendita con riserva di proprietà sconta una insoddisfacente attitudine a porsi come valida alternativa al pegno su beni mobili. E ciò non tanto perché il venditore è impossibilitato a conseguire l'effetto dell'opponibilità del patto ai terzi, quanto piuttosto perché tale efficacia è sì conseguibile, ma entro ristrettissimi margini: infatti, il patto di riservato dominio diviene opponibile ai terzi solo subordinatamente all'adempimento di oneri documentali o pubblicitari, e comunque entro i limiti fissati all'art. 1524 c.c.; limiti che, in concreto, frustrano l'impiego della riserva di proprietà in una prospettiva di garanzia.

La disposizione in esame riconosce, al primo comma, la possibilità di rendere opponibile il patto ai creditori del compratore qualora il medesimo patto risulti da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento di questi ultimi⁽¹⁰⁸⁾; mentre, al secondo comma, disciplinante la peculiare ipotesi di una vendita avente ad oggetto macchinari e a fronte di un certo prezzo (superiore a Euro 15,49), viene stabilito che il patto di riservato dominio può essere opposto ai terzi sub-acquirenti, purché quest'ultimo risulti trascritto negli appositi registri in base al particolare regime di pubblicità previsto dalla stessa disposizione.

⁽¹⁰⁷⁾ Osserva E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 113 ss., come il patto di riservato dominio “nei suoi termini essenziali si presenta come una clausola di garanzia che conferisce al venditore il potere di rivendicare il bene in caso di risoluzione per inadempimento del compratore” rispondendo “all’esigenza di attuare una garanzia pronta e semplice del venditore che non impedisce l’attuale godimento del bene da parte del compratore”; analogamente M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, cit., 311: “anche il nostro ordinamento conosce lo schema della vendita con riserva di proprietà il quale può assumere la funzione di garanzia reale non possessoria”; S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 181: “Il patto che subordina il trasferimento della proprietà all’integrale pagamento del prezzo, considerato sotto il profilo sostanziale, non è altro che una clausola di garanzia [...] rispondendo all’esigenza di fornire una garanzia rapida ed efficace che, al contempo, permette al compratore il godimento del bene”.

⁽¹⁰⁸⁾ La circostanza se il patto di riservato dominio debba essere stipulato contestualmente alla vendita o anche in un momento successivo è controversa: per quella parte di dottrina che vede la riserva di proprietà come un mero differimento del momento traslativo, propende per negare che il patto possa sopraggiungere successivamente alla vendita, poiché quest'ultima è contratto consensuale ad effetti reali, pertanto con il semplice consenso la proprietà si trasmette all'acquirente; per quella parte di dottrina che, diversamente, ritiene che l'effettiva funzione della riserva di proprietà quella di costituire una garanzia reale senza spossessamento, è invece irrilevante il fatto che la pattuizione sia successiva al perfezionamento della vendita.

Come è facilmente intuibile, dunque, all'infuori dell'ipotesi espressamente disciplinata al secondo comma, ogniquale volta la vendita con riserva di proprietà non abbia ad oggetto macchinari oltre un certo valore, ma semplici beni d'impresa costituenti il capitale circolante come merci, materie prime, prodotti etc., il patto di riservato dominio non avrebbe forza sufficiente per impedire che “i terzi in buona fede [possano] acquistare legittimamente ogni diritto sui beni oggetto della convenzione, e ciò in ragione delle regole generali dettate dagli artt. 1153 ss. c.c. circa la circolazione di beni mobili”, dal momento che tale patto non assicurerebbe al creditore-riservatario alcun diritto di sequela sul bene oggetto della vendita⁽¹⁰⁹⁾.

Alle considerazioni che precedono, poi, segue un'ulteriore ragione che impedisce al dominio riservato di poter svolgere un ruolo significativo quale specifica garanzia sulle merci nel caso di finanziamento concesso all'impresa⁽¹¹⁰⁾: mi riferisco al fatto che quest'ultima fattispecie negoziale trova limite in una disciplina che, da parte degli interpreti, è intesa ad escludere in capo al compratore qualsiasi potere di trasformazione e lavorazione sul bene, pena la decadenza del beneficio stesso; nonostante l'assenza di un'espressa disposizione normativa in tal senso, dottrina e giurisprudenza da sempre sono orientate nel senso di negare all'imprenditore-debitore ogni possibilità, ancorché contrattualmente determinata, di disporre dei beni coperti da riserva. Il che, quindi, finisce per rendere la vendita con patto di riservato dominio nei fatti complessivamente inidonea a svolgere un'efficace funzione di garanzia laddove abbia ad oggetto beni aziendali⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Digesto (disc. priv.)*, cit., 593; nello stesso senso U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 12.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 53.

⁽¹¹¹⁾ Lo osserva G. PIEPOLI, *op. cit.*, 54; analogamente M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit., 169. In dottrina, nel senso di negare al compratore ogni potere di trasformazione o disposizione sul bene, pena la decadenza dal beneficio del termine, cfr. C.M. BIANCA, *Il riservato dominio*, cit., 591 ss. e 601 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 431 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 21 maggio 1949, in *Foro it. Rep.*, voce *Vendita*, n. 265. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 102, nt. 134 e 114, nt. 160, osserva come in Germania qualora le parti abbiano fatto ricorso alla c.d. *Eigentumsvorbehalt*, queste possono espressamente prevedere, nel caso in cui il titolo del venditore venga a cessare per la trasformazione o la cessione dei beni ad opera del debitore (§ 950 BGB), che il venditore conservi il suo diritto sul prodotto trasformato o sui proventi della cessione, mediante un'apposita clausola di allungamento della garanzia.

2.3. Il trust a fini di garanzia come alternativa alle garanzie reali.

Tra i vari strumenti a cui l'autonomia privata ha fatto ricorso per perseguire finalità di tutela del finanziamento in alternativa al pegno codicistico, è necessario prendere in considerazione anche il *trust*: nell'evoluzione delle tecniche preordinate al superamento del principio dello spossessamento, pertanto, un capitolo significativo è stato costituito anche dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, in materia di riconoscimento dei *trusts*, ratificata con l. 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore nel nostro ordinamento a partire dal 1° gennaio 1992⁽¹¹²⁾.

La definizione di *trust* è contenuta all'art. 2 della Convenzione, ai sensi del quale un soggetto, il *settlor*, tramite un atto *inter vivos* o *mortis causa*, trasferisce uno o più beni determinati ad altro soggetto, il *trustee*, con il compito di custodirli, amministrarli o comunque servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può anche essere compreso egli stesso (c.d. *trust* con beneficiari), oppure per un fine specifico (c.d. *trust* di scopo): le principali caratteristiche della figura risiedono nel fatto che i beni costituiti in *trust* sono intestati a nome del *trustee*, investito del potere/obbligo di amministrarli e gestirli secondo i termini pattuiti nel *trust*; e, in secondo luogo, nel fatto che i medesimi beni costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*. Si viene così a creare un patrimonio separato, destinato al perseguimento di uno o più interessi particolari.

⁽¹¹²⁾ Per un'introduzione alla fattispecie, visti i numerosissimi contributi dottrinali, ci si limita a segnalare: C.M. BIANCA, *Le garanzie reali*, cit., 262 s. M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, Milano, 1994. La figura, affermata in epoca medievale nel diritto anglosassone (M. LUPOI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corr. giur.*, 1995, 1205 ss., sottolinea come il periodo di maggior fioritura dei *trusts* si ebbe in Inghilterra, nei secoli XVIII e XIX, soprattutto nel settore immobiliare) è giunta, con i suoi due effetti principali, segregazione e vincolo, sostanzialmente immutata fino alla convenzione dell'Aja del 1985: con tale fattispecie si conveniva (con schema trilaterale) che un soggetto, *settlor*, trasferisse la proprietà ad altro soggetto, *trustee*, di beni mobili o immobili affinché il secondo li amministrasse, secondo le direttive impartitegli, a favore di un terzo soggetto, beneficiario, oppure per scopi altruistici e di utilità sociale (cfr. R. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, Padova, 1935, *passim*: all'Autore si deve la prima monografia dedicata all'istituto del *trust*). Ora, se è pur vero che i creditori il cui diritto sorga in connessione allo scopo del *trust* possono comunque aggredire i beni che ne costituiscono oggetto, nel *trust* con beneficiari sono irrilevanti le vicende personali dei soggetti coinvolti, dunque i relativi beni non possono essere sottoposti ad escussione per mano dei creditori personali del *settlor*, del *trustee* e del beneficiario.

La riportata definizione consente anzitutto di comprendere come il *trust* si connota per un'estrema duttilità e poliedricità, intesa sia come capacità di adattarsi all'impiego nei settori più disparati (commerciale, finanziario, familiare e successorio), sia come idoneità a perseguire molteplici ed eterogenei risultati: in tal senso, la figura in parola è in grado di svolgere sia la funzione di consentire l'isolamento di risorse patrimoniali e così vincolarle ad un determinato scopo, come avviene con la costituzione dei patrimoni separati; sia la funzione di assicurare al beneficiario una tutela prioritaria, al pari dei cc.dd. negozi di garanzia: e ciò anche in una prospettiva di tutela del finanziamento alle imprese⁽¹¹³⁾. In particolare, quest'ultima ipotesi prende il nome di *trust* in (o a fini di) garanzia, il quale può essere strutturato sia come *trust* con beneficiari, sia come *trust* di scopo; nel primo caso, beneficiari possono essere soggetti diversi, fra cui anche il creditore; nel secondo caso, l'obiettivo da perseguire sarà quello di amministrare i beni costituiti in *trust* allo scopo di soddisfare le ragioni creditorie del soggetto che ha precedentemente concesso il finanziamento.

Ora, le finalità a cui tende il presente discorso, stante anche l'estrema vastità della materia del *trust*, inducono a limitare l'indagine esclusivamente ai *trust* a fini di garanzia, valutando la loro capacità di porsi come alternativa non possessoria al pegno e di essere in grado di sopperire alle rigidità e ai noti problemi che connotano il sistema interno di garanzie reali; il che, conseguentemente, porta ad accantonare ogni speculazione rispetto a tutte le problematiche sottese ai *trust* costituiti per altri fini, come, ad esempio, quelli in ambito familiare o successorio.

⁽¹¹³⁾ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1995, 643: “[Il *trust*] costituisce un possente strumento di autonomia privata, il quale, in particolare, consente di risolvere una serie di problemi molto sentiti nella moderna economia mobiliare che richiede di poter costituire patrimoni separati destinati a vari scopi predeterminati”. Per un’analisi del *trust* in garanzia quale tecnica di tutela del credito alternativa alle garanzie reali nominate, v. M. MOLINARI, *Il trust di garanzia e il suo impiego per un finanziamento imprenditoriale*, in *Trust: opinioni a confronto: atti dei congressi dell’Associazione “Il trust in Italia”*. III Congresso nazionale, Roma, 2005. *I trust per la famiglia*, Firenze, 2005, BARLA DE GUGLIELMI (a cura di), Milano, 2006, 496 ss. Cfr. E. GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *Trusts*, 2002, 518 ss.; M. BUSSANI, *op. ult. cit.*, 189 s.; C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, cit., 927. In particolare, riguardo al rapporto tra *trust* in garanzia e pegno, cfr. A.C. DI LANDRO, *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, in *Trust*, 2010, 353 ss.

Procediamo con ordine: qualora le parti coinvolte nell'operazione di finanziamento all'impresa optassero, in alternativa al pegno, per un *trust* a fini di garanzia⁽¹¹⁴⁾, l'imprenditore-costituente potrebbe giovare di uno spossessamento pilotato a favore del *trustee*. In altri termini, al fine di superare tutti gli inconvenienti insiti nello spossessamento, l'ufficio di *trustee* potrà essere ricoperto dallo stesso costituente⁽¹¹⁵⁾, in modo tale da consentire a quest'ultimo di conservare la disponibilità materiale dei beni aziendali offerti in garanzia e, al tempo stesso, di continuare a gestirli in una prospettiva di soddisfacimento del finanziatore, beneficiario del *trust*. In pratica si verrebbe così a realizzare una forma di garanzia mobiliare non possessoria, che consente al debitore di continuare ad utilizzare i beni vincolati, con modalità di gestione degli stessi, tuttavia, subordinate ai *placet* del creditore-beneficiario.

⁽¹¹⁴⁾ Notevole impulso al *trust* a fini di garanzia è stato dato dalla nota pronuncia Trib. Milano, 27 dicembre 1996, in *Le Società*, 1997, 585: il caso riguardava l'emissione di un decreto di omologazione di una delibera assembleare con la quale una società di capitali emittente obbligazioni, anziché fare ricorso ad una garanzia immobiliare, aveva optato per un'operazione fiduciaria sintetizzabile nei termini seguenti: intestazione di immobili ad una società controllata estera; emissione da parte della controllata di azioni in misura corrispondente al conferimento ricevuto; creazione di un *trust*, da parte della controllante, avente ad oggetto le azioni emesse dalla controllata; nomina di una società fiduciaria in qualità di *trustee* che restituisse le azioni alla società emittente il prestito obbligazionario soltanto quando, concluso il *trust*, il prestito fosse stato interamente rimborsato agli obbligazionisti; e, nell'ipotesi di inadempimento della società emittente, il *trustee* avrebbe dovuto adottare tutti i provvedimenti necessari per soddisfare gli obbligazionisti, compresa la vendita dei beni e la corresponsione dei frutti percepiti durante la vigenza del *trust*. Centrali nell'operazione erano le attribuzioni del *trustee*, il quale non solo doveva occuparsi della riscossione dei canoni degli immobili locati, ma doveva altresì assicurarsi che questi ultimi fossero opportunamente reinvestiti e che gli immobili rimanessero nel patrimonio della società immobiliare.

⁽¹¹⁵⁾ È appena il caso di ricordare come in giurisprudenza si ritenga pacificamente ammissibile il c.d. *trust* "autodichiarato", ovvero quel *trust* in cui *trustee* e *settlor* sono la stessa persona: tra le molte pronunce, v. Trib. Forlì 5 febbraio 2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1064; Trib. Milano 10 giugno 2014, in *Trusts*, 2016, 151; Trib. Bologna 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295; tale orientamento ha ricevuto l'autorevole avallo della Suprema corte: Cass. 26 ottobre 2016, n. 21614, in *Trusts*, 2017, 66. In dottrina S. BARTOLI, *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trust*, in *Trusts*, 2005, 355, ha osservato come, da un lato, l'art. 2 della convenzione, laddove parla di *trustee* e *settlor* non postula affatto che questi siano necessariamente soggetti distinti; e che, dall'altro lato, quando parla di controllo («[...] *beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*»), introduce una nozione convenzionale di *trust* estremamente ampia, nella quale non può che rientrarvi anche il *trust* autodichiarato; in senso analogo M. LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, Torino, 2005, 259.

Inoltre, nel vincolare allo scopo dichiarato (tutela del finanziamento) determinati beni, si viene a realizzare una separazione patrimoniale, poiché questi ultimi non saranno aggredibili dagli altri creditori il cui diritto sia estraneo allo scopo sotteso al *trust*; mentre, per contro, si rafforzerà la posizione del creditore-beneficiario il quale potrà, in caso di inadempimento del debitore, soddisfarsi sui beni costituiti in *trust* e nel cui interesse sono amministrati⁽¹¹⁶⁾.

In tal modo, qualora il credito precedentemente concesso sia stato integralmente soddisfatto, i beni costituiti in *trust* rientreranno nel patrimonio del disponente oppure di colui che è stato da questi designato come beneficiario finale⁽¹¹⁷⁾; diversamente, qualora l'operazione di finanziamento sia entrata in una fase patologica, essendosi il debitore rivelato inadempiente, i beni potranno essere alienati per soddisfare le pretese creditorie del soggetto garantito.

In termini generali, i vantaggi che l'utilizzo del *trust* a fini di garanzia comporta si possono così riassumere: il non porre alcun limite in ordine ai soggetti coinvolti, né dei beni che possano essere vincolati; la possibilità di costituire garanzie senza ricorrere ad eccessivi formalismi e di permettere al creditore, in caso di inadempimento, l'escussione senza attivarsi in nessuna procedura esecutiva; la possibilità di non sottrarre i beni costituiti in fondo al ciclo produttivo dell'imprenditore; l'effetto segregativo, inteso come la separazione dei beni del *trust* dal patrimonio del *trustee* con tutte le conseguenze che ciò comporta in termini di rafforzamento della posizione del creditore garantito; l'obbligazione fiduciaria del *trustee*, dovendo questi amministrare i beni oggetto del *trust* e gestire i diversi interessi coinvolti in modo il più possibile imparziale, che consente di superare i timori di un risultato anti-economico rispetto al soggetto in favore del quale viene concessa garanzia (e che, nel nostro caso, concede il finanziamento); infine, la surrogazione reale, che comporta il trasferimento del vincolo del *trust* dai beni originari a quelli

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. A. GAMBARO, *op. cit.*, 649.

⁽¹¹⁷⁾ Così M. LUPOI, *Parere su una ipotesi di trust di garanzia*, in *Trusts*, 2002, 135, che aggiunge: "il disponente potrebbe anche stabilire che i beni rimangano vincolati per soddisfare altri interessi, ad esempio di tipo familiare o successorio, così strutturando il *trust* come familiare, con termine più lungo (della durata del rapporto al quale accede la garanzia) e possibilità di sostituzione del *trustee*, venuta meno la funzione di garanzia".

oggetto di eventuale trasformazione a seguito dell'attività di gestione ed amministrazione del *trustee*⁽¹¹⁸⁾.

Preso atto degli indubbi vantaggi che comporta il ricorso alla figura in esame in una prospettiva di tutela del credito, il discorso dei *trust* in garanzia deve tuttavia far fronte ad un duplice profilo critico: un primo, concernente l'ammissibilità dei cc.dd. *trust* interni; un secondo, subordinato all'esito positivo del primo, concernente la compatibilità del *trust* in garanzia con principi cardine del nostro ordinamento.

Quanto alla prima questione, si discorre di *trust* interni ogniqualvolta ci si intende riferire a un *trust* che presenta uno stretto collegamento con l'ordinamento giuridico interno per quanto concerne: i soggetti coinvolti, i beni interessati, e, in generale, per tutti i suoi connotati, soggettivi e oggettivi; e che si caratterizza per un unico elemento di estraneità, rappresentato dalla circostanza di essere sottoposto alla disciplina di legge straniera a scelta dal costituente⁽¹¹⁹⁾.

Orbene, una delle questioni più spinose che hanno occupato gli interpreti negli ultimi anni è stato individuato nell'esatto valore da attribuire alla Convenzione dell'Aja: se, in altri termini, quest'ultima abbia una valenza meramente internazional-privatistica, di talché rimane indispensabile, ai fini della sua applicazione, un conflitto tra norme riconducibili a distinti ordinamenti; ovvero se la stessa abbia segnato l'ingresso nel nostro sistema del cosiddetto *trust* interno.

A tal riguardo, a fronte di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, formatosi all'indomani dell'entrata in vigore della legge di ratifica, in larga misura favorevole alla riconoscibilità del *trust* interno⁽¹²⁰⁾, la dottrina, invece, si è divisa tra chi ha negato

⁽¹¹⁸⁾ Per un'analisi dei vantaggi derivanti dall'utilizzo del *trust* in chiave di garanzia, cfr. F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, cit., 289 ss.

⁽¹¹⁹⁾ L'art. 6. Primo comma, Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, dispone: "Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso".

⁽¹²⁰⁾ *Ex multis*, v.: Trib. Velletri 8 giugno 2005, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 785; Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Il Fallimento*, 2005, 553; Trib. Trento 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 573; Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, 188; Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007. Decisamente minoritario l'orientamento che si è espresso in senso opposto: v. Trib. Belluno 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, 1538; Trib. Napoli 1 ottobre 2003, in *I Contratti*, 2004, 722; App. Napoli 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, 570.

operatività alla figura in parola, da un lato contestando la mancanza di una normativa interna regolatrice della materia e, dall'altro, ritenendo la natura della Convenzione meramente internazional-privatistica⁽¹²¹⁾; e chi, viceversa, ha valorizzato la natura sostanziale della Convenzione, nel senso che quest'ultima “non può essere considerata soltanto come uno strumento di diritto internazionale privato che consente il riconoscimento in Italia di *trusts* obiettivamente stranieri, dovendosi affermare invece che essa permette altresì l'istituzione in Italia di *trusts* secondo lo schema e nel quadro degli effetti disciplinati dalla medesima”⁽¹²²⁾.

Ciò posto, occorre altresì considerare come il dibattito dottrinale attorno all'ammissibilità di un *trust* interno abbia trovato un importante punto di svolta grazie ad un recente intervento legislativo: invero, si è rafforzato negli ultimi anni il di quanti hanno ritenuto gran parte dei dubbi definitivamente risolti all'indomani dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645-*ter* c.c.⁽¹²³⁾, mediante il quale si è resa possibile la trascrivibilità degli atti di destinazione diretti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela: con la novità legislativa – si è sostenuto – sarebbero venute meno anche le ultime, residuali perplessità circa la possibilità di configurare

⁽¹²¹⁾ Cfr. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, cit., 18 ss.: l'Autore, dopo aver ricordato che “una cosa è il riconoscimento dell'istituto in chiave internazionalprivatistica, ciò che in effetti si è inteso fare con la ratifica della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985”, mentre ben altra cosa è “sostenere che la l. 16 ottobre 1989, n. 364, di ratifica della Convenzione, sarebbe quella legge interna che permetterebbe di ipotizzare la proprietà del patrimonio separato in capo al *trustee*”, perviene alla conclusione che la legge di ratifica si sia limitata a segnare l'ingresso, nel nostro ordinamento, di norme di conflitto, che permettono l'individuazione della legge applicabile al *trust*, ma non ha in alcun modo introdotto nel nostro sistema la fattispecie del *trust*. Anche C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 203 s., ritiene che gli artt. 11 e 12 della Convenzione riguardino materie che attengono all'esclusiva competenza delle leggi nazionali e “non possano quindi valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità”; analogamente A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., 142 s. In tema, cfr. T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 383 ss.

⁽¹²²⁾ Così M.E. D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998, 235 ss., il quale ha ritenuto superfluo un qualsiasi intervento del legislatore interno; analogamente M. LUPOI, *Trust e riflessi sul sistema delle garanzie*, in *Il Fallimento*, 2002, 940, il quale sottolinea come occorra “dare per assunto che i *trust* interni sono nell'ordinamento”.

⁽¹²³⁾ Introdotto con l'art. 39-*novies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51.

un *trust* interno⁽¹²⁴⁾.

A ben vedere, tuttavia, la questione è molto più complessa: da una parte, infatti, sono state ben evidenziate le differenze che intercorrerebbero tra la figura del *trust* interno e quella dell'atto di destinazione patrimoniale⁽¹²⁵⁾; dall'altro lato si è sottolineato come subordinare l'ingresso nel nostro sistema del primo all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., finirebbe con lo sconfessare la tesi sostenuta da quanti hanno da sempre ritenuto superfluo l'intervento del legislatore e sufficiente la sola Convenzione dell'Aja (e la correlativa legge di ratifica) al fine di giustificare la configurabilità del *trust* interno⁽¹²⁶⁾.

Detto questo, l'effettiva portata dell'art. 2645-ter c.c. e i suoi rapporti con il *trust* esulano dai fini del presente lavoro⁽¹²⁷⁾: basti qui evidenziare come, allo stato attuale, dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere, da una parte, che sia ammissibile la figura del *trust* interno all'interno del nostro sistema, e ciò sin dalla ratifica della Convenzione dell'Aja avvenuta nel 1989; e, dall'altra, che l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. altro non abbia fatto se non confermare per via legislativa il citato orientamento (purché, è bene precisare, si tratti di un *trust* diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela)⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁴⁾ L'affermazione è ricorrente nella manualistica: v. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., Milano, 2015, 656 s.

⁽¹²⁵⁾ Per un'efficace sintesi sulle differenze v. M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, 187 ss.

⁽¹²⁶⁾ Così M. BIANCA, *op. cit.*, 187. Vi è stato anche chi ha ritenuto di poter affermare che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. sia possibile parlare di *trust* italiano, disciplinato dal codice civile che si pone a fianco del *trust* interno regolato dalla legge straniera scelta dal disponente (G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e trust italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 191 s.).

⁽¹²⁷⁾ Per un approfondimento v. A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 155 ss.

⁽¹²⁸⁾ Emblematica in quest'ultimo senso la pronuncia di merito Trib. Modena 11 dicembre 2008, in *La giurisprudenza italiana sui trust: dal 1899 al 2009*, Milano, 2009, 116: "la costituzione di un *Trust* interno [...] è pienamente ammissibile nel nostro ordinamento a seguito dell'introduzione della legge del 16/10/1989 n° 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, contenente l'integrale ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 [...] L'ammissibilità del *Trust* è stata successivamente confermata dal legislatore che con la Legge 51 del 23/02/2006 ha inserito nel Codice Civile l'art. 2645-ter prevedendo la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela [...] e che con la Legge finanziaria del 2007 ha individuato il trattamento tributario del *Trust*"; analogamente, cfr. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Foro it.*, 2008, I, 3519; Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in *Banca, borsa e tit, cred.*, 2010, II, 56; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 707.

Archiviata ogni perplessità in ordine ad un'astratta configurabilità della fattispecie in parola, occorre ora passare al vaglio una seconda questione (maggiormente) critica, attinente alla concreta compatibilità del *trust* (interno) a fini di garanzia con principi cardine del nostro sistema. A quest'ultimo proposito, infatti, le principali censure hanno investito distinti profili: compatibilità del *trust* con i principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali; compatibilità del *trust* con la tipicità delle promesse unilaterali sancita all'art. 1987 c.c.; compatibilità del *trust* con la tipicità delle limitazioni alla responsabilità patrimoniale generica sancita all'art. 2740 c.c.; compatibilità del *trust* con la tipicità delle cause legittime di prelazione sancita all'art. 2741 c.c.; infine, compatibilità del *trust* con il divieto del patto commissorio.

Quanto all'asserita violazione dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, si può agevolmente controbattere che, nel momento in cui si conviene sul fatto che la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985 abbia dato pieno riconoscimento al *trust* all'interno del nostro ordinamento, ogni problema di compatibilità con i predetti principi neppure verrebbe a porsi⁽¹²⁹⁾.

Quanto alla seconda censura, qualora la costituzione del *trust* avvenisse in virtù della sola promessa del *settlor*, rimane tuttavia fermo il fatto che la promessa unilaterale atipica è “sempre ammissibile per il sol fatto che sia interessata e rifiutabile”⁽¹³⁰⁾.

Quanto alla terza censura, sono state evidenziate criticità rispetto al principio della garanzia patrimoniale generica, sancito all'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore è chiamato a rispondere dell'adempimento con tutti i suoi beni patrimoniali, presenti e futuri, e non soltanto con una parte di essi: a tale osservazione, tuttavia, potrebbe obiettarsi che il secondo comma ammette limitazioni della responsabilità

⁽¹²⁹⁾ T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 393, nt. 128: “Il riconoscimento legislativo proietta infatti nell'ordinamento un elemento normativo che non può essere valutato alla luce dei soli principi generali anteriori alla sua introduzione, ma contribuisce anch'esso alla ridefinizione del sistema che li genera”. Decisamente *contra* F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, cit., 15 ss., il quale, tuttavia, nega la portata sostanziale della Convenzione dell'Aja.

⁽¹³⁰⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015, 693. Analogamente T. DI MARCELLO, *op. cit.*, 397, spec. nt. 132.

patrimoniale, nei casi previsti dalla legge; ma allora, nel momento in cui si intenda la ratifica della Convenzione dell'Aja l'occasione in cui il *trust* ha trovato ingresso nel nostro ordinamento, ne consegue che il *trust* a fini di garanzia non venga a costituire una violazione del principio della responsabilità patrimoniale, bensì, all'opposto, a rappresentare un'ipotesi di limitazione di quest'ultima, espressamente contemplata dalla legge⁽¹³¹⁾.

Quanto alla quarta censura, è possibile argomentare come la configurabilità di cause legittime di prelazione, seppur non menzionate dall'art. 2741 c.c., emergerebbe proprio dalla lettera della disposizione appena richiamata: invero l'art. 2741, nell'elencare le cause di prelazione (pegno, ipoteca e privilegi), non antepone la locuzione: «*Le cause legittime di prelazione sono*»; ma, invece, quella: «*Sono cause legittime di prelazione*», sicché, prestando attenzione al non casuale posizionamento di soggetto, predicato e complemento oggetto, se ne inferisce che l'apertura della disposizione volutamente lasci più di uno spiraglio all'ammissibilità di cause legittime di prelazione non espressamente elencate dalla stessa, come (ad esempio) la vendita con riserva di proprietà o, appunto, il *trust* a fini di garanzia⁽¹³²⁾.

Ben più rilevante, invece, rimane la quinta e ultima censura, attinente al rapporto intercorrente tra *trust* a fini di garanzia e divieto del patto commissorio. Orbene, volendo prendere in considerazione tutti i dati normativi a nostra disposizione, occorre anzitutto valutare come, da una parte, la Convenzione dell'Aja del 1985,

⁽¹³¹⁾ A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 263: "il testo dell'art. 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 364 è più che sufficiente per configurare una ennesima limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica". Ovviamente una siffatta affermazione necessita che, preventivamente, si sia dato rilievo al valore sostanziale della Convenzione dell'Aja. Diversamente, qualora si ritenga che la medesima Convenzione necessiti di un conflitto tra norme appartenenti a diversi ordinamenti per essere applicata (cfr. F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (Lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, I, 1251 s.) e pertanto non è essa stessa fonte di diritto interno: il che ripropone il problema della compatibilità del *trust* con l'art. 2740 c.c., nel senso che limitazioni della responsabilità patrimoniale possono essere apportate solo dalla legge e non dall'autonomia privata.

⁽¹³²⁾ In tal senso, v. E. ROPPO, *Par condicio creditorum, sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, cit., 311, il quale sottolinea come l'art. 2741 c.c. enumeri tre cause legittime di prelazione, ma non le esaurisce del tutto; analogamente cfr. T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 400.

all'art. 15, stabilisca il principio generale dell'inderogabilità delle norme imperative dettate dalla *lex fori*, a cui fa seguito il primo comma, lettera d) del medesimo articolo, che individua, tra le materie che specificamente non possono essere derogate dall'applicazione della Convenzione, quella delle garanzie reali e del trasferimento di proprietà; e come, dall'altra, tra i principi inderogabili in materia di tutela del credito, certamente viene in rilievo il divieto del patto commissorio espresso all'art. 2744 c.c.

A ciò deve ulteriormente aggiungersi – come già visto in precedenza⁽¹³³⁾ – che la lettura data dalle corti al divieto sia assai estensiva, nel senso che ciò che si intende vietare non è l'operazione negoziale in sé e per sé, quanto piuttosto il risultato economico a cui effettivamente mirano le parti.

Occorrerà allora considerare la seguente circostanza: così come accade per i trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia, anche per i *trust* a fini di garanzia è concreto il rischio che la loro configurazione possa nascondere una pattuizione illecita. Così incappare sanzione di nullità comminata all'art. 2744.

In altre parole, e così chiudendo il discorso in merito al *trust* quale alternativa alle garanzie reali nominate, nel momento in cui l'operazione negoziale diretta alla costituzione di un *trust* in garanzia venga plasmata in guisa tale da permettere al creditore di rivestire la posizione di beneficiario, quest'ultima configurerà un *trust* da considerarsi commissorio, e quindi nullo, ogniqualvolta in cui le parti coinvolte abbiano predisposto, in caso di inadempimento del debitore, che i beni costituiti in *trust* (o il ricavato eventualmente ottenuto dalla loro vendita) siano automaticamente acquisiti al patrimonio del creditore, senza prevedere alcuna restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza di valore rispetto all'importo del credito garantito⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³³⁾ V. *retro*, § 2.1.1.

⁽¹³⁴⁾ In questi termini v. M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, cit. 188 s.

3. Garanzie mobiliari senza spossessamento e legislazione speciale: il privilegio speciale sui beni aziendali ex art. 46 T.U.B. Il problema della rotatività.

Si è accennato in precedenza come, avendo specifico riguardo al nostro sistema, i vari tentativi diretti a soddisfare le esigenze manifestate dagli operatori di settore di poter disporre di garanzie reali non possessorie idonee a consentire al costituente di continuare ad utilizzare i beni vincolati, siano stati prevalentemente affidati alle iniziative del formante legislativo, piuttosto che all'autonomia privata. Conseguentemente, il più importante capitolo nell'evoluzione del sistema interno delle garanzie reali è stato scritto in sede di legislazione speciale, la quale, come tecnica privilegiata diretta a rafforzare la posizione creditoria e, al contempo, a soddisfare le esigenze della prassi, ha fatto ampio ricorso allo strumento del privilegio, ossia a quella eccezione alla *par condicio creditorum* che la legge accorda «in considerazione della causa del credito» (art. 2745 c.c.)⁽¹³⁵⁾. Tale *modus operandi*, tuttavia, non ha rappresentato l'attuazione di un preciso e unitario disegno politico, poiché le svariate ipotesi di privilegio speciale affastellate nel tempo sono state per lo più “figlie delle contingenze momentanee, dei rapporti di forza economici, delle varie lobbies, forse anche del caso”⁽¹³⁶⁾.

Il risultato a cui si è gradualmente pervenuti, dunque, oltre al comportare una progressiva erosione della *par condicio creditorum*⁽¹³⁷⁾, è stato quello di un quadro frammentario e caotico⁽¹³⁸⁾; e ciò, in particolar modo poiché:

i) ciascun privilegio nasceva da specifica legge speciale emanata al fine di rispondere ad esigenze contingenti, che potevano essere legate ad un particolare settore merceologico su cui intervenire, ad una determinata zona geografica, ad un certo ente creditizio, ovvero ad un determinato credito speciale;

ii) variamente circoscritto era l'oggetto di ciascun privilegio: così, questo poteva riguardare tutto il capitale fisso aziendale, oppure solamente una parte di esso,

⁽¹³⁵⁾ Cfr. L. PIAZZA, voce *Garanzia*. I) *Diritto civile*, cit., 8 s.

⁽¹³⁶⁾ G. PRESTI, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, 597.

⁽¹³⁷⁾ V. *retro*, § 1.

⁽¹³⁸⁾ Sul punto G. PRESTI, *op. cit.*, 600, parla di “disfunzionale selva inestricabile di particolarismi”.

talvolta dovendosi ricomprendere anche beni immobili⁽¹³⁹⁾; o ancora, poteva riguardare tutto il capitale circolante, oppure, ancora una volta, una sola parte⁽¹⁴⁰⁾;

iii) diverse poi erano i modi con cui ciascun privilegio nasceva ed era opponibile ai terzi creditori⁽¹⁴¹⁾;

iv) infine, assolutamente non uniforme era la graduazione che ciascun privilegio aveva in concorso con gli altri privilegi, così come non uniforme era il rapporto tra ciascun privilegio e le altre cause legittime di prelazione, ossia il pegno e l'ipoteca: talvolta tale rapporto era determinato in virtù delle regole generali sancite all'art. 2748 c.c., talaltra in loro deroga⁽¹⁴²⁾.

Stando così le cose, non sorprende il fatto che sia stato proprio in materia di privilegi che il legislatore, con l'art. 46, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, (T.U.B), e successive modifiche, ha introdotto nel sistema interno una garanzia mobiliare generale non possessoria. La novità legislativa ha, da una parte, posto in essere un'ampia estensione al ricorso del privilegio convenzionale e, dall'altra, ha tentato di dar vita ad un modello generalizzato di garanzia mobiliare senza spossessamento, realizzando un significativo passo in avanti rispetto ai precedenti interventi legislativi, fortemente settoriali⁽¹⁴³⁾. La disposizione in esame, infatti, non soltanto ha

⁽¹³⁹⁾ È il caso di uno tra i primi privilegi introdotti dal legislatore speciale, ossia il privilegio disciplinato dall'art. 7, d.l. luog. 1° novembre 1944, n. 367 (sostituito dall'art. 3, d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 1° ottobre 1947, n. 1075), sui beni immobili, gli impianti, le concessioni, i brevetti di invenzione industriale, i macchinari, gli utensili comunque destinati al funzionamento ed esercizio delle aziende sovvenzionate, il c.d. privilegio industriale; tale privilegio ha costituito il modello al quale si è ispirato la successiva attività del legislatore preordinata ad una proliferazione dei privilegi; per uno studio sulla storia del privilegio industriale nel panorama delle garanzie reali sui beni aziendali v. G. TUCCI, *Il particolarismo legislativo del privilegio industriale*, in *Foro it.*, 1980, I, 2528 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ È il caso di del privilegio disciplinato dall'art. 5, l. 16 aprile 1954, n. 135, a tutela dei finanziamenti concessi dalla sezione industriale del Banco di Napoli, del Banco di Sicilia e del Credito Industriale Sardo per la produzione e la formazione di scorte di materie prime e di prodotti finiti delle piccole e medie industrie (cfr. G. PRESTI, *op. cit.*, 598).

⁽¹⁴¹⁾ Con il risultato di creare un confuso accumulo di privilegi divisi tra quelli meramente legali, la cui nascita e opponibilità derivavano esclusivamente dalla legge, e quelli *lato sensu* convenzionali, la cui nascita e opponibilità era subordinata, rispettivamente, alla convenzione tra le parti e all'adempimento di peculiari oneri pubblicitari.

⁽¹⁴²⁾ Così, a titolo esemplificativo, il privilegio industriale previsto dall'art. 3, d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 1° ottobre 1947, n. 1075 derogava le regole generali, poiché era prevalente rispetto al pegno costituito successivamente alla sua trascrizione.

⁽¹⁴³⁾ Tra i numerosi contributi sul tema, cfr. S. BONFATTI, *Il privilegio dei finanziamenti bancari a medio e*

avviato un processo di razionalizzazione in ordine alla frammentaria normativa in tema di privilegi diretti ad assistere i crediti d'impresa, ma altresì, introducendo una figura di privilegio speciale su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa purché non iscritti nei pubblici registri, ha rappresentato “il prototipo delle garanzie su complessi di risorse aziendali espressamente regolate dal nostro ordinamento”⁽¹⁴⁴⁾. Assimilando l'esperienza di altri ordinamenti giuridici, nei quali le garanzie non possessorie sono state da tempo riconosciute e disciplinate⁽¹⁴⁵⁾, è stata quindi introdotta un'ipotesi di privilegio a garanzia di finanziamenti a medio lungo termine concessi dalle banche a favore delle imprese, senza che ciò comporti la perdita della disponibilità materiale dei beni aziendali da parte dell'imprenditore.

Oggetto del privilegio possono essere esclusivamente beni mobili non iscritti nei pubblici registri, e cioè: a) impianti e opere, esistenti o future, concessioni e beni strumentali; b) materie prime, semilavorati, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; c) beni comunque acquistati con il finanziamento garantito; d) crediti, anche futuri, derivanti dall'alienazione dei beni oggetto di privilegio. Il privilegio, pertanto, non solo non comprende beni immobili e beni mobili registrati, ma esclude dalla sua portata operativa anche i marchi e i brevetti. Ulteriore requisito oggettivo si rinviene nel fatto che i beni, per essere soggetti al privilegio in esame, devono necessariamente essere destinati all'esercizio d'impresa (art. 46, primo comma). Quanto alla sua costituzione, il privilegio è subordinato alla convenzione delle parti e deve risultare da atto scritto a pena di nullità: nell'atto – sempre a pena di nullità –

lungo termine alle imprese, in *Il Fallimento*, 2002, 987 ss.; G. TUCCI, *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in M. PELLEGRINI-M. SEPE-V. TROIANO, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, 3ª ed., Tomo I, CAPRIGLIONE (diretto da), Padova, 2012, 533 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*, cit. 583 ss.; G. PRESTI, *op. cit.*, 594 ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 91 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 58 ss.; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., 1074 s.; T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 338 ss.; M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, cit., 109 ss. e 339 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ T. DI MARCELLO, *op. cit.*, 339. Il valore generale della disciplina dettata dall'art. 46 T.U.B. assume particolare rilievo in considerazione dell'espresso richiamo operato dall'art. 44 T.U.B. in materia di credito agrario e peschereccio, e dall'art. 42 T.U.B. in materia di credito alle opere pubbliche. Sul punto cfr. anche E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., 209 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. *retro*, § 5, nt. 51 e 52.

devono essere puntualmente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrice, il debitore, l'eventuale terzo datore della garanzia, l'ammontare e le condizioni del finanziamento, nonché l'importo garantito. Per quanto concerne l'opponibilità nei confronti dei terzi, la norma richiede necessariamente la trascrizione dell'atto costitutivo nel registro indicato all'art. 1524, secondo comma, c.c. (in tema di vendita con riserva di proprietà), trascrizione che deve essere effettuata presso gli uffici del luogo ove hanno sede l'impresa finanziata e il soggetto che ha concesso il privilegio. Quest'ultimo, infine, è assistito da diritto di sequela nei confronti di quanti abbiano acquistato, successivamente alla trascrizione, diritti sui beni oggetto del vincolo, fatto salvo l'art. 1153 c.c. in merito agli acquisti in buona fede; nel qual caso il privilegio si trasferisce sul corrispettivo conseguito dal debitore a seguito della cessione (come previsto dal quinto comma).

Si tratta, in buona sostanza, di una garanzia convenzionale non possessoria di valenza generale per i finanziamenti a medio lungo termine, che tenta di attuare un contemperamento tra la tutela delle ragioni creditorie del finanziatore, da una parte, e l'esigenza dell'imprenditore-debitore di mantenere il possesso dei beni offerti in garanzia, al fine di poterli utilizzare nella continuazione del ciclo produttivo, dall'altra. Non solo: preso atto dell'attitudine espansiva della fattispecie, data l'ampiezza del numero di beni assoggettabili dalle parti al vincolo di garanzia e la sua idoneità a gravare su un complesso di beni unitariamente considerato dal momento che il privilegio può ricomprendere praticamente tutto il patrimonio d'impresa (ma non i marchi e i brevetti), da più parti in dottrina si è evidenziato come la novità legislativa in realtà abbia rappresentato un tentativo di introdurre una versione domestica dell'istituto anglosassone della *floating charge* o garanzia fluttuante⁽¹⁴⁶⁾.

Al netto di tali suggestioni, e così venendo ai profili in questa sede di maggior interesse, occorre domandarsi ancora una volta se un siffatto privilegio possa porsi come valida alternativa al pegno, capace di aggirare lo spossessamento e le sue criticità: a tal proposito, tuttavia, preme evidenziare come il punto di maggior

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. A. VENEZIANO, *La garanzia sull'intero patrimonio dell'imprenditore della nuova legge bancaria italiana al confronto con i modelli stranieri: una riforma a metà?*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 921 ss. Sulla nozione di *floating charge*, v. *retro*, § 5, nt. 51.

problematicità interpretativa in ordine alla disciplina del privilegio convenzionale su beni aziendali, la cui soluzione è di per sé capace di condizionare negativamente il successo dell'istituto, emerge attorno ai dubbi circa l'estendibilità del vincolo a beni sostitutivi di quelli originariamente offerti in garanzia e, correlativamente, in relazione all'inciso contenuto al secondo comma dell'art. 46, laddove viene richiesta, a pena di nullità dell'atto costitutivo, che beni o crediti su cui insiste il privilegio siano «*esattamente descritti*», nel senso che devono essere esattamente fissati tutti i caratteri individuativi dei beni vincolati⁽¹⁴⁷⁾.

Infatti, è appena il caso di ricordare come l'effettiva utilità di una garanzia mobiliare non possessoria nell'ambito del finanziamento all'impresa sussiste solamente nel momento in cui si permetta all'imprenditore – che tale garanzia ha prestato per accedere al finanziamento – di poter continuare ad utilizzare i beni vincolati. Tutto questo – come già detto – non è certo possibile mediante la garanzia pignorizia, poiché nel solco della tradizionale interpretazione della disciplina codicistica, è richiesto, ai fini della costituzione della garanzia, che al debitore venga sottratta la disponibilità materiale del bene oppignorato. Ma se il rimedio a tale risultato anti-economico consiste nel superamento del requisito dello spossessamento, in modo tale da lasciare il bene vincolato nella disponibilità del debitore, è ovvio che, laddove quest'ultimo fosse comunque impossibilitato a poterlo utilizzare, lavorare, modificare o finanche sostituire, il mancato spossessamento in sé e per sé verrebbe a significare ben poca cosa⁽¹⁴⁸⁾.

Ma procediamo con ordine e, facendo un passo indietro, torniamo alla lettera del secondo comma della disposizione in parola: laddove il requisito dell'esatta descrizione non pone particolari problemi in relazione ai beni aziendali costituenti il capitale fisso, per loro natura statici (eccezion fatta per quanto concerne gli impianti

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 46, comma 2, T.U.B.: «*Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito [...]*».

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. 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*, cit., 597 s., il quale – in relazione all'art. 46 T.U.B., ma il discorso potrebbe tranquillamente estendersi a tutte le garanzie mobiliari non possessorie – evidenzia come la negazione del carattere rotativo (sul concetto di rotatività, v. *retro*, § 1, nt. 11) condannerebbe all'inutilità qualsiasi garanzia su beni aziendali che pur rinunci allo spossessamento.

futuri, espressamente richiamati alla lett. a) e alle relative difficoltà nel descriverli esattamente ben prima che vengano in essere), diversamente enormi problemi sorgono in relazione: sia ai beni aziendali richiamati alle lett. b) e d), facenti parte del capitale circolante, caratterizzati da una naturale velocità di movimento e/o mutamento; sia a tutti quei beni acquistati grazie al finanziamento concesso, salva, rispetto a quest'ultima ipotesi, l'ipotesi del mutuo di scopo, in cui il bene oggetto di acquisto viene già indicato, in accordo tra creditore e debitore, nello stesso atto di concessione del finanziamento.

Come è facilmente intuibile, infatti, un'interpretazione eccessivamente aderente alla lettera dell'art. 46 e idonea a postulare l'immutabilità dei beni oggetto del privilegio nel momento della sua costituzione, metterebbe fuori gioco ogni astratta utilità dello stesso⁽¹⁴⁹⁾: e ciò, o perché, nel momento in cui i beni originari offerti in garanzia fossero oggetto di lavorazione e quindi modificati e/o sostituiti, l'atto costitutivo dovrebbe considerarsi nullo per mancanza di un requisito espressamente richiesto dalla norma (esatta descrizione dei beni vincolati); o perché, pur esattamente descritti i beni originari su cui insiste il privilegio, questi non potrebbero essere oggetto di lavorazione e, in ogni caso, la garanzia non potrebbe comunque estendersi ai beni eventualmente risultanti dalla lavorazione dei primi. Nel negare l'estensione del privilegio ai beni sostituiti a quelli originariamente vincolati, quindi, si nega la rotatività della garanzia: il che, a conti fatti, significa rendere assolutamente inutile il privilegio rispetto agli effettivi interessi dell'imprenditore-costituente, nonché della banca finanziatrice, la quale potrebbe trovarsi nella necessità, in corso di finanziamento, di costituire il privilegio su beni diversi da quelli originariamente acquisiti in garanzia, con grave pregiudizio per le sue ragioni creditorie.

Nell'incertezza del dato normativo, la reale portata dell'art. 46 T.U.B. ha diviso gli interpreti.

Così, a favore di un'interpretazione restrittiva del secondo comma e contro

⁽¹⁴⁹⁾ La contraddizione tra la portata innovativa che il legislatore si è prefissato di perseguire con il privilegio convenzionale sui beni aziendali e la richiesta dell'esatta descrizione dei beni offerti in garanzia è ben evidenziata da A. VENEZIANO, *op. ult. cit.*, 939; nello stesso senso ID., *Le garanzie mobiliari non possessorie*, cit., 94 s.

L'estensione della garanzia ai beni sostitutivi si sono schierati quanti, facendo leva sull'assenza di una specifica disciplina del concorso dei creditori sui beni oggetto di privilegio, hanno sostenuto che, pertanto, il riconoscimento della rotatività darebbe luogo a conflitti tra creditori di non facile soluzione⁽¹⁵⁰⁾.

Sul versante opposto, invece, la dottrina prevalente, anche in considerazione della naturale tensione alla rotatività delle garanzie mobiliari, ha senz'altro intravisto nelle intenzioni del legislatore speciale in sede di stesura della norma il voler rendere possibile la continuazione del rapporto di garanzia ancorché su beni diversi da quelli inizialmente vincolati. E ciò per almeno due ragioni: anzitutto per una questione di opportunità, stante la naturale attitudine del privilegio in parola, che si ricorda essere finalizzato a tutelare finanziamenti a medio lungo termine, a seguire i mutamenti nella composizione del patrimonio aziendale lungo l'intero arco del rapporto di finanziamento, poiché, ove così non fosse, incomprendibile sarebbe la scelta del legislatore di inserire tra i beni oggetto di garanzia anche quelli facenti parte del

⁽¹⁵⁰⁾ A tale conclusione sembra pervenire G. PRESTI, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, cit., 613 s., spec. nt. 60; posizione, tuttavia, rimasta ampiamente minoritaria in dottrina. Ulteriori considerazioni possono essere svolte alla luce del dato semantico; in tal senso, il termine “esattamente” presente all'art. 46 T.U.B. è destinato ad assumere un maggior rilievo se posto a confronto con la disciplina del pegno (che – si ricorda – il privilegio mira ad affiancare al fine di superare il requisito dello spossessamento), laddove, all' art. 2787, comma 2, c.c., ci si limita a richiedere che l'atto costitutivo riporti una «sufficiente indicazione della cosa»: sufficiente, non esatta, il che – forse – farebbe propendere per una maggior attenzione posta dal legislatore rispetto al privilegio in ordine alla descrizione del bene/dei beni offerto/i in garanzia (ma sul punto v. P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 90 s.). Significativo, poi, è un ulteriore spunto normativo: l'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, che introduce il pegno mobiliare non possessorio e che mutua gran parte della disciplina proprio dall'art. 46 T.U.B., descrive chiaramente una garanzia rotativa, dal momento che al comma 2 stabilisce: «Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia [...]»; ma, al tempo stesso, proprio per rendere possibile la rotatività, al successivo comma 3 stabilisce: «Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito», omettendo, e mi pare non casualmente, l'aggettivo “esatta” accanto al sostantivo “descrizione”.

capitale circolante; in secondo luogo, ad ulteriore conferma della rotatività del privilegio starebbe altresì il dato letterale della norma, che al primo comma, lett. a), d) e c), consente a quest'ultimo di avere ad oggetto, rispettivamente, impianti, opere e crediti futuri o beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; beni ovviamente non presenti nel patrimonio del costituente al momento della concessione del privilegio. In tal modo, l'esplicito riconoscimento della possibilità di costituire il privilegio su beni non ancora esistenti "fa[rebbe] cadere [...] l'unico serio ostacolo ad un'interpretazione dell'oggetto della garanzia in termini di rotatività"⁽¹⁵¹⁾.

Superato il problema della rotatività, occorre da ultimo considerare un altro incerto profilo della disciplina in esame, rappresentato dall'assenza di espresse previsioni in punto di realizzazione della garanzia: la qualifica di privilegio, infatti, impedisce ogni possibilità di applicazione degli artt. 502 c.p.c. e 53 l.f., essendo queste ultime disposizioni limitate al pegno, all'ipoteca e ai privilegi processuali; il che, pertanto, ha ulteriormente contribuito all'assai modesto successo che, da un punto di vista pratico, il privilegio speciale sui beni aziendali ha avuto nella nostra esperienza, non riuscendo, pertanto, a centrare appieno l'obiettivo di porsi come garanzia non possessoria alternativa al pegno codicistico⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 120. S. BONFATTI, *Il privilegio dei finanziamenti bancari a medio e lungo termine alle imprese*, cit., 993, ritiene sufficiente che, in relazione a questi ultimi beni, "l'atto costitutivo descriva la categoria (o le categorie) di beni fungibili concessi in garanzia, specificandone il genere merceologico, la quantità gravata dal privilegio; la localizzazione nell'ambito dell'azienda del concedente" in modo tale da allentare, senza derogarlo, il requisito dell'esatta descrizione; analogamente cfr. 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*, cit., 597 e 599 ss., secondo cui il requisito dell'esatta descrizione sia destinato ad assumere una portata differente a seconda delle varie categorie di beni individuate al primo comma, art. 46 T.U.B., in modo tale da essere compatibile con la sostituibilità del bene originariamente vincolato; anche G. COSTANTINO, *La realizzazione dei crediti assistiti da privilegio industriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1324, parla di "necessità che sia posto in evidenza il collegamento funzionale tra i beni e l'attività produttiva". Cfr. G. TUCCI, *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, cit. 541: "L'esatta descrizione dei beni e dei crediti, lungi dal costituire una ragione di esclusione dell'efficacia rotativa della garanzia, ha il solo scopo di evitare incertezze circa la determinazione dell'oggetto medesimo, richiedendo la specifica previsione di criteri idonei a svolgere tale funzione anche dopo la costituzione della causa di prelazione"; cfr. anche E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 99 s.

⁽¹⁵²⁾ Lo osserva G. TUCCI, *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, cit., 534 e 538 ss.

4. Osservazioni conclusive.

All'esito dell'analisi affrontata ai paragrafi precedenti in ordine all'apparato interno delle garanzie reali, allo stato di crisi di efficienza in cui esse da tempo versano e ai loro (mancati) profili evolutivi, sono emersi due dati dirimenti.

Anzitutto, che rispetto ai percorsi intrapresi dalla prassi dei rapporti commerciali volti a modernizzare il sistema delle garanzie reali (in particolare quelle mobiliari), nel tentativo di smussarne le maggiori asperità, continui ad opporsi un atteggiamento di forte chiusura sia da parte delle corti, sia da parte di ampi settori della dottrina: nel senso che, da un lato, continua ad essere visto con particolare diffidenza l'impiego del potere creativo dell'autonomia privata nella materia dei diritti reali (di garanzia); e, dall'altro, ancora permane il persistente timore in ordine all'(onnipresente) spettro di stipulazioni commissorie, che si erge in contrasto con lo sviluppo di fattispecie di garanzia su base fiduciaria. Sullo sfondo, poi, continua a stagliarsi minacciosa l'ombra del preteso dogma della parità di trattamento tra i creditori, che concorre anch'essa a frenare lo sviluppo di nuovi modelli di garanzia.

Più in dettaglio, se è pur vero che nell'attuale contesto economico non sia più possibile considerare la *par condicio creditorum* e il *numerus clausus* dei diritti reali come "dogmi ammantati di sacralità"⁽¹⁵³⁾, non sembra comunque che questi ultimi possano essere riletti dall'autonomia negoziale nella più assoluta libertà, al fine di assecondare logiche commerciali e di mercato.

Ciò posto, in ragione delle caratteristiche strutturali del nostro sistema, ne deriva che, in un'ottica volta a predisporre nuove forme di garanzia reale mobiliare, la strada preferibile rimanga ancora quella dell'iniziativa legislativa (o, meglio, l'opportunità di un suo *imput*), poiché temi come la rinuncia alla necessità dello spossessamento nella disciplina del pegno o, per altro verso, l'ammissibilità di un trasferimento di proprietà in funzione di garanzia che sfugga alle ristrette maglie della stipulazione commissoria, non possono compiutamente svilupparsi e trovare

Cfr. anche F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, V, *Diritti reali di garanzia*, GAMBARO-MORELLO (diretto da), Milano, 2014, 106 ss.

⁽¹⁵³⁾ G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, cit., 280.

piena legittimazione – nei loro aspetti applicativi – sulla base di soli interventi dottrinali e giurisprudenziali.

In secondo luogo, è altresì emerso come nell'attuale economia di mercato non sia più possibile ragionare in termini di dualistica contrapposizione tra ragioni creditorie e istanze debitorie, poiché al soddisfacimento delle prime spesso corrisponde una miglior tutela delle seconde; e che pertanto rimane assolutamente priva di fondamento la pretesa convinzione secondo cui quanto più il legislatore si preoccupa di proteggere il credito, tanto più si debba necessariamente rinunciare a qualcosa in termini di tutela dei debitori quali soggetti deboli del rapporto obbligatorio. Da un punto di vista generale, dunque, il legislatore dovrebbe indirizzare la propria opera tenendo presente questo dato di fatto, evitando di replicare in ambito giuridico un dualismo soltanto apparente, tipico del diverso ambito economico.

In tale prospettiva, pertanto, auspicabile è la coltivazione di un disegno politico che porti ad un intervento organico e strutturale, e non più settoriale come avvenuto in passato, rispetto alla materia delle garanzie, esattamente come accaduto in Francia con l'*ordonnance* n. 346 del 23 marzo 2006 che ha completamente rivisitato dogmi precedentemente ritenuti inviolabili, come il principio dello spossessamento nel pegno e il divieto del patto commissorio⁽¹⁵⁴⁾.

Gli ambiti sui quali intervenire, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbero diversi: e un primo intervento di carattere generale dovrebbe necessariamente riguardare il principio dello spossessamento ai fini della costituzione di una garanzia pignorizia, ostacolo significativo allo sviluppo del mercato del credito poiché – come già ampiamente illustrato: v. *retro*, Cap. I, § 4 e s. – causa di un duplice svantaggio: da una parte sottrae all'imprenditore-debitore un bene che potrebbe contribuire, se restasse nel processo produttivo, a generare ricchezza, così da eludere proprio quella situazione di rischio finanziario che, paradossalmente, conduce alla richiesta di un finanziamento; dall'altra, obbliga il creditore a sobbarcarsi di gravosi doveri e oneri di custodia e amministrazione del bene, il quale, pertanto, non ha

⁽¹⁵⁴⁾ V. *retro*, Cap. I, § 5, nt. 48 e § 2.1.1, nt. 64.

alcun interesse ad entrare nella disponibilità della cosa.

Una soluzione al problema, allora, potrebbe essere quella adottata, seppur con forme e meccanismi differenti, negli Stati Uniti e in Francia⁽¹⁵⁵⁾, dove sono stati costituiti registri mobiliari presso cui iscrivere la garanzia, in guisa tale da assolvere ai due principali compiti che la tradizione vuole associati dallo spossessamento: la pubblicità della garanzia e l'indisponibilità dell'oggetto.

Il registro pubblico dei pegni, consultabile ed aggiornabile anche telematicamente, dovrebbe essere tenuto su base personale e il creditore, così come i terzi, consultando le iscrizioni effettuate a nome del loro debitore o dante causa, potrebbero facilmente venire a conoscenza, in tal modo, delle garanzie mobiliari fino a quel momento concesse sul bene desiderato, scongiurando il pericolo di una garanzia occulta.

La scelta, infine, potrebbe essere resa facoltativa, nel senso che le parti potrebbero essere messe in condizione di poter optare per lo strumento dello spossessamento qualora ciò non sia di intralcio né per il creditore né per il debitore spossessato; oppure scegliere per la registrazione del vincolo nel caso in cui la privazione della disponibilità materiale del bene fosse intollerabile per l'attività del costituente.

In definitiva, quindi, si dovrebbe rendere lo spossessamento (inteso come *traditio rei*) solo come una delle (possibili) modalità con cui dare attuazione alla funzione di garanzia e a cui possono essere affiancate altre e diverse tecniche non possessorie che, senza comportare alcun stravolgimento della predetta funzione, consentano di meglio contemperare tutti gli interessi delle parti coinvolte nell'operazione di finanziamento.

⁽¹⁵⁵⁾ V. *retro*, Cap. I, § 5, nt. 51 e 52.

PARTE SECONDA

CAPITOLO III

LO SPOSSESSAMENTO NELL'EVOLUZIONE DEL PEGNO: DAL DIRITTO ROMANO AL CODICE DEL 1942

SOMMARIO: 1. Il pegno nel diritto romano: dalla *fiducia cum creditore* al *pignus datum*. – 2. Dalla *datio pignoris* alla *conventio pignoris* e sua evoluzione. Il *pignus conventum* quale prima forma di garanzia non possessoria. – 3. Pegno e spossessamento: le innovazioni introdotte nel diritto intermedio. – 4. Il pegno e l'essenzialità dello spossessamento alle soglie dell'età delle codificazioni. Il diritto francese: le ricostruzioni dell'istituto secondo le regole del Domat e del Pothier. – 5. Funzione dello spossessamento sotto la vigenza del *Code Napoléon*: il *gage avec dépossession* e le garanzie dell'impresa nell'esperienza della codificazione francese.

1. Il pegno nel diritto romano: dalla fiducia cum creditore al pignus datum.

Tra gli studiosi del diritto romano, è opinione assolutamente condivisa che il *pignus*⁽¹⁾ affondi le proprie radici nel più antico istituto della *fiducia cum creditore*⁽²⁾ e che, “a seguito dell'attività del pretore”, si sia progressivamente imposto come la

⁽¹⁾ L'etimologia del termine latino *pignus* è rinvenuto da Gaio nel termine pugno: “*Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori datur, manu traduntur*”; v. GAIO, L. VI, *Ad legem duodecim tabularum*, in D. 50, 16, 238, 2. Sull'origine del termine *pignus*, tuttavia, la dottrina non è concorde: A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 662, ritiene che la riconducibilità del termine *pignus* a quello di pugno sia “palesamente errata”, mentre P. FREZZA, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, 355, addirittura “volgare”; in tema, cfr. altresì: F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988, 65 ss.; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum salvianum*, Torino, 2017, 31 ss., spec. nt. 86.

⁽²⁾ In tal senso L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 763. Osserva R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, 5, nt. 2: “La *fiducia cum creditore*, già all'epoca pregiustiniana – intorno al V secolo a. C. e fino al I-II secolo d. C., quando poi fu abolita dai compilatori delle *Pandectae* – funzionò, nelle periferie dell'impero, come un negozio con cui il debitore realizzava il rafforzamento delle aspettative creditorie, alienando una *res* al creditore, così da garantirgli il pagamento del credito”. Analogamente, si v. V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 620.

prima forma moderna di garanzia patrimoniale su cosa altrui⁽³⁾.

In un'epoca antica, antecedente all'affermazione della *fiducia cum creditore* – e, conseguentemente, del *pignus* – avvenuta solamente in età preclassica, il diritto romano concepiva esclusivamente una garanzia diretta non già sul patrimonio, bensì sulla persona del debitore inadempiente: era su quest'ultimo, infatti, che il creditore insoddisfatto poteva rivalersi mediante la *legis actio per manus iniunctionem*⁽⁴⁾.

Fu solamente con la successiva introduzione del sistema di esecuzione patrimoniale, in sostituzione di quello di esecuzione personale, che si ammise la possibilità per il creditore di attuare in suo favore la piena soddisfazione del suo diritto sulla cosa offerta in garanzia: e ciò, come si ricordava poc'anzi, facendo anzitutto ricorso alla figura della *fiducia cum creditore*, concepita nelle disposizioni delle *leges mancipi* delle XII Tavole⁽⁵⁾.

Nell'atto solenne di alienazione di *res mancipi*, perfezionato con la formula della *mancipatio* o della *res in iure cessio*, il fiduciante debitore trasferiva la proprietà di una *res* (trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*) al fiduciario creditore: nella sua applicazione a scopo di garanzia, la *fiducia* romana, qualora il fiduciante debitore non avesse soddisfatto l'obbligazione principale, offriva al fiduciario creditore una duplice possibilità: o soddisfarsi direttamente sulla cosa ricevuta in proprietà; o soddisfarsi indirettamente, mediante un apposito patto (*pactum vendendi*) aggiunto alla *fiducia* con cui si autorizzava il creditore, sempre in caso di inadempimento del debitore, ad alienare – a sua volta – il bene in precedenza fiduciariamente cedutogli⁽⁶⁾.

Ora, siffatta operazione negoziale (di garanzia) veniva poi completata tramite l'aggiunta di un'ulteriore intesa, detta *pactum fiducia*, in forza della quale il creditore,

⁽³⁾ F. LA ROSA, *op. cit.*, 63. Cfr. altresì A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 664.

⁽⁴⁾ In tema di evoluzione dell'azione sul patrimonio del debitore, che va progressivamente a sostituire quella sulla persona del debitore, v. L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 763 ss.; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 662 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., *passim*.

⁽⁵⁾ R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 6. Osserva V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., 620: “Gli elementi in nostro possesso sono [...] sufficienti ad escludere che la *fiducia cum creditore* fosse originariamente una forma di garanzia con una struttura chiaramente qualificabile. Quanto meno fino a quando essa si fondò su un vincolo etico/sociale”.

⁽⁶⁾ Cfr. V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., 620.

una volta che il debito fosse stato integralmente pagato, si impegnava a ritrasferire al debitore mancipante la stessa *res*: “*ut ea res debito soluto remancipetur*”⁽⁷⁾.

Lo stretto collegamento tra negozio fiduciario e *pactum fūciae*, favorì poi, in epoca successiva, il riconoscimento in capo al debitore mancipante di un apposito strumento di tutela, detta *actio fūciae*, grazie alla quale questi veniva messo in condizione di poter (ri)conseguire quanto ancora gli fosse dovuto dal creditore soddisfatto qualora questi si rifiutasse di restituire la cosa offerta in garanzia⁽⁸⁾.

È in età classica, quando oramai venne valutata sproporzionata ed eccessivamente farraginoso e complessa rispetto allo scopo a cui miravano le parti dell'*obligatio*, che la *fiducia cum creditore* fu dapprima affiancata e, seguentemente, (progressivamente) sostituita dalla figura del *pignus datum* o *datio pignoris* preordinata a vincolare finalisticamente una *res* alla realizzazione di un credito; per poi, infine, non lasciare più alcuna traccia e scomparire a partire dall'epoca giustiniana, seguendo la sorte dell'istituto della *mancipatio*⁽⁹⁾.

Erettosi e sviluppatosi sulle ceneri del suo antesignano storico, “il pegno fu [quindi] riportato all'*obligatio re* [...] volto a realizzare l'identica funzione della garanzia della, ormai estinta, *fiducia cum creditore*, attraverso la semplice consegna materiale della cosa, senza implicare quindi l'effetto smisurato del trasferimento della proprietà sulla *res*”⁽¹⁰⁾.

Venivano così a delinearsi i primi aspetti caratteristici del *pignus datum*: e tra i suoi tratti morfologici maggiormente caratterizzanti, vi era senz'altro la previsione che il debitore (o anche un terzo datore in garanzia) consegnasse fisicamente al creditore una *res* in un'ottica di tutela (*rectius* di garanzia) del credito precedentemente

⁽⁷⁾ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1986, 133.

⁽⁸⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 763.

⁽⁹⁾ In questo senso V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., 620. Cfr. altresì A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 664, il quale osserva: “Le più antiche testimonianze relative al pegno privatistico sono quelle contenute in clausole, presumibilmente tratte, di contratti agrari riferiti da Catone (console nel 195 e morto nel 149 a. C.) nel suo *de agri cultura* e quindi risalenti per lo meno a cavallo tra il III e il II secolo a. C.”.

⁽¹⁰⁾ R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 7. Cfr. altresì L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 763: “[la *datio pignoris*] realizzava la funzione di garanzia per il creditore pur senza privare del *dominium* il debitore o il terzo garante”.

ottenuto: disponendo del controllo materiale della *res*, quindi, il creditore, da una parte, si assicurava l'adempimento del debitore, il quale era tenuto ad eseguire esattamente la prestazione dovuta per poter rientrare in possesso della cosa data in garanzia; e, dall'altra, si assicurava la conservazione della garanzia, impedendo al debitore che ipoteticamente fosse rimasto in possesso della *res* di potersene disfare, distruggendola o alienandola a terzi. Scompariva, quindi, l'effetto *pesante* costituito dalla necessità del passaggio del *dominium*, come avveniva nella *fiducia cum creditore*, mentre sopravviveva il più agevole trasferimento della sola disponibilità materiale della *res*, espressa nei termini del *possidere corpore*⁽¹¹⁾.

Quale oggetto di tale *possidere corpore* veniva ammessa qualsiasi cosa corporale, purché, sino a tutto il diritto classico, da una parte fosse una *res in bonis*, ossia in proprietà pretoria del pignorante al momento del pignoramento; e che, dall'altra, fosse suscettibile di possesso⁽¹²⁾: in altri termini, era sempre necessario che colui che costituiva il pegno (debitore o terzo) fosse il proprietario della *res* o quantomeno ne avesse la disponibilità materiale.

È solo a partire da un'età successiva che, invece, trovò pieno riconoscimento anche il pegno di usufrutto, di servitù prediali e di superficie; e che, dogmaticamente, si tese a considerare oggetto del pegno il diritto reale, guardato come *res incorporalis*. Sempre in tale epoca si ammise infine la configurabilità di un pegno su cosa futura e sui frutti non ancora prodotti⁽¹³⁾.

Quanto ai modi di costituzione, il *pignus datum* finì con il vestire “panni diversi a seconda della diversa causa che ne innescasse la genesi”⁽¹⁴⁾; nel rispetto della tradizione, si è soliti distinguere tra pegno volontario, legale e giudiziale: il primo si costituiva in forza di un atto di volontà delle parti, espressa in un accordo o in un

⁽¹¹⁾ R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 6: “Nella dinamica del pegno concepita nel diritto romano, proprietario della *res* rimaneva il debitore. Di contro, la titolarità dello *ius possidendi* rientrava nell'area di pertinenza del creditore pignoratizio, che aveva così il diritto di possedere la cosa”. Cfr. altresì A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 666.

⁽¹²⁾ A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 667.

⁽¹³⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 765; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 667 s.

⁽¹⁴⁾ R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 8.

testamento convenzione, senza richiedere particolari forme⁽¹⁵⁾; il secondo consisteva nell'apprensione, ordinata dal magistrato che aveva emesso la sentenza di condanna ed eseguita dai suoi *apparitores*, di cose determinate riconducibili al debitore soccombente, le quali venivano in un momento successivo vendute all'asta⁽¹⁶⁾; da ultimo la terza ipotesi, consistente nel pegno legale, riconducibile a singole disposizioni di legge che intendevano tutelare particolari categorie di creditori: nella fattispecie di quest'ultimo tipo, poi, trovarono collocazione sia un pegno speciale, sia un pegno generale: il primo inteso ad esplicarsi su singoli e determinati beni del debitore, il secondo invece idoneo a vincolare, nella sua interezza, l'intero suo patrimonio⁽¹⁷⁾.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla fonte (volontaria, giudiziale o legale) nella dinamica della *datio pignoris* concepita nel diritto romano, proprietario della *res* offerta in garanzia rimaneva il debitore, diversamente che dalla *fiducia cum creditore*. Quel che invece rientrava nell'area di pertinenza del creditore pignoratizio era la titolarità dello *ius possidendi*, ossia il diritto di possedere la cosa⁽¹⁸⁾. Possesso che, in assenza di *iusta causa* e *bona fides*, certamente non poteva considerarsi utile ai fini dell'acquisto per usucapione. La proprietà della *res* data in pegno, invece, poteva eccezionalmente essere acquistata dal creditore in caso di inadempimento del debitore, purché le parti avessero aggiunto all'atto costitutivo del pegno un *pactum commissorium*. Questo, tuttavia, almeno fino a quando, emersane l'eccessiva onerosità per il debitore, tale ultimo patto venne definitivamente vietato da Costantino⁽¹⁹⁾.

Il possesso della *res* consegnata al creditore era invece idoneo ad assicurare al creditore il diritto alla (eventuale) percezione dei frutti della *res* medesima a titolo di interessi; anche in questo caso, tuttavia, era necessario che debitore e creditore si

⁽¹⁵⁾ Al riguardo Ulpiano, afferma che “*Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessione aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit*” (D. 513, 7, 26, 1.). Sull'assenza di particolari requisiti formali, v. A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 678.

⁽¹⁶⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764.

⁽¹⁷⁾ R. MARSEGLIA, *op. loc. cit.*; L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764 s.

⁽¹⁸⁾ A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 666.

⁽¹⁹⁾ Sul divieto del patto commissorio occorso sotto l'impero di Costantino, v. *retro*, Cap. II, § 2.1.1.

fossero accordati in tal senso, mediante apposito patto⁽²⁰⁾.

La funzione soddisfattoria del pegno si delineò solamente in età tardo classica. In un primo momento, infatti, il creditore acquistava mediante il pegno il solo *ius possidendi*, cioè – come appena visto – la titolarità della situazione possessoria della *res* senza che con ciò egli acquistasse il diritto di usarla (sarebbe altrimenti incorso nel *furtus usus*)⁽²¹⁾.

Solamente in un momento successivo, il creditore fu investito anche dello *ius distrabendi*, così acquisendo la possibilità di vendere la *res* consegnatagli in pegno e trovare soddisfacimento nel ricavato, salvo l'obbligo della restituzione dell'eventuale residuo al debitore. Tale ultimo *ius*, tuttavia, vide il suo riconoscimento passare per diverse fasi, prima di arrivare ad assumere connotati definitivi. Inizialmente esso fu oggetto del *pactum de distrabendo pignoris*, speciale convenzione con cui il debitore all'uopo autorizzava il creditore. Successivamente la giurisprudenza classica, preso atto del diffuso utilizzo di tale *pactum*, ammise che lo si dovesse considerare incluso in ogni costituzione di pegno, conferendogli la denominazione di diritto⁽²²⁾.

Infine, sempre in età tardo classica, venne riconosciuta in capo al creditore pignoratizio un'azione generale, l'*actio Serviana utilitatis* o *quasi actio serviana*, in forza della quale egli, perduto il possesso della cosa data in pegno, poteva riottenerlo da qualunque terzo ne fosse attualmente possessore⁽²³⁾: il pegno, dunque, entrava definitivamente a far parte della categoria dei diritti reali, opponibile *erga omnes* e assistito dallo *ius sequelae*⁽²⁴⁾.

Sull'opposto fronte del rapporto obbligatorio, invece, verso il finire dell'età

⁽²⁰⁾ Cfr. A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 670.

⁽²¹⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 765: "Il creditore pignoratizio non aveva [...] il diritto di usare la cosa (l'inadempienza relativa era riguardata come *furtum usus*)".

⁽²²⁾ Aggiunge R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 9: "L'epoca giustiniana sancì il principio per cui, in assenza di compratore, con un'*iperatio dominii*, il creditore potesse chiedere all'Imperatore l'attribuzione della cosa, salvo, però, il diritto del debitore di riscattarla dopo due anni".

⁽²³⁾ Cfr. L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764, il quale osserva come l'*actio* in parola potesse essere esperita anche qualora non fosse intervenuta una *datio pignoris*, bensì una *conventio pignoris*: su quest'ultima fattispecie, v. *infra*, § 2.

⁽²⁴⁾ Sull'appartenenza del *pignus* alla categoria dei diritti reali v., *ex multis*: M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004, 182.

repubblicana il pretore riconobbe al debitore (o terzo datore in garanzia) il diritto di ottenere la restituzione della *res* data in pegno, qualora, adempiuta l'obbligazione o in altro modo quest'ultima estinta, il creditore si rifiutasse di riconsegnare la cosa oppignorata⁽²⁵⁾: a tal proposito, quindi, il debitore venne legittimato ad esperire contro il creditore l'*actio pignoraticia directa*, al fine di potersene materialmente riappropriare⁽²⁶⁾.

Per concludere, quindi, è possibile affermare che il *pignus datum*, inteso come pegno manuale e possessorio, fu la prima vera e propria forma di garanzia costituita grazie allo spossessamento della *res* che ne rappresentava l'oggetto (la *traditio*): nel corso del tempo, man mano che la disciplina del *pignus* veniva ad affinarsi, il pretore riconobbe al creditore, per il periodo antecedente all'adempimento, tutta una serie di facoltà legate allo *ius possidendi* che il creditore stesso poteva vantare sulle cose offerte in garanzia; mentre al debitore, per altro verso, venne riconosciuta l'*actio pignoraticia directa* finalizzata al riacquisto della disponibilità materiale della *res* precedentemente data in pegno⁽²⁷⁾.

2. Dalla datio pignoris alla conventio pignoris e sua evoluzione. Il pignus conventum quale prima forma di garanzia non possessoria.

È in un'epoca successiva all'introduzione del *pignus* costituito mediante la consegna della *res* offerta in garanzia al creditore (*datio pignoris* o *pignus datum*, detto

⁽²⁵⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 665.

⁽²⁶⁾ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 223 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *op. loc. cit.* L'Autrice, tracciando un sintetico quadro esaustivo sulle origini del pegno nel diritto romano, evidenzia altresì che: "Nel III secolo d. C., in un clima di evidente *favor nutrito* nei confronti dei creditori, una regola dell'Imperatore Gordiano III sancì la sopravvivenza del vincolo al pagamento del debito da parte dell'obbligato. Fu introdotto il cosiddetto *pignus gordianum* il quale non si estingueva a seguito del pagamento del debito garantito dal pegno, ma rimaneva in vita per continuare a garantire l'adempimento di tutte le altre obbligazioni assunte da quel debitore nei confronti del medesimo creditore pignoraticio, sebbene non assistite dal pegno originariamente contratto".

anche pegno manuale), che il diritto preclassico prima, e quello classico poi, conobbero e regolarono gradualmente una seconda tipologia di pegno, detta *conventio pignoris*, comunemente conosciuta anche con il nome di *pignus conventum* o *hypotheca*, e nota agli interpreti con il nome di pegno convenzionale⁽²⁸⁾.

Il *pignus conventum* si differenziava dal *pignus datum*, poiché il suo tratto morfologico distintivo consisteva nel fatto che il vincolo di garanzia su un determinato bene, inizialmente solo mobile⁽²⁹⁾, si costituiva senza che il debitore (o il terzo datore in garanzia) venisse privato del possesso: si trattava, quindi, di una forma di garanzia non possessoria⁽³⁰⁾.

In tal modo la finalità di garanzia dell'obbligazione veniva a realizzarsi evitando tutti gli inconvenienti che caratterizzavano la *datio pignoris*, tra i quali, su tutti, la perdita della disponibilità materiale e della possibilità di utilizzo/impiego del bene gravato da parte del datore in garanzia.

Numerosi sono stati i tentativi da parte degli studiosi di delineare in una verosimile dimensione storica l'emersione del pegno convenzionale nell'esperienza giuridica romana: secondo l'opinione generalmente accolta nella scienza romanistica, al pieno riconoscimento del *pignus conventum* nel diritto romano si pervenne gradualmente, a seguito all'attività del pretore, in un'epoca relativamente tarda⁽³¹⁾.

Quanto alle precise origini della figura in parola, tra gli studiosi che hanno

⁽²⁸⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764 s.; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 664 ss., spec. 666 s.; R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 10 ss.; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., 1 ss. Per una sintesi sul passaggio da *pignus datum* a *pignus conventum*, cfr. V. OCCORSIO, *Finanziamento d'impresa e possesso in garanzia*, Napoli, 2018, 11 ss. Occorre precisare che, sebbene sia assai diffuso l'acritico (e non contestualizzato) utilizzo del termine *hypotheca* quale sinonimo *pignus conventum* (si v., ad esempio, V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, cit., 620) e sebbene tale accostamento non sia da un punto di vista terminologico e giuridico inesatto, esso è tuttavia rischioso, poiché insito è il rischio di un appiattimento, da un punto di vista storico, rispetto ad una terminologia (*hypotheca*) che è sopraggiunta solamente in un momento molto successivo alla delimitazione della morfologia del *pignus conventum* all'interno del diritto romano; sul punto, v. *infra*.

⁽²⁹⁾ Tale aspetto è dirimente e sarà meglio precisato nel prosieguo.

⁽³⁰⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764: “[Il *pignus conventum*] importava che una determinata cosa, mobile o immobile, rimanesse vincolata a garanzia del creditore, pur restando nella disponibilità del debitore e, quindi, senza alcun trasferimento non soltanto del *dominium*, ma anche del possesso da questi al creditore”.

⁽³¹⁾ Così R. MARSEGLIA, *op. loc. cit.*; cfr. altresì A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 665.

affrontato l'indagine si registrano forti discordanze, risultando questi ultimi divisi, fondamentalmente, su due fronti contrapposti.

Da una parte si schierano i sostenitori del tradizionale insegnamento dottrinale, secondo il quale il *pignus conventum* affondava le proprie radici in una derivazione straniera molto risalente nel tempo: in particolare, venne accolta l'idea che nell'antica Roma, fin dalla prima età repubblicana, avesse trovato spazio una sorta d'imitazione dell'ipoteca greca (*hypotheca*), con cui l'istituto romano venne nel tempo a condividere la denominazione⁽³²⁾.

Dall'altra, invece, si schierano i fautori della più recente – e maggiormente condivisa – elaborazione dottrinale, per la quale il (suindicato) tradizionale orientamento è del tutto “priv[o] di convincenti supporti testuali”, tanto da ritenersi ampiamente superato⁽³³⁾: a tale primo risultato è stato possibile pervenire grazie, da una parte, ad attenti e approfonditi studi circa la natura e i caratteri del regime ipotecario greco, che, in ultima analisi, si è rivelato essere nettamente differente rispetto all'istituto ipotecario romano⁽³⁴⁾; e, dall'altra, in forza dell'abbattimento della pietra angolare su cui poggiava tale teoria, rappresentato dal fattore terminologico, così escludendosi che l'uso nel diritto romano del vocabolo *hypotheca* fosse un diretto riflesso dell'influenza di un prototipo greco nella configurazione del *pignus conventum*: diversamente, si è dimostrato come il termine *hypotheca*, penetrato nel linguaggio della giurisprudenza grazie all'*opus* dei tribunali romani delle province orientali, tuttavia sia stato utilizzato esclusivamente per descrivere una figura, il *pignus conventum*, che era originario (e già da tempo parte) dell'esperienza giuridica romana, nonostante le innegabili affinità con l'istituto del diritto greco⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Sul punto, v. *infra*. Per un approfondimento sul rapporto tra il pegno nel diritto romano e l'ipoteca di diritto greco, si rimanda a U.E. PAOLI, voce *Pegno (diritto greco)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 762 s.; cfr. altresì F. DE IULIIS, *op. cit.*, 4 s., spec. nt. 10, laddove l'Autrice analizza il dibattito dottrinale attorno alla parola *hypotheca*, senz'altro di origine greca, e al dilemma circa la sua presenza nelle fonti giuridiche romane.

⁽³³⁾ Cfr. in tal senso F. DE IULIIS, *op. cit.*, 5, che parla di corrente di pensiero “tuttora universalmente abbandonata”.

⁽³⁴⁾ In tal senso, v., tra gli altri, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, 219 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. F. DE IULIIS, *op. cit.*, 5 ss., che aggiunge: “Si può anzi segnalare che la dottrina, superati gli eccessi della critica interpolazionistica, evidenzia concordemente che l'impiego più risalente del

Orbene, indipendentemente dalle origini del *pignus conventum*, quel che qui preme evidenziare è la circostanza che, nonostante il remoto contesto storico in cui la figura in parola segnò il proprio ingresso nella tradizione giuridica, le ragioni che indussero alla foggia di una garanzia non possessoria affondarono le loro radici in un'esigenza marcatamente sociale: “[l]a crisi dello spossessamento e la necessità di non imbrigliare il sistema delle garanzie in difficili dinamiche di circolazione dei beni fu avvertita sin dagli esordi”⁽³⁶⁾. In buona sostanza, furono i romani che, per primi, compresero la necessità di adattare il diritto alle esigenze che emergevano dalla prassi commerciale: e per dare risposta a queste ultime, quindi, venne elaborata una figura di garanzia che rinunciava completamente alla *traditio* e allo spossessamento, in modo tale da consentire al debitore (o al terzo costituente) di non perdere la disponibilità materiale della *res* che ne formava oggetto e, allo stesso modo, di poter continuare ad usarla, lavorarla, trasformarla o anche semplicemente di disporne per non arrestare il normale corso dei suoi affari o della sua vita⁽³⁷⁾.

Infatti le principali ragioni storiche che favorirono la progressiva affermazione di quest'ultima (singolare) forma di *pignus*, costituita mediante un semplice accordo che una *res* fosse vincolata da un punto di vista giuridico a garanzia di un credito e senza trasmetterne il relativo possesso al creditore, si ravvisano essenzialmente nell'impossibilità di impiegare in maniera economicamente e praticamente

termine [*hypotheca* (*n.d.a.*)] nei testi giuridici romani è databile all'incirca a metà del II secolo d.C., come documenta un frammento, reputato autentico, nel quale '*hypotheca*' compare citata per la prima volta dal giurista Salvio Giuliano nei suoi *Libri Digestorum*, composti durante il Principato di Adriano e Antonino Pio 15: *plane si creditor nuda conventione "h y p o t h e c a m" contraxerit* (D. 41.3.33.4, IUL. 44 dig.). Rileviamo, inoltre, che la più antica attestazione di '*hypotheca*' tramandata da una costituzione imperiale si legge, accostata a '*pignus*', in un rescritto del 207 d.C. emanato da Settimio Severo e Antonino Caracalla: *Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel "h y p o t h e c a s" habet obligatas [...]* (CI. 8.40.2.1)". Sul punto e sul ruolo svolto dalla dottrina francese del XVII e XVIII secolo al fine di tracciare una netta linea di distinzione tra pegno e ipoteca, v. *infra* § 4.

⁽³⁶⁾ Così R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 10; cfr. altresì V. OCCORSIO, *Finanziamento d'impresa e possesso in garanzia*, cit., 12.

⁽³⁷⁾ R. MARSEGLIA, *op. loc. cit.*; l'Autrice aggiunge: "Così si diede vita a quelle figure di pegno senza spossessamento, tramandate dal diritto romano a quello comune, che poi vennero gradatamente limitate anche per intervento del legislatore nel corso del XVIII e del XIX secolo, paradossalmente proprio quando il nascere di un'economia industriale poneva le basi per la futura necessità di tali forme di garanzia e l'obsolescenza del pegno con spossessamento" (*ivi*, 10 s.).

conveniente la più risalente forma di garanzia reale rappresentata dal *pignus datum*⁽³⁸⁾.

A quest'ultimo riguardo, un ruolo decisivo per il successo e “[i]l facile attecchimento del *pignus conventum* nella pratica degli affari”⁽³⁹⁾ certamente fu svolto, da una parte, dallo sviluppo dell’azienda agricola, connessa a nuove forme di gestione realizzate anche grazie alla c.d. affittanza agraria⁽⁴⁰⁾; e, dall’altra dall’espansione urbanistica della città e dall’incremento di costruzioni destinate alla locazione ad uso abitativo⁽⁴¹⁾.

In una prospettiva di allargamento della tutela giurisdizionale a favore del creditore pignoratizio – per l’occasione in veste di locatore – e al fine di soddisfare una duplice esigenza, rappresentata, da un lato, dalla necessità di garantire il pagamento del canone e della pigione da parte del conduttore; e, dall’altro, (anche) di agevolare la fluidità del mercato degli affitti di fondi rustici e delle locazioni immobili urbani, i romani concepirono un pegno costituito su beni mobili, quali arredi, masserizie, utensili e animali (*invecta et illata*)⁽⁴²⁾ introdotti nel fondo o nell’immobile urbano, perfetto per la sola convenzione e senza spossessamento, in modo tale che il debitore-conduttore non fosse privato della possibilità di utilizzarli⁽⁴³⁾.

In altri termini, per venire incontro alle esigenze di mercato, si elaborarono cautele che fossero idonee ad assicurare il locatore della solvibilità del conduttore e di evitare, nel contempo, che il conduttore vedesse fatalmente compromesse le

⁽³⁸⁾ Per maggiori approfondimenti sul punto, si rimanda alle puntuali osservazioni di F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., 111 ss.

⁽³⁹⁾ R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 16.

⁽⁴⁰⁾ F. DE IULIIS, *op. cit.*, 111 s., spec. nt. 3.

⁽⁴¹⁾ F. DE IULIIS, *op. cit.*, 112, spec. nt. 4.

⁽⁴²⁾ Per un’approfondita indagine in merito alle origini ed al significato del sintagma *invecta et illata*, v. F. DE IULIIS, *op. cit.*, 117 ss.

⁽⁴³⁾ R. MARSEGLIA, *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 11: “Come registrato da Nerazio, nella prassi della locazione dei fondi urbani, fu invalsa la consuetudine del tacito accordo pignoratizio con cui si costituiva la garanzia sulle *res* immesse nel fondo urbano a vantaggio del locatore: *eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur*. Mentre, come rilevato da Pomponio, nella locazione dei fondi rustici, l’esigenza di una tutela più immediata del locatore indusse alla costituzione di una garanzia tacita sui frutti nati nel fondo rustico locato: *in praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominati id non convenerit*”.

proprie capacità gestionale e finanziaria, imprescindibili in vista della *solutio* del canone o della pigione convenuta⁽⁴⁴⁾.

Sperimentata tale nuova forma di garanzia pignoratizia, occorreva tuttavia riequilibrare i rapporti tra creditore e debitore: nel *pignus datum*, infatti, la funzione di garanzia veniva assicurata dalla perdita della disponibilità materiale della *res* da parte del debitore, che da un lato obbligava quest'ultimo all'adempimento in vista del recupero del *possidere corpore* perduto e, dall'altro, permetteva al creditore di conservare la garanzia, impedendo al debitore di disfarsi del bene vincolato.

Tale natura possessoria, infatti, era completamente sconosciuta al *pignus conventum*, che veniva costituito sulla base di un mero accordo. È per tale ragione, infatti, che – sempre in età classica – al fine di *controbilanciare* l'assenza dello spossessamento, il pretore concesse al creditore-locatore adeguati strumenti di tutela, e cioè: in un primo tempo, uno specifico *interdictum*, detto *Salvianum*, esperibile contro il debitore-conduttore e in forza del quale il locatore poteva impadronirsi degli *invecta et illata* che il conduttore inadempiente volesse asportare dal fondo; e, in un secondo momento, in capo al creditore venne altresì riconosciuta l'*actio Serviana*, grazie alla quale questi poteva “perseguire anche i terzi, che fossero entrati in possesso degli *invecta et illata* costituiti in garanzia del suo credito per il canone”⁽⁴⁵⁾.

Orbene, la progressiva affermazione del pegno convenzionale, giustificata dalla facilità di costituzione e dalla sua capacità di assolvere alla funzione di garanzia al quale era preordinato, comportò un allargamento del novero di beni che ne potevano costituire oggetto: così, se inizialmente la garanzia poteva avere ad oggetto esclusivamente *res corporales mobili* (è il caso degli *invecta et illata* presenti nel fondo o nell'immobile urbano locato), successivamente venne esteso, tra gli altri beni, anche

⁽⁴⁴⁾ F. DE IULIIS, *op. cit.*, 114; anche R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 16 pone l'accento sul fatto che quest'ultimo “strumento di garanzia si rivelò ben presto incline ad assecondare le ragioni dei creditori senza mortificare la proprietà dei debitori [...] agevolando la cura e la circolazione dei beni che potessero produrre ricchezza”. L'autrice, poi, evidenzia come il diritto romano concepì la circostanza che la medesima *res* venisse ammessa a costituire più *conventiones pignoris* e come, al fine di dirimere i conflitti tra più creditori (pignoratizi), venne data applicazione al criterio del *prior in tempore, prior in iure* (*ivi*, 16 s.); sul punto, v. anche L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 765.

⁽⁴⁵⁾ L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 764; v. anche A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, cit., 668; R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 11 ss.

alle *res* immobili⁽⁴⁶⁾.

È in questo momento storico, di molto posteriore alla sua comparsa nella tradizione giuridica romana, che il *pignus conventum* cominciò ad essere indicato, alternativamente, anche con il termine *hypotheca*, stante le analogie con l'istituto di diritto greco⁽⁴⁷⁾.

Orbene, pur correndo il rischio di eccessive semplificazioni, è possibile affermare come il quadro che si presentava agli interpreti del tempo assumeva le seguenti connotazioni: si assisteva ad una contrapposizione concettuale tra *pignus datum*, da una parte, e *pignus conventum* o *hypotheca*, dall'altra, non tanto basato sui diversi beni (mobili e immobili) su cui tali due forme di garanzia reale potevano gravare, quanto piuttosto sulle modalità di costituzione, richiedendo solamente il *pignus datum* la *traditio* della *res* da debitore a creditore.

Nonostante *pignus conventum* o *hypotheca* inizialmente descrivessero un medesimo fenomeno, è a partire dall'età imperiale che i due termini conobbero un primo, parziale, allontanamento, non soltanto linguistico, bensì anche concettuale, rispetto alle fattispecie giuridiche che andavano a descrivere. Fino ad arrivare, in epoca giustiniana alla definitiva rottura: si delinearono così in maniera chiara e precisa due garanzie, distinte dalla *res* che ne costituiva l'oggetto: da una parte il *pignus datum*, garanzia possessoria che poteva avere ad oggetto solo beni mobili; dall'altra l'*hypotheca*, garanzia non possessoria che, a dispetto delle origini, nulla aveva più a che vedere con il pegno, potendo avere ad oggetto esclusivamente beni immobili⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 17.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. C. CICERO, voce *Ipoteca*, in *Digesto (disc. prin.)*, X Agg., Torino, 2016, 473 s.: “Nel diritto romano classico l'espressione pegno aveva un significato ampio, che comprendeva tanto il pegno propriamente detto, quanto l'ipoteca: *contrahitur hypotheca per pactum conventum quum quis pascatur ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae* (Gaio, D. 20, 1, 4). La *conventio pignoris* da contrapporre alla *datio pignoris*, è chiamata *hypothecae*. L'*hypothecae* o *pignus conventum* è il diritto reale di garanzia su cosa altrui, di cui il creditore non ha possesso. Tale diritto si costituisce in base alla semplice convenzione di garanzia fra creditore e debitore senza trasmissione della cosa al primo. Oggetto del *pignus conventum* poteva essere qualunque bene, sia mobile che immobile, e anche i diritti di credito e si usufrutto. Fu inoltre ammesso il *pignus conventum* di un intero patrimonio”.

⁽⁴⁸⁾ La differenza tra le due figure viene definita da Ulpiano: “*proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*” (D. 13, 7, 9, 2). Cfr. R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 18, la quale individua come prima epoca in cui si definì chiaramente e cristallizzò tale

Tuttavia la riforma di Giustiniano – e, dunque, una contrapposizione in chiave moderna tra pegno ed ipoteca – non riuscì pienamente a raggiungere l’obiettivo di separare in maniera netta i due istituti, anche in ragione delle nuove ondate di invasioni barbariche in Europa occidentale avvenute pochissimo tempo dopo e che impedirono alla legislazione imperiale di imporsi appieno.

3. *Pegno e spossessamento: le innovazioni introdotte nel diritto intermedio.*

L’istituto del pegno si presenta in età intermedia per molti aspetti differente rispetto alla precisa morfologia progressivamente assunta in epoca romana e definitasi grazie alla compilazione giustiniana, ideale punto di arrivo evolutivo del diritto romano: aspetti, questi, che “lasciano trasparire nel nuovo atteggiarsi della prassi quelle forme aggressive di autodifesa che sembravano scomparse”⁽⁴⁹⁾.

Per poter comprendere appieno le ragioni che stanno alla base delle evoluzioni del pegno medievale (e le deviazioni rispetto alla disciplina stratificatasi in epoca romana) è indispensabile fissare un concetto preliminare: l’età intermedia, caratterizzata dal progressivo sgretolarsi della struttura amministrativa imperiale e, parallelamente, dallo stabilizzarsi delle popolazioni germaniche nei territori romani – in particolar modo dei Franchi e, soprattutto, dei Longobardi che per diversi secoli regnarono su gran parte della penisola italiana – fu epoca caratterizzata dall’incontro e dalla contaminazione di culture differenti (romana, da un lato, barbariche, dall’altro), un momento di grandi sperimentazioni e mutamenti che portarono a innovazioni rispetto a molti istituti giuridici conosciuti in passato.

La situazione di particolarismo giuridico esistente nella penisola italiana, quale diretta conseguenza del pluralismo politico verificatosi successivamente al crollo dell’Impero romano d’Occidente, portò al costituirsi di più diritti volgari su basi

differenziazione quella giustiniana; nello stesso senso, v. P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato: diritti reali e successioni*, II, Milano, 1960, 155 s.

⁽⁴⁹⁾ A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 678.

consuetudinarie: si assistette, quindi, ad un'inevitabile (e reciproca) connubio tra, da una parte, il diritto e le tradizioni sopravvissute e tramandate dall'epoca romana; e, dall'altra, gli usi e le consuetudini (giuridiche) importate dai popoli *invasori*⁽⁵⁰⁾.

Tutto ciò comportò, in sintesi, una vera e propria rivoluzione nei territori dell'Europa occidentale (Italia compresa), foriera di innovazioni e di importanti cambiamenti nei vari sistemi giuridici, che, ovviamente, interessarono anche la materia delle garanzie reali.

A quest'ultimo riguardo, il primo segnale del cambiamento in atto fu rappresentato, paradossalmente, da un ritorno al passato: si assistette al risorgere di un antico istituto romano, la *fiducia cum creditore*, che, proprio grazie ai Longobardi, conobbe nuova linfa. Sebbene fosse già entrata gradualmente in crisi nell'età classica e per poi scomparire del tutto nel diritto giustiniano, la *fiducia cum creditore* riuscì comunque a resistere nei territori italiani occupati dai Longobardi; dove, come visto, la riforma di Giustiniano – che di fatto ne disponeva il definitivo superamento – non riuscì pienamente ad attecchire, stante anche il breve periodo di tempo intercorso tra la sua introduzione e l'invasione longobarda: conseguentemente, il ricordo della *fiducia cum creditore* riuscì a sopravvivere nelle province un tempo occupate dai longobarde fino al secolo XII: “[s]ostanzialmente ci si trova innanzi ad un residuo formale, un istituto nominalmente esemplato sul diritto romano ma riempito di contenuti nuovi. Se infatti la *fiducia* «romana», istituto di origine pregiustiniana rimasto vigente nelle parti periferiche dell'Impero, sebbene entrato in desuetudine già in età giustiniana, trasferiva la proprietà con l'obbligo di retrocessione in caso di adempimento all'obbligazione, la *fiducia* «longobarda» procurava il trasferimento del possesso, assumendo concretamente le valenze del *pignus* che, seppur presente nelle fonti longobarde indicava comunemente solo il pegno giudiziario mentre il pegno contrattuale restava compreso proprio sotto il *nomen iuris* di *fiducia* [...], che sostanzialmente varrà ad indicare le emergenti figure dei negozi di garanzia pignorizia, costituiti, conformante alle nuove esigenze, per

⁽⁵⁰⁾ Sul punto, si v. A. ROMANO, voce *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 623.

chartulam ed in forma solenne”⁽⁵¹⁾.

Sempre grazie al processo di contaminazione tra consuetudini volgari e tradizione, e sempre grazie all’influenza della *fiducia* romana, si sviluppò poi un’ulteriore e particolare forma di garanzia, nella quale non già solo il possesso, bensì la proprietà della *res* passava al creditore: il debitore vendeva l’immobile al creditore, ma all’atto di vendita era annessa una dichiarazione con cui il creditore si impegnava a restituire ove il debitore pagasse il suo debito⁽⁵²⁾.

Nel medioevo, poi, a fianco di quel che rimaneva della *fiducia* romana, si collocava il pegno tradizionalmente inteso⁽⁵³⁾, figura di garanzia che – almeno durante tutto il periodo altomedievale – continuava ad avere ad oggetto sia i beni mobili che quelli immobili: l’antesignano in cui affondava le radici il pegno medievale era anzitutto rappresentato dal *pignus datum* di matrice romanistica ma, grazie all’incontro con le tradizioni barbariche, accanto alle linee generali e tradizionali dell’istituto, si affiancarono altresì tutta una serie di connotati volgari, alieni alla disciplina romana; e cioè quelli del *wadium* o *wadiatio*, il contratto solenne del diritto longobardo (e franco)⁽⁵⁴⁾: “la tradizione giuridica germanica quando si pose accanto alla romana già conosceva il pegno, ma il *wadium* era un concetto che comprendeva istituti così molteplici e svariati da rendere molto difficile una definizione. L’istituto non aveva carattere unitario poiché con lo stesso termine si indicavano diverse situazioni giuridiche: beni che potevano essere presi e dati in garanzia di un’obbligazione, oppure indicati al creditore, senza trasferimento di

⁽⁵¹⁾ Così A. ROMANO, voce *Garanzie dell’obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 626; cfr. in tema di fiducia longobarda anche P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 156 ss.; A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 678 s.

⁽⁵²⁾ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 160; A. ROMANO, voce *Garanzie dell’obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 626.

⁽⁵³⁾ Ad ogni modo, non sempre era agevole distinguere in maniera netta il pegno tradizionalmente inteso dalla *fiducia* germanica con cui, analogamente al primo, al creditore veniva esclusivamente trasmesso il possesso (e non la proprietà) del bene offerto in garanzia: ad esempio, come osserva A. ROMANO, voce *Garanzie dell’obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 626: “nelle fonti longobarde *fiducia* significava pegno contrattuale o garanzia reale”.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. A. SCHWARZENBERG, voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 766 s.; osserva P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 157: “Una prima osservazione intorno alla differenza dei due diritti [romano e germanico; *n.d.a.*], si nota circa all’oggetto del pegno, che nel diritto germanico può essere la persona umana, ciò che non avveniva nel diritto romano”.

possesso. Di tali beni si poteva avere il trasferimento del possesso o della proprietà, oppure la semplice concessione in godimento⁽⁵⁵⁾.

Orbene, venendo ai modi di costituzione, nel diritto longobardo e franco il pegno si costituiva, alternativamente, mediante convenzione, per sentenza del giudice, o, infine, per privata apprensione⁽⁵⁶⁾.

Qualora poi il pegno avesse ad oggetto beni mobili, elemento essenziale del negozio era la consegna dell'oggetto al creditore: era quindi necessario che il debitore si spogliasse della disponibilità materiale della *res*, facendola conseguire al creditore⁽⁵⁷⁾.

Lo spossessamento, tuttavia, aveva un'indole molto diversa da quella che conobbe nel diritto romano: se per quest'ultimo, infatti, al creditore era assolutamente precluso l'utilizzo della *res* offerta in garanzia⁽⁵⁸⁾, all'opposto per il diritto germanico il godimento della *res* passava al creditore, dal momento che sembrava "il mezzo più efficace per costringere il debitore ad adempiere ai suoi obblighi"⁽⁵⁹⁾. Tale circostanza rappresentava un elemento di assoluta novità rispetto al passato, poiché consentiva al creditore (pignorazio) di poter utilizzare la *res* data in garanzia. Ciò che nel pegno medievale continuava a non trasmettersi al creditore, invece, era il *dominium*, che rimaneva al debitore così come avveniva nel diritto romano.

Ma il pegno con spossessamento non fu l'unico ad essere contemplato in età intermedia. Nel diritto longobardo, infatti, sempre grazie all'incontro con la tradizione giuridica romana, vennero gradualmente ad affermarsi forme

⁽⁵⁵⁾ A. CAMPITELLI, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 676; in tema di *wadium*, cfr. A. ROMANO, voce *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 624.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. SCHWARZENBERG, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 769. In merito alla privata apprensione, scrive P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 157 s.: "La privata apprensione [venne] proibita dall'editto di Rotari che nel cap. 256 richiede, ove il debitore abbia soltanto animali da dare in pegno al creditore, deva rivolgersi egli stesso al giudice il quale li prenderà *et ponat eos apud creditorem dum usque iustitiam faciat*, cioè sino a quando il debitore assolva il suo obbligo. Negli statuti delle città italiane troviamo disposizioni contro il pignoramento privato fatto dal creditore contro il debitore, ciò che dimostra come esso continuasse malgrado i divieti delle leggi longobarde e franche".

⁽⁵⁷⁾ Sulla necessità della consegna, v. P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 159.

⁽⁵⁸⁾ V. *retro*, § 1.

⁽⁵⁹⁾ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 158.

“anomale”⁽⁶⁰⁾ di pegno, aventi una disciplina diversa rispetto a quella poc’anzi descritta. In particolar modo, si delineò un pegno congiunto all’emissione di un documento, ossia una *cautio*: dalle fonti longobarde si evince come tale ultima tipologia di pegno si costituiva su un determinato bene grazie all’emissione di una *cautio*: in tal modo – differentemente che dal pegno c.d. tradizionale – il bene oppignorato rimaneva nel possesso del debitore, il quale continuava a conservarne il godimento e la possibilità di impiegarlo in attività produttive. Sul bene indicato nella *cautio*, tuttavia, il creditore era tenuto ad apporre “dei segni che palesavano ai terzi il suo diritto: ciò dicevasi «*wifare* o *wifatio*»: si trattava, dunque, di una forma primitiva di ipoteca”⁽⁶¹⁾.

Ora, volendo a questo punto giungere ad una sintesi del discorso, è possibile formulare le seguenti osservazioni: nel diritto altomedievale, ferme restando le pur importanti innovazioni che in materia di garanzie reali vennero importate tramite le consuetudini germaniche, in linea di massima fu mantenuta una distinzione sia in termini di disciplina, sia in termini di meccanismi operativi (distinzione, peraltro, già conosciuta dal diritto romano), tra garanzie reali con o senza spossessamento. E ciò sempre utilizzando, quale termine onnicomprensivo per descrivere il fenomeno giuridico in atto, quello di pegno (o *pignus*).

Ancora una volta, la contrapposizione concettuale tra garanzia reale con o senza spossessamento non guardava tanto alla natura del bene (mobile o immobile), quanto piuttosto alle modalità di costituzione del vincolo (con o senza *traditio*).

In particolare, nel pegno c.d. tradizionale la funzione di garanzia veniva assolta dallo spossessamento del debitore, dall’assicurare al creditore (anche) il godimento della *res* gravata (quest’ultima, novità assoluta rispetto al diritto romano) e dal

⁽⁶⁰⁾ L’aggettivo anomalo viene utilizzato da A. SCHWARZENBERG, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 770, il quale cita, tra gli altri: il *pactum obstagii* (volgarmente conosciuto come “pegno in osteria”) “con il quale il debitore si obbligava a costituirsi ostaggio nel luogo di residenza del creditore pignoratizio e a rimanere alloggiato, a sue spese, in un albergo fino a che il debito non fosse stato completamente saldato”; o, ancora, le prime forme di garanzia pignoratizia su navi e imbarcazioni; sul punto cfr. altresì A. ROMANO, voce *Garanzie dell’obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 627.

⁽⁶¹⁾ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 159. Si richiama quanto detto in apertura del presente paragrafo, circa la commistione tra tradizione romana e consuetudini germaniche nella delineazione della disciplina del pegno.

riconoscere la possibilità, sempre al creditore, di appropriarsi del bene dato in garanzia qualora il debitore non provvedesse al pagamento del debito⁽⁶²⁾; al netto degli echi della *fiducia* romana che comportava il trasferimento del *dominium* da debitore a creditore, vi è poi da prendere in considerazione la graduale affermazione del meccanismo della *cautio*, alternativo allo spossessamento e delineante una forma primitiva d'ipoteca, con cui la funzione di garanzia veniva assolta prescindendo dalla sottrazione al debitore della disponibilità materiale del bene gravato: diversamente, come visto, si procedeva all'apposizione su quest'ultimo di segni ben visibili, che palesassero ai terzi l'esistenza di un diritto di garanzia a favore del creditore pignoratorio, i quali, quindi, erano messi in condizione di conoscere che non avrebbero potuto fare affidamento su quel bene al fine di tutelare il loro credito avverso il medesimo debitore.

Fu solamente in epoca tardo medievale, che, con la riscoperta del diritto romano e con la rielaborazione della compilazione giustiniana, il pegno e l'ipoteca (pur continuando per alcuni secoli a mantenere una sostanziale sinonimia) iniziarono a (ri)prendere come modello, nelle loro linee generali, quello romano-giustiniano, con la conseguente scomparsa di larga parte di tutte quelle modificazioni che ai predetti istituti erano state introdotte dal diritto longobardo e franco⁽⁶³⁾.

Tuttavia, per assistere al compimento di una definitiva scissione tra i due diritti reali di garanzia sia in ordine alla disciplina applicabile, sia in ordine ai beni suscettibili di formarne l'oggetto, occorrerà attendere l'*opus* della dottrina francese avvicinandasi tra il secolo XVII e il secolo XVIII⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ A. SCHWARZENBERG, voce *Pegno (diritto intermedio)*, cit., 767: “Circa le garanzie reali in diritto germanico, si rileva che la cosa data in pegno era legata con la *Satzung* e restava legata finché l'esecuzione dell'obbligazione non l'avesse liberata; e, certamente, la prima forma di garanzia reale fu costituita dalla consegna della cosa al creditore con l'accordo che se l'obbligazione non fosse stata soddisfatta egli avrebbe potuto tenerla per sé in modo definitivo, mentre l'avrebbe dovuta restituire se fosse stata soddisfatta a pieno”.

⁽⁶³⁾ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, cit., 160.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. ROMANO, voce *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 629 s.: “Una netta differenziazione dottrinale tra il pegno e l'ipoteca tarda a configurarsi, forse anche in dipendenza della circostanza che lo stesso diritto romano, fondamento di ogni costruzione dottrinale medievale, aveva tracciato assai labili confini tra i due istituti. Nel frammento di Marciano compreso nei *Digesta* si leggeva, infatti: «*interpignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*» e solo in un diverso brano

4. Il pegno e l'essenzialità dello spossessamento alle soglie dell'età delle codificazioni. Il diritto francese: le ricostruzioni dell'istituto secondo le regole del Domat e del Pothier.

Alla luce delle considerazioni svolte ai precedenti paragrafi, è possibile affermare che il percorso di progressivo divaricamento tra le due figure, pegno ed ipoteca, gradualmente iniziato in età giustiniana, snodatosi attraverso diversi secoli e passato attraverso le innovazioni portate dalle consuetudini germaniche all'indomani della caduta dell'Impero romano d'Occidente, trovò il suo definitivo punto d'arrivo grazie ai padri del diritto francese, a partire dal secolo XVII: ci si riferisce, in particolar modo a Jean Domat e Robert Joseph Pothier⁽⁶⁵⁾.

Invero, fu grazie al pensiero dei due celebri giuristi d'oltralpe che il pegno acquisì stabilmente quella tradizionale morfologia che – per quanto concerne in particolare l'ordinamento giuridico interno, pesantemente influenzato dalle codificazioni transalpine – si è tramandata sino al codice civile del 1942: ossia, in buona sostanza, a far propri quei tratti distintivi delineanti una garanzia mobiliare fondata sullo spossessamento del debitore o, eventualmente, di un terzo datore in

di Ulpiano si aggiungeva «*proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*», pertanto nel complesso ad identificare l'ipoteca in un *pignus conventum*, cioè senza trasmissione del bene. Su questa falsariga i glossatori coglievano principalmente la differenza fra pegno ed ipoteca, non tanto con relazione alla natura dei beni, ma piuttosto con riferimento al passaggio o meno del bene offerto in garanzia al creditore, dicendo del pegno: «*pignus proprie est quod ad creditorem transit. Pignus a pugno dictum, quasi a pugno datum; et dicitur de mobilibus rebus [...] quae possunt moveri*». L'*obligatio pignoris*, fosse essa tanto *generalis* che *specialis*, dava, infatti, al creditore il possesso dei beni offerti in garanzia. Ed in tal senso nel *Libellas de verbis legalibus* si osservava: «*pignus proprie est quod ad creditorum transit [...] et dicitur de mobilibus rebus [...] hypotheca [...] est proprie de rebus immobilibus*». Non differentemente Pierre de Belleperche († 1308) notava: «*pignus et hypotheca differunt, pignus dici ubi res tradita est, sed hypotheca dicitur ubi res non est tradita*», mentre Giacomo d'Arena († post 1296), osservando che «*nec est differentia inter pignus et hypothecam quo ad actionem quia semper agitur quasi Serviana, idest hypothecaria*», sottolineava l'assimilazione dei due istituti sotto il profilo processuale. Solo Niccolò Tedeschi († 1445) preciserà «*aliqui dicunt quod hypotheca dicitur quando non fit traditio sed cum retinetur sive sit mobilis sive non, pignus quando traditur*» definizione successivamente ripresa ed ampliata da L. Molina († 1600) nel suo *Tractatus de iustitia et iure*. Come traspare dalla definizione del Tedeschi, anche il regime dell'ipoteca, come quello del pegno, nel medioevo si applicava dapprima, indifferentemente, sia ai beni mobili che agli immobili, cominciando ad essere limitato agli immobili solo successivamente al secolo XIV”.

⁽⁶⁵⁾ R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 18 ss.; cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, 11 ss.

garanzia.

Tra il XVII ed il XIX secolo, quindi, si assistette alla definitiva affermazione di una duplice tendenza: da una parte lo spossessamento assunse stabilmente il ruolo di elemento caratterizzante la garanzia pignorizia (e al tempo stesso, elemento di differenziazione rispetto all'ipoteca): la funzione di garanzia pignorizia poteva essere assicurata solo ponendo il bene pignorato sotto il controllo del creditore, il quale ne diveniva il legale responsabile della sua conservazione; dall'altra si attuava il definitivo superamento della tradizione romana, mantenuta per tutto il periodo medievale. Secondo cui potevano costituire oggetto di pegno sia i mobili che gli immobili: all'opposto, il pegno venne riservato esclusivamente ai beni mobili.

Pertanto, i due diritti reali di garanzia, pegno e ipoteca, cessarono di porsi in rapporto di sinonimia, e si differenziarono in ultimo sia sotto il profilo della natura dell'oggetto su cui cadevano (beni mobili/immobili), sia sotto il profilo del meccanismo costitutivo (spossessamento/nuda convenzione).

Più in dettaglio, in un contesto di molto antecedente alla codificazione francese avvenuta grazie al *Code Napoléon* del 1804⁽⁶⁶⁾, fu dapprima il Domat che nelle sue «*Lois civiles dans leur ordre naturel*», pubblicate nel 1689, riconobbe nel pegno e nell'ipoteca il principale e più frequente effetto degli obblighi “che nascono da convenzioni o che senza di esse si formano”, attribuendogli la definizione di “diritto sui beni di una persona che si ha per sicurezza” e riconducendone l'origine, del tutto naturale, agli obblighi la cui esecuzione potesse dipendere dai beni; “[p]erché la maggior forza degli obblighi, e la più perfetta fedeltà di coloro che sono obbligati, sarebbero inutili qualora non avessero beni, e non sarebbe intera la sicurezza su di quelli che hanno beni ancora, quando questi non si sottoponessero all'ipoteca, perché spogliandosene, o con donazioni, o con vendite, o con altri titoli, e non appartenendo ad essi i beni alienati, non avrebbero altro scampo color in favor de'quali sono obbligati qualora non avessero il diritto di evincere i beni alienati nelle mani di chiunque fossero passati”⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ I cui compilatori attinsero ad ampie mani dall'opera dei due giuristi, in particolar del Pothier: cfr. A. ROMANO, voce *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 629.

⁽⁶⁷⁾ J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, (traduzione di V. ALOJ), Napoli, 1786, 262.

Un secolo dopo, invece, fu il turno del Pothier, il quale, nella sua opera articolata in tre volumi «*Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*», pubblicate nel 1752, facendo proprio l'insegnamento del Domat, segnò un ancor più netto distacco dalla tradizione romanistica in materia di pegno⁽⁶⁸⁾.

Il Pothier, infatti, prese in maniera ancor più marcata le distanze dall'accezione omnicomprensiva che gli antichi romani attribuirono al termine pegno ed evidenziò come, quantomeno in un momento il *pignus* fece la sua comparsa nel diritto romano, quest'ultimo dovesse essere stato limitato alle sole cose mobili che potessero essere oggetto di *traditio* manuale: “ [q]uesta parola pegno pigliansi anche talvolta per la stessa cosa obbligata a gius di pegno, e dicesi pegno da pugno, perché, se vengono date in pegno, *manu traduntur*, cioè se ne fa tradizione manescamente; doude parrebbe che il pegno non dovesse essere costituito che sopra cose mobili”⁽⁶⁹⁾.

Orbene, tali le premesse, occorre prestare maggior attenzione all'elaborazione dottrinale sviluppata dal Domat e dal Pothier per valutare quale impatto essa abbia avuto sull'affermazione dei (moderni) connotati del pegno.

Il pensiero del Domat muoveva da una considerazione da secoli ben nota agli interpreti: e cioè che nel diritto romano, perlomeno fino all'età dell'Imperatore Giustiniano, fosse abituale l'utilizzo dei termini pegno e ipoteca quali sinonimi⁽⁷⁰⁾.

Preso atto di ciò, il Domat tuttavia assunse una posizione molto critica rispetto al tratteggio (e acritico) richiamo alla tradizione operato dalla dottrina del suo tempo, testimoniandone l'anacronismo e registrando come, seppur – come più volte ricordato: v. *retro*, § 2 – la parola ipoteca originariamente significasse pegno ed indicasse il diritto sulle cose obbligate al creditore per sicurezza del suo credito,

⁽⁶⁸⁾ A tale ultimo riguardo, si vedano anche le osservazioni di G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Contr. impr.*, 2009, 627 ss.

⁽⁶⁹⁾ R.J. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano riordinate*, (traduzione di A. BAZZARINI), 1835, 1092. Tutte le traduzioni dei passi del Domat e del Pothier citati nel testo principale e in nota, sono riportati in R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 18-33.

⁽⁷⁰⁾ J. DOMAT, *op. cit.*, 266 s. (il passo è riportato in R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 22, nt. 42): “La parola ipoteca d'ordinario significa lo stesso della parola pegno, vale a dire il diritto obbligato sulla cosa a favore del creditore per sicurezza del suo credito; e si fa uso di queste due parole nel medesimo senso. Ma pegno dice più propriamente delle cose mobili, e che si mettono fra le mani ed in potere del creditore; ipoteca poi significa propriamente il diritto che il creditore acquista sugli stabili che gli sono obbligati dal suo debitore, ancorché non ne sia messo in possesso”.

L'orientamento dei giudici francesi del tempo avesse ormai riconosciuto una netta distinzione tra i due istituti, in ragione non tanto delle diversità dei meccanismi operativi, quanto piuttosto della differente natura del bene che ne costituiva l'oggetto: “[s]iccome la natura dell’ipoteca è di sottoporre ad un diritto i beni per la sicurezza degli obblighi, e siccome, per esempio, il creditore di una somma di danaro assicura il diritto di evincere dalle mani di chiunque la cosa sia a lui ipotecata, così è necessario notare una differenza importante tra la nostra usanza e’l Diritto Romano, in ciò che riguarda la sicurezza su i mobili dei debitori. Nel diritto romano l’ipoteca aveva il medesimo effetto su i mobili che su gli stabili, con questo diritto di evizione. Ma gl’inconvenienti di sottoporre a questo diritto di evizione i mobili, tanto soggetti a cambiar mano, han fatto stabilire in Francia un’altra giurisprudenza, la cui regola è, che l’ipoteca sui mobili non dura se non fino a che non resta in potere di colui che è obbligato, o fino a che se ne trovi in possesso colui che gli ha per sicurezza. Ma se il debitore li faccia passare in altre mani, o con un’alienazione, o dandoli in pegno, non vi si può avere più diritto: esprimesi tal regola con queste parole, che I mobili non ammettono evizione per l’ipoteca. L’uso dunque in Francia riguardo a’ mobili è, che i creditori vi esercitano il loro diritto in due maniere. Una, quando i mobili sono in potere del creditore che ne è in possesso, e che li tiene in pegno; e l’altra, quando i mobili sono in potere del creditore o di altre persone che gli hanno in suo nome, come un depositario, o come colui gli ha presi in prestito, o un altro creditore che avesse in pegno un mobile il cui valore eccedesse quello del pegno. Nel primo caso, il creditore può far vendere il mobile, se il debitore vi consente, o, se ricusa, coll’autorità del Giudice, per esser pagato sul prezzo che ne ricaverà, colla preferenza a tutti gli altri creditori, anche anteriori, ma non pregiudizio del creditore che avesse un privilegio su questo medesimo pegno. Nel secondo caso, il creditore può sequestrare e vendere il mobile del suo debitore, se ha un’ipoteca su i beni, o una permissione del Giudice per sequestrare; e se concorrono altri creditori con lui con altri sequestri o con opposizioni, egli sarà loro preferito se sia stato il primo a sequestrare”⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, cit., 263 s. (il passo è riportato in R. MARSEGLIA, *op.*

Nella sua trattazione, dunque, il Domat specificò che il termine pegno fosse intrinsecamente e naturalmente collegato alle *res* mobili che dovevano essere materialmente consegnate al creditore, così ponendo l'accento sull'importanza del ruolo dello spossessamento; all'opposto, invece, il termine ipoteca era da ricondurre al diritto di garanzia che il creditore vantava su immobili a lui obbligati dal suo debitore, pur qualora il primo non ne fosse in possesso. Suggellando, in questo modo, quella distinzione tra i due diversi diritti reali di garanzia che ormai da tempo aveva iniziato a farsi strada, seppur per via giurisprudenziale tra le corti del regno di Francia⁽⁷²⁾.

Muovendo da tali premesse, il Domat definì le venticinque regole volte a offrire una ricostruzione dommatica della disciplina del pegno e dell'ipoteca, nelle quali venne sancita l'essenzialità dello spossessamento al fine di assicurare la funzione di garanzia in favore del creditore⁽⁷³⁾.

Ora, proprio a quest'ultimo riguardo è pur vero che alla Regola I, il Domat afferma: «*Il pegno si contrae non soltanto per tradizione, ma eziando con la nuda convenzione senza tradizione*»; astrattamente segnando un'apertura, quindi, alla possibilità di contrarre un pegno senza spossessamento, tramite una “nuda” convenzione. Ma a ben vedere pare difficilmente contestabile il fatto che, qualora si intendesse pervenire ad una siffatta conclusione – possibilità di contrarre un pegno senza lo spossessamento – necessariamente si cadrebbe in contraddizione rispetto alle premesse poste dal pensiero dello stesso Domat: e cioè che le principali differenze tra pegno e ipoteca riguardano non soltanto la natura dell'oggetto, ma, soprattutto, le modalità di costituzione del vincolo, essendo indispensabile per la garanzia pignorizia l'effettività della *traditio*.

E allora, come è stato correttamente osservato⁽⁷⁴⁾, per conciliare la lettera della Regola I con l'essenzialità dello spossessamento nell'ambito della disciplina del pegno, non può che ritenersi che, nella regola in parola, il Domat intendesse

cit., 21-22).

⁽⁷²⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 22.

⁽⁷³⁾ Le traduzioni di tutte le venticinque regole dettate dal Domat in materia di pegno e ipoteca sono puntualmente riportate in: R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 23-27.

⁽⁷⁴⁾ Si v. R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 22 e 24, nt. 44.

senz'altro riferirsi a quel concetto di pegno in senso lato, inquadrandolo, in termini generali, nell'accezione omnicomprensiva tralatiziamente tramandata dalla tradizione romana, di cui si è più volte detto. Tant'è vero, infatti, che proseguendo nella lettura delle venticinque regole, si comprende chiaramente come il Domat utilizzò il termine pegno in tale duplice accezione – in senso lato e in senso maggiormente specifico – dal momento che l'Autore, alla Regola VII, ebbe modo di specificare – in modo inequivocabile – cosa dovesse propriamente intendersi con il termine pegno e cosa, invece, con il termine ipoteca, ritrovando l'elemento distintivo nel passaggio del bene dal debitore al creditore mediante *traditio*: «*Diciamo propriamente pegno quello che passa al creditore; ipoteca quella in cui non passa il possesso al creditore*».

Se ne deduce, pertanto, che con il Domat, lo spossessamento assurse per la prima volta a ruolo essenziale e imprescindibile al fine dell'identificazione del pegno quale garanzia reale sui soli beni mobili⁽⁷⁵⁾.

A quasi un secolo di distanza, nel definire la disciplina, al pari del Domat, anche il Pothier, specificò che, sebbene al suo tempo la differenza fra pegno e ipoteca fosse facilmente ascrivibile al fatto che il primo potesse essere costituito sui soli beni mobili mentre la seconda sui soli beni immobili, nella tradizione romanistica i due termini fossero usati in maniera promiscua.

Muovendo da tale considerazione, nelle sue Pandette il Pothier individuò quattro differenti *species* di pegno: “pretorio, in quale viene costituito qualunque sia la causa per la quale il magistrato concede la cosa in possesso; giudiziale, il quale viene preso dagli esecutori delle sentenze in virtù di un giudicato; convenzionale, che viene costituito in virtù di una convenzione delle parti; si può aggiungere una quarta specie cioè il pegno costituito in virtù di un testamento”⁽⁷⁶⁾.

Orbene, con riguardo in particolar modo alla specie del pegno convenzionale, l'Autore operò una distinzione tra due diversi e ulteriori tipologie di pegno: da una parte il pegno costituito senza spossessamento e, dall'altra, il pegno tacito, costituito senza formalità alcuna; va tuttavia evidenziato che il Pothier, analogamente a quanto

⁽⁷⁵⁾ R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 22.

⁽⁷⁶⁾ R.J. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano riordinate*, cit., 1092 (il passo è riportato in R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 27).

già era stato effettuato dal Domat, nelle sue opere alternò l'utilizzo del termine pegno ora nel senso omnicomprensivo e tradizionale di matrice romanistica, ora nell'accezione più specifica di pegno su *res* mobili costituito mediante spossessamento⁽⁷⁷⁾.

E la diretta conferma di ciò, invero, si rinviene proprio nelle Pandette, in cui il Pothier, trattando del pegno convenzionale, ebbe modo di dissipare ogni dubbio al riguardo, precisando come tale figura dovesse essere più propriamente intesa come ipoteca – distinta dal pegno in senso stretto – potendo solo quest'ultima costituirsi in virtù di una semplice convenzione tra le parti, senza costringere il debitore a privarsi della disponibilità materiale della *res* offerta in garanzia⁽⁷⁸⁾.

La netta distinzione tracciata tra pegno ed ipoteca venne successivamente ribadita dal Pothier anche nel suo «*Trattato sulle ipoteche, l'anticresi ed il pegno*»⁽⁷⁹⁾, in cui ebbe modo di precisare: “il pegno si fa colla tradizione della cosa che vien rimessa nelle mani del creditore; mentre invece l'ipoteca è un diritto che il creditore acquista nei beni del suo debitore che ne sono suscettibili senza che il suo debitore gliene faccia alcuna tradizione”⁽⁸⁰⁾.

Nel tracciare i confini del contratto di pegno, il Pothier individuò i tre connotati essenziali che ne permettevano la configurabilità: l'esistenza della *res* che ne formava l'oggetto; la consegna della *res* da parte del debitore a favore del creditore, salvo che questi si trovasse già in suo possesso; il fatto che il creditore la ritenesse per sicurezza del suo credito. Con riguardo alla prima delle tre condizioni, nell'inquadrare la natura delle cose originariamente ammesse a formare oggetto di pegno, il Pothier tuttavia, pur specificando che queste ultime dovessero essere

⁽⁷⁷⁾ Lo osserva R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 28.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. R.J. POTHIER, *op. cit.*, 1093.

⁽⁷⁹⁾ R.J. POTHIER, *Raccolta dei diversi trattati sulle ipoteche, l'anticresi ed il pegno*, 2ª ed., (trad. it.), Napoli, I, 1820.

⁽⁸⁰⁾ R.J. POTHIER, *op. ult. cit.*, 6. L'Autore evidenzia poi come l'ipoteca mobiliare – intesa come garanzia su beni mobili senza spossessamento – fosse in realtà poco utile e fortemente pregiudizievole alla sicurezza dei rapporti di credito: invero, essa non offriva alcuna garanzia al creditore, e ciò proprio in ragione, da una parte, della sostanziale inapplicabilità nei suoi confronti del diritto di sequela; e, dall'altra, a causa della sua segretezza. Essa pertanto costituiva un notevole ostacolo al crescente sviluppo del commercio e dei traffici (*ivi*, 24).

costituite da beni mobili, ebbe modo di precisare che potessero comunque essere oggetto del contratto: gli stabili, “ciò accade quando si mette un creditore nel possesso d’uno stabile, acciocché egli ne percepisca i frutti a sconto dei suoi crediti sino al perfetto pagamento dei quali frutti egli deve rendere conto a colui che gli ha dato l’immobile in pegno. Questa specie di pegno procura al cedente la facilità di pagarsi da se stesso senza spese, e senza essere obbligato al pignoramento dello stabile o dei frutti che costerebbe moltissimo”⁽⁸¹⁾; e le somme di denaro contante, “trovasi un esempio di questa specie di contratto negli statuti di alcune pubbliche biblioteche, i quali permettono ai bibliotecari di prestare dei libri agli studenti, purché questi diano in pegno al bibliotecario una somma di denaro doppia del valore dei libri prestati, per sicurezza della restituzione”⁽⁸²⁾.

Rimanendo fedele ai principi del diritto romano, invece, il Pothier escluse categoricamente che potessero formare oggetto di pegno le *res* incorporali, poiché insuscettibili di quella *traditio* riconosciuta elemento essenziale alla base del contratto di pegno, che proprio per la sua morfologia non può prescindere della consegna della cosa che ne costituisce l’oggetto⁽⁸³⁾.

Quanto alla irrinunciabilità della *traditio* della *res* ai fini del perfezionamento del contratto di pegno, il Pothier fece salva solamente l’ipotesi in cui il creditore già si trovasse in possesso del bene, “puta di comodato o di deposito”, ammettendo eccezionalmente la validità della *traditio ficta* al fine di giustificare la nascita del pegno mediante sola convenzione, fingendo, quindi, che la cosa già in possesso del creditore a titolo di deposito o di comodato, rimanesse nelle sue mani a titolo di pegno: “[i]o posso quindi bensì convenire col mio creditore che gli darò dei pegni, e questa convenzione è valida e obbligatoria col solo consenso delle parti: ma questa convenzione non è il contratto di pegno; essa lo precede ed è distinta da esso, come la promessa di vendere è distinta dal contratto di vendita”⁽⁸⁴⁾.

Giunti a questo punto, volendo stendere un primo bilancio in ordine ai profili

⁽⁸¹⁾ R.J. POTHIER, *Raccolta dei diversi trattati sulle ipoteche, l’anticresi ed il pegno*, cit., 9.

⁽⁸²⁾ R.J. POTHIER, *op. ult. cit.*, 10.

⁽⁸³⁾ Cfr. G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, cit., 627 ss.

⁽⁸⁴⁾ R.J. POTHIER, *op. ult. cit.*, 15.

evolutivi del pegno e del ruolo dello spossessamento alle soglie dell'età delle codificazioni, è possibile affermare come anche il Pothier, ponendosi nel medesimo solco tracciato un secolo prima dal Domat in materia di garanzie reali, evidenziò l'essenzialità, o meglio l'irrinunciabilità, dello spossessamento (*depossession*) nello schema configurativo del pegno, e così consacrandolo nel ruolo di tipico connotato morfologico del contratto di pegno per i secoli a venire: l'effetto immediatamente percepibile della fattispecie pignorizia, dunque, si individuava nel trasferimento del potere di fatto sulla *res* al creditore.

Il pensiero del Pothier, in un momento successivo, influenzò poi in maniera significativa il lavoro dei compilatori del *Code Napoléon*, i quali codificarono le regole in materia di pegno (e di ipoteca) proprio muovendo dai risultati a cui era pervenuto il pensiero del giurista francese: il pegno veniva dunque consacrato, anche a livello codicistico, quale garanzia reale avente ad oggetto esclusivamente beni mobili e fondata sullo spossessamento del debitore; poiché solo con la privazione della disponibilità materiale della *res* oppignorata al debitore, il creditore poteva effettivamente conseguire una tutela del suo credito ed esercitare il diritto di prelazione, evitando che il debitore, prima di adempiere all'obbligazione per cui era stata concessa garanzia, potesse privarsi della *res* medesima, alienandola a terzi o, peggio ancora, potesse danneggiarla o distruggerla; o, ancora, che la stessa *res* venisse aggredita in sede esecutiva da parte degli altri creditori (non pignorati), così causando un grave pregiudizio alle ragioni del creditore privilegiato, il quale avrebbe corso il rischio di assistere impotente alla completa vanificazione della garanzia precedentemente concessagli⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Sull'importanza dell'opera del Pothier in ordine alla ricostruzione del pegno ed all'affermazione della centralità, nella disciplina della garanzia pignorizia, dello spossessamento, nonché sull'influenza che il pensiero dell'Autore ebbe sulla stesura del *Code Napoléon* del 1804, si rimanda alla dettagliata ricostruzione operata da R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 30 ss.

5. Funzioni dello spossessamento sotto la vigenza del Code Napoléon: il gage avec dépossession e le garanzie dell'impresa nell'esperienza della codificazione francese.

Sebbene il primo tentativo di codificare le garanzie reali nell'ordinamento francese risalga al *Code hypothécaire* del 9 messidoro, anno III (27 giugno 1795)⁽⁸⁶⁾, è tuttavia alla codificazione napoleonica del 30 ventoso, anno XII (21 marzo 1804, *Code Napoléon* o *code civil des Français*) che si deve la definitiva – e moderna – contrapposizione concettuale tra i diritti reali di garanzia pegno e ipoteca, e cioè tra una garanzia avente ad oggetto solo beni mobili e basata sullo spossessamento (la prima) e una avente ad oggetto solo immobili di natura non possessoria (la seconda)⁽⁸⁷⁾.

Dando seguito ad un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e facendo propri gli insegnamenti del Domat e del Pothier, i codificatori francesi distinsero tra due diverse *species* di pegno: il *gage* e l'*antichrese*. Nel Titolo XVII, *Del pegno*, il pegno venne inteso come il contratto che attribuiva al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata con prelazione e privilegio sugli altri creditori, acquisendo una connotazione specifica ed autonoma: il *gage* veniva riferito esclusivamente alle cose mobili, laddove l'*antichrese* assunse le vesti di una sorta di pegno immobiliare con godimento del creditore dei frutti del bene detenuto⁽⁸⁸⁾.

Orbene, individuato nel pegno (*gage*) l'unico strumento in grado di dar luogo ad una garanzia su beni mobili, i redattori del *Code Napoléon*, oltre a richiedere tutta una

⁽⁸⁶⁾ Sul punto, cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 14.

⁽⁸⁷⁾ In quest'ultimo senso, cfr. G. PIEPOLI, *op. ult. cit.*, 11: l'Autore evidenzia come è con “[i]l *Code Napoléon* [che viene fissato] il principio del pegno manuale all’art. 2071”; A. ROMANO, voce *Garanzie dell’obbligazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 630: “I non sempre chiari rapporti fra pegno ed ipoteca verranno risolti definitivamente solo col codice napoleonico, ove il pegno sarà limitato ai soli beni mobili e l’ipoteca agli immobili, cui si aggiungeva l’anticresi, che contemplava una sorta di pegno immobiliare con godimento da parte del creditore dei frutti del bene ceduto”. Per un’efficace sintesi circa le vicende storiche e politiche che portarono all’entrata in vigore del *Code Napoléon*, si rimanda a E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2ª ed., Torino, 2000, 49 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 37.

serie di adempimenti formali da soddisfare nell'atto costitutivo (art. 2074)⁽⁸⁹⁾, recepirono dalla tradizione la necessità dello spossessamento, e anzi lo cristallizzarono nel ruolo di connotato tipico della garanzia, essenziale ai fini della sua costituzione, della sua validità e, quindi, della sua opponibilità ai terzi: venne infatti previsto che il diritto di prelazione non potesse in alcun modo ritenersi sussistente qualora il possesso dei beni vincolati non fosse stato precedentemente trasferito al creditore, oppure ad un terzo indicato di comune accordo dalle parti del contratto (art. 2076 *code civil*)⁽⁹⁰⁾.

Il lungo percorso diretto alla costruzione del pegno quale garanzia su beni mobili fondata esclusivamente sulla *dépossession*, iniziato nel XVII secolo, trovava dunque con la codificazione napoleonica il suo definitivo punto di approdo.

Occorre tuttavia chiedersi quali fossero le funzioni che, concretamente, i codificatori francesi vollero associare allo spossessamento; perché, in altri termini, questi ritennero che nella disciplina pignoratizia la funzione di garanzia non potesse che essere assolta che tramite la privazione del debitore della disponibilità materiale della *res oppignorata*.

Orbene, a quest'ultimo proposito il tenore particolarmente laconico dei dati normativi, che nulla dicevano in merito ai presupposti e alle modalità di attuazione dello spossessamento, fecero sì che, già nei primi anni di applicazione della relativa disciplina, i problemi in ordine alla costituzione del pegno si dovessero necessariamente confrontare con l'individuazione della/e funzione/i associabile/i al trasferimento del possesso dal debitore al creditore⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Art. 2074 *Code Napoléon*: «Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espece et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs».

⁽⁹⁰⁾ Art. 2076 *Code Napoléon*: «Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties».

⁽⁹¹⁾ Lo osserva P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 170, il quale evidenzia come sin da primi anni successivi all'entrata in vigore del *Code Napoléon*, si pose la problematica della costituzione in pegno dei beni aziendali; analogamente, cfr. ID., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, 111 s.

A tal proposito, è opportuno preliminarmente precisare che l'impostazione dei termini della questione sopra posta si rivelerebbero essere fatalmente errati laddove si accogliessero acriticamente i risultati a cui è approdata, in epoca di molto successiva, la dottrina e che oggi sono condivisi da una larga parte degli interpreti: tradizionalmente, infatti, si ritiene che – sin dagli albori della codificazione francese – lo spossessamento fosse diretto ad assolvere una triplice funzione: tutelare il creditore pignoratizio e consentirgli l'esercizio del diritto di prelazione; consentirgli l'esercizio del diritto di ritenzione; tutelare i terzi creditori, ponendoli sull'avviso circa il fatto che non possono riporre affidamento su quel bene del debitore, riservato alla garanzia del creditore pignoratizio.

Si tratta, a ben vedere, di un'impostazione non corretta, poiché non supportata da alcun dato normativo in tal senso: al contrario, invece, approfonditi studi sul tema hanno fatto emergere come originariamente, nel sistema delineato dal *Code Napoléon*, il principio della *dépossession* del costituente fosse assolutamente estraneo all'assolvimento di una qualsiasi funzione finalizzata a rendere noto ai terzi – in particolar modo agli altri creditori chirografari – la costituzione del vincolo⁽⁹²⁾. È invece emerso come l'unica funzione che dai codificatori venne associata alla *traditio rei* a favore del creditore pignoratizio fosse quella diretta a tutelare quest'ultimo dal

⁽⁹²⁾ In tal senso G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 16 ss., spec. 19: l'Autore osserva come, nell'ambito della disciplina del pegno manuale, una funzione dello spossessamento finalizzata a rendere “conoscibile la reale situazione patrimoniale del debitore per gli altri suoi creditori, così da metterli sull'avviso che quel dato bene è soggetto a vincolo di garanzia” fosse “del tutto sconosciuta alla esperienza giuridica francese del tempo e al legislatore del *code civil*”, trattandosi invece “di un'idea molto posteriore”. Analogamente, cfr. P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, cit., 170 s.: “in questo periodo la previsione della *dépossession* del creditore pignoratizio non aveva la funzione di rendere nota ai terzi (in particolare, ai creditori chirografari del datore di pegno) la costituzione del vincolo, ma solo quella di tutelare il creditore pignoratizio dal deterioramento o dalla possibile sottrazione dei beni ricevuti in garanzia, in modo da assicurargli l'esercizio del diritto di prelazione”; ID., *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 112; S. GATTI, *Il credito su pegno*, 2^a ed., Milano, 2002, 173: “Nello stesso periodo lo spossessamento, [fu] introdotto negli ordinamenti continentali dal *code civil* francese e [fu] finalizzato inizialmente all'esclusiva tutela del creditore pignoratizio”; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 98: “di tutte le funzioni possibili, che possono essere assolve dallo spossessamento effettivo nella delineazione dell'istituto del pegno, dal legislatore francese venne prescelta, ed esplicitamente collegata al pegno manuale, la tutela del finanziatore”; V. OCCORSIO, *Finanziamento d'impresa e possesso in garanzia*, cit., 13 ss.

deterioramento o dalla possibile sottrazione dei beni ricevuti in garanzia, in modo tale, quindi, da assicurargli l'esercizio del diritto di prelazione; in altri termini, il "trasferimento del possesso del bene costituiva [...] lo strumento per assicurare al creditore il mantenimento del valore della garanzia"⁽⁹³⁾.

Con ciò, tuttavia, non si vuole affermare che i codificatori del *Code Napoléon* ignorassero le (pur presenti) esigenze di protezione dei creditori chirografari: al contrario, invece, tali esigenze erano ben note, e venivano puntualmente soddisfatte, ma per il tramite di altri strumenti, di altre tecniche distinte dallo spossessamento, appositamente predisposte dal legislatore al fine di tutelare le ragioni dei creditori chirografari.

Così, a quest'ultimo riguardo, la funzione di evitare che, con l'approssimarsi dell'insolvenza, il debitore simulasse la costituzione di garanzie fittizie al solo scopo di sottrarre beni alla garanzia generica patrimoniale e così pregiudicare le ragioni dei suoi creditori, veniva affidata all'obbligo di redigere per iscritto l'atto costitutivo del pegno (art. 2074 *code civil*); o ancora, per quanto concerneva la necessità di ripristinare l'equilibrio dei rapporti tra creditore pignoratizio e creditori chirografari, alterati dalla costituzione del pegno e del correlativo diritto di prelazione riconosciuto al solo creditore pignoratizio, essa veniva soddisfatta riconoscendo ai creditori chirografari la possibilità di esercitare un'azione revocatoria, in modo tale da ristabilire quanto più possibile una situazione di *par condicio creditorum*⁽⁹⁴⁾.

Orbene, è opportuno precisare come il sistema dianzi descritto, che escludeva ogni associazione tra lo spossessamento e la tutela dei terzi, non fosse stato delineato in un contesto in cui il pegno veniva riservato alla garanzia di crediti concessi a privati cittadini, non esercenti alcuna attività economica: invero al tempo della codificazione napoleonica, sebbene l'esigenza di accedere al finanziamento esterno nell'esercizio dell'attività d'impresa non fosse avvertita nei termini e nelle proporzioni così come conosciute ai giorni nostri, è parimenti vero che operazioni

⁽⁹³⁾ P. PISCITELLO, *op. ult. cit.*, 112.

⁽⁹⁴⁾ P. PISCITELLO, *op. ult. loc. cit.*

di finanziamento garantite (mediante il pegno) da merci non costituivano un'ipotesi propriamente eccezionale: il contesto economico di riferimento, invece, era quello in cui il credito all'attività economica d'impresa era fenomeno comunque largamente diffuso.

Un contesto, dunque, non dissimile in termini generali da quello attuale: il pegno era (come oggi) una garanzia fondata sullo spossessamento, ma quest'ultimo era un *escamotage* a cui i codificatori avevano dovuto necessariamente fare ricorso per impedire che il debitore, liberamente disponendo dei mobili oppignorati, ponesse nel nulla la garanzia nel creditore pignoratizio: e ciò, o alienandoli a terzi, nel qual caso avrebbero scontato il peculiare regime di circolazione delle *res* mobili introdotto dal *Code Napoléon* (possesso vale titolo); o distruggendoli⁽⁹⁵⁾.

Ora, dal momento che la funzione dello spossessamento era preordinata all'esclusiva tutela del creditore pignoratizio, senza assolvere alcuna funzione di protezione dei terzi creditori chirografari, ampio spazio veniva poi concesso (su un piano applicativo) anche a quelle tecniche di spossessamento che cercavano di conciliare la disciplina del pegno con quelle esigenze di conservazione dei beni costituiti in pegno che già al tempo cominciavano ad avvertirsi, in modo tale da facilitare l'accesso al credito per il maggior numero di imprese: in tale prospettiva, dunque, frequente era il ricorso a situazioni di c.d. *mélange de la possession*, giustificate dall'esigenza che il debitore-imprenditore potesse continuare a conservare l'utilizzo dei beni oppignorati e a svolgere attività di lavorazione e trasformazione su questi ultimi⁽⁹⁶⁾.

La radicalizzazione dello spossessamento a strumento diretto a tutelare anche i

⁽⁹⁵⁾ G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., 17 s.: “[...] in realtà è proprio la tutela del finanziatore ad essere in primo piano. Solo il controllo effettivo del bene può garantire il creditore, in quanto, trattandosi di beni mobili, lasciarli nelle mani del debitore vuol dire esporsi al pericolo che essi vengano deteriorati, fatti sparire o comunque sottratti; inoltre solo grazie al possesso effettivo il creditore può evitare le aggressioni esecutive sul bene da parte dei terzi, e nello stesso tempo affermare il diritto di farsi pagare sulla cosa oggetto di pegno con privilegio e preferenza sugli altri creditori; infine solo il possesso attribuisce al creditore un diritto reale”.

⁽⁹⁶⁾ P. PISCITELLO, *op. ult. cit.*, 112.

terzi creditori al chirografo fu una novità a cui pervenne la dottrina francese quasi cinquant'anni dopo l'entrata in vigore del *Code Napoléon*: invero, a partire dalla seconda metà dell'ottocento la disciplina del pegno (pur non mutando nel dato normativo) subiva a livello interpretativo una profonda trasformazione, se non altro in relazione alle funzioni associate allo spossessamento⁽⁹⁷⁾.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo, infatti, distaccandosi progressivamente dal tradizionale intendimento, la dottrina d'oltralpe iniziò a porre l'accento sulla tutela dei creditori chirografari e sulla funzione di pubblicizzare il vincolo che doveva essere soddisfatta proprio dallo spossessamento⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ Lo evidenzia M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 180, nt. 17.

⁽⁹⁸⁾ Decisivo in tal senso fu il contributo dottrinale di R.T. TROPLONG, *Commentario dei privilegi e delle ipoteche*, I, (trad. it.), Napoli, 1858: l'Autore, infatti, pose le basi per quella linea interpretativa in ordine allo spossessamento che poi risulterà essere dominante tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, organizzando la *traditio* e il possesso nel pegno in relazione alle funzioni che egli assegna ad essi, e cioè: i) la tutela del creditore: "Essendo scopo del contratto di pignoramento di ritirare una data cosa nelle mani del debitore per porla in quelle del creditore a titolo di sicurezza, ne segue non essere il pegno veramente perfetto se non quando il debitore si è spossessato e, mercè una tradizione positiva o incontrastata, è rimesso al creditore il possesso della cosa" (*ivi*, 118); ii) il fondamento del privilegio: "Se il creditore non fosse investito del possesso non potrebbe presentarsi ai terzi come munito di quel privilegio che fa la forza del suo diritto. Gli mancherebbero difatti uno degli elementi del pegno, insiememente il diritto reale e il diritto di ritenzione che ne sono la conseguenza e che militano il primo contro i terzi, il secondo contro il debitore. Essendo imperfetto fra il creditore e il debitore, come non sarebbe il pegno a maggior ragione insufficiente rispetto ai terzi, i quali troverebbero la cosa nelle mani del debitore comune e avrebbero il diritto di impadronirsene?" (*ivi*, 119); iii) la tutela della garanzia generica e, dunque, dei terzi creditori del datore in garanzia: "A codesta ragione di diritto si aggiunge una ragione di credito privato che è pure un valore. E di fermo: il debitore con lo spossessarsi fa uscire la cosa dalle sue mani, e questo passaggio annuncia ai terzi i quali àn da trattare con lui che egli à perduta quella cosa. Or bene sta nel commercio che questo spostamento abbia una manifestazione, perocché esso mostra la misura del credito del debitore. Ma che sarebbe, se per avventura il pegno delle cose mobili potesse stipularsi senza tradizione? Quante frodi, quante dissimulazioni! Quante eccezioni pei terzi. Noi diciamo dunque due cose: essere necessario che il debitore si sposseda ostensibilmente, francamente, senza raggiri, senza le astute combinazioni che ingannano i terzi intorno al vero possessore della cosa" (*ivi*, 119). Sul punto cfr. anche G. PIEPOLI, *op. cit.*, 21 ss., che osserva: "[l]e ragioni sottostanti a questo mutamento di prospettiva vanno essenzialmente ricercate nel nuovo ruolo che il credito viene progressivamente a ricoprire all'interno dell'economia francese"; V. OCCORSIO, *Finanziamento d'impresa e possesso in garanzia*, cit., 13 ss.: l'Autore, in merito alla (sopravvenuta) associazione di una funzione pubblicitaria a tutela dei terzi allo spossessamento nel pegno, occorsa nella dottrina francese attorno alla seconda metà del XIX secolo, parla di "svolta" del Troplong.

Presupposto di siffatta conclusione stava nel convincimento che il diritto di prelazione del creditore pignoratizio, diversamente dai privilegi, non era correlato alla qualità del credito, ma aveva origine “in una convenzione tra le parti e pertanto, l'apprensione dei beni da parte del creditore costituiva lo strumento per consentire ai terzi potessero rendersi conto che l'oggetto costituito in pegno non faceva più parte dell'*actif libre* del debitore”⁽⁹⁹⁾.

Pertanto, inaugurata tale nuova prospettiva, l'inevitabile conseguenza fu quella di rigettare ogni forma di realizzazione dello spossessamento che non fosse dotata di un elevato grado di pubblicità, in modo tale da consentire a tutti coloro che entravano in rapporti con il debitore di poter immediatamente conoscere l'esistenza del vincolo di garanzia pignoratizia e del diritto di prelazione; il che, come ulteriore conseguenza, favorì la diffusione di un atteggiamento di forte disfavore avverso tutte quelle situazioni di *mélange de la possession*, giungendo fino a dubitare del fatto che, in tali casi, potesse sorgere un vero e proprio *ius prelationis*⁽¹⁰⁰⁾.

A conti fatti, è possibile affermare che fu proprio sulla scorta di tale ultimo mutato intendimento dottrinale in ordine alle funzioni associabili allo spossessamento, che, paradossalmente, proprio nel momento in cui iniziavano ad emergere da vasti settori della prassi commerciale tutta una serie di istanze dirette a chiedere un superamento, o quantomeno un affievolimento rispetto alla rigidità con cui veniva inteso ruolo del principio dello spossessamento nell'ambito del pegno non più compatibile con un'economia che si stava sempre più facendo dinamica, le reazioni che seguirono da parte del legislatore (transalpino prima e, come vedremo, italiano poi) e degli interpreti furono nel senso di arroccarsi ancor di più sulla imprescindibilità dello spossessamento, unico meccanismo in grado di pubblicizzare adeguatamente l'esistenza del vincolo pignoratizio ed evitare così l'affermazione di garanzie occulte⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ P. PISCITELLO, *op. ult. cit.*, 113.

⁽¹⁰⁰⁾ P. PISCITELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. G. PIEPOLI, *op. cit.*, 26 s.: “nel momento stesso in cui [...] il principio del *gage avec dépossession*

In definitiva, dunque, fu a partire dalla seconda metà dell'Ottocento che nel sistema francese si consolidò il binomio spossessamento-pubblicità, dando così luogo ad un'impostazione estremamente rigida e formalistica, volta ad escludere la legittimità di forme di spossessamento che non soddisfacessero un elevato grado di conoscenza circa l'esistenza del vincolo pignoratizio; il che – venendo al settore che in questo lavoro è di maggior interesse – si tradusse in un ostacolo difficilmente superabile in ordine all'impiego di beni aziendali in un'ottica di garanzia dei finanziamenti all'impresa.

L'esperienza della codificazione napoleonica maturata oltralpe non si arrestò entro i confini nazionali, ma ebbe un enorme impatto in tutta l'Europa continentale e, in particolar modo, in Italia, sia per ragioni geografiche, sia per ragioni politiche: è proprio in tale contesto, infatti, che il *Code Napoléon* trovò le condizioni ideali per un radicale attecchimento, e ciò grazie alla sua originalità e alla sua portata innovativa e rivoluzionaria.

La fortuna incontrata nel territorio italiano fu immediata e prorompente: dapprima grazie alla diretta applicazione che il *Code* ebbe nelle province poste sotto il governo napoleonico⁽¹⁰²⁾; successivamente alla restaurazione, per tutto il corso del

[...] si afferma nell'Europa continentale [...] come istituto centrale delle garanzie mobiliari, incomincia lentamente a prendere corpo un profondo movimento di revisione, che progressivamente pone in discussione in modo radicale la vigenza e l'operatività di questo stesso istituto. Nuove esigenze vengono infatti ad emergere nell'intero settore delle garanzie sul capitale dell'impresa, per il crescente ruolo che il momento finanziario viene ad assumere nella struttura economica degli Stati europei”.

⁽¹⁰²⁾ Sul punto, cfr. G. ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, 10: “La storia italiana del codice napoleonico è complessa. Il *Code* entra in vigore nei territori annessi alla Francia; per il Piemonte, la cui annessione decorre dall'11.9.1802, il Codice viene pubblicato il 20.3.1804; a Genova è pubblicato qualche mese dopo l'annessione, il 4.7.1805; a Parma il 23.9.1805; negli Stati della Chiesa, annessi il 17.2.1809, entra in vigore il 14.1.1812. Entra in vigore nei territori del Regno d'Italia e nei territori dei piccoli Stati creati da Napoleone per ragioni dinastiche o politiche: in Lombardia il 16.1.1806, a Venezia il 30.3.1806, a Lucca e Piombino il 21.4.1806, a Guastalla il 12.8.1806, nel modenese il 30.1.1806, nelle Marche e nelle Delegazioni il 2.4.1808; in Toscana il 1°.5.1808, prima come conseguenza dell'annessione alla Francia, e poi come fonte giuridica del Regno di Etruria; finalmente nel Regno di Napoli, il 26.12.1809. Restano fuori dall'estensione la Sardegna, ove si è rifugiato il re piemontese, e la Sicilia. Le fonti in qualche punto sono discordi, ma sostanzialmente questa è la mappa della presenza del

XIX secolo la portata seminale del *Code* non si esaurì, dal momento che dal suo modello “rampollarono” le prime codificazioni degli stati preunitari⁽¹⁰³⁾.

E, unitamente al dato normativo, una significativa influenza venne esercitata pure dall’elaborazione della dottrina francese: in particolare, per quel che qui ci riguarda, del convincimento che nell’ambito del pegno lo spossessamento assolvesse anche ad una funzione pubblicitaria.

Con l’unificazione legislativa che seguì alla formazione del Regno d’Italia, tra gli anni 1864-1865 si estese alle varie province annesse il codice sardo-piemontese del

Code nella penisola. È degno di nota il fatto che nel Regno di Napoli era già stata abolita la feudalità con la l. 2.8.1806, ed erano stati soppressi i fedecommissi con l. 15.3.1807. Ma, come si diceva, il Code sopravvive a Napoleone, non solo in Francia ma anche in Italia: a Genova ed a Lucca, nel testo originario; a Napoli, con qualche modifica, il 21.3.1819 il codice napoletano inaugura la schiera dei codici pre-unitari, tutti modellati sul Code. L’unica eccezione è il Lombardo-Veneto, ove entra in vigore la traduzione italiana dell’ABGB nel 1816, subito dopo la riacquisizione dei territori da parte degli austriaci”.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 49 ss.: “Fra questi, seguendo la medesima logica sistemica dei legislatori francesi dei legislatori francesi, il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, disciplinò il pegno, nel Libro III, *De’ differenti modi co’ quali si acquista la proprietà*, sotto il titolo XVIII, agli artt. 1941-1954, ripetendo in toto la trama degli articoli gemelli del Code. Il codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Gastalla del 1820, invece, sotto il titolo *De’ modi di assicurare le obbligazioni*, antepose la trattazione dell’anticresi (artt. 2090-2097) a quella del pegno (artt. 2098-2112). Ciononostante anche questo codice disciplinò il pegno alla stessa guisa del *gage*, ribadendo, fra l’altro, “il privilegio e la prelazione” del creditore sulla cosa mobile pignorata, l’essenzialità dello spossessamento e della formalità di scrittura e di registrazione, sia per l’opponibilità del pegno ai terzi che per la sua validità sui crediti. A ben vedere tuttavia, proprio a tale ultimo riguardo, l’art. 2101 del Codice parmense, scostandosi dall’archetipo francese, stabilì che qualora, fra le cose date in pegno, alcune non fossero risultate dichiarate secondo le formalità richieste dalla legge, l’omissione non avrebbe pregiudicato la validità dell’intero pegno, essendo valido il pegno relativo alla restante parte dei beni debitamente individuati. La norma segnò la distanza dal precedente rigore che aveva animato la giurisprudenza francese, testimoniato, ad esempio, dalla pronuncia della Corte reale di Parigi, dell’8 giugno 1809, che sancì l’invalidità di un intero contratto di pegno nel quale solo una parte delle cose date in garanzia risultava chiaramente identificabile, pur essendo questa la parte di maggior valore. Nel successivo Codice albertino del 1837, gli artt. 2124-2138 del Libro III, concordarono integralmente con le regole dettate dai codificatori di Napoleone, eccezion fatta per il primo comma dell’art. 2136. A differenza dell’art. 2082 del *Code*, che si apriva con la legittimazione del debitore a pretendere la restituzione del pegno in caso di abuso al creditore, la norma preunitaria tacque sul punto e stabilì che il debitore che il debitore non potesse «pretendere la restituzione del pegno, se non dopo intieramente pagato il capitale, gli interessi e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno». Si allontanò invece decisamente dall’orbita del diritto francese, il Codice civile generale austriaco del 1811, che entrò in vigore nel Regno Lombardo-Veneto dal 1° gennaio 1816”.

1842, anch'esso fedelmente ricalcato sul modello francese. Fu così che, sotto l'influenza transalpina, nell'Italia del XIX secolo seguì quasi integralmente anche la ricezione delle interpretazioni prevalenti della disciplina vigente sotto *code civil* in materia di pegno e di quella formatasi, in particolar modo, attorno al principio dello spossessamento nell'ambito dello schema configurativo del pegno: lo spossessamento, quindi, venne inteso anche dagli interpreti italiani come uno strumento diretto a soddisfare sia una funzione di tutela del creditore pignoratizio, sia – se non soprattutto – una funzione di pubblicità del vincolo a tutela dei terzi creditori chirografari.

CAPITOLO IV

RILEVANZA DELLO SPOSSESSAMENTO NELLO SCHEMA CONFIGURATIVO DEL PEGNO

SOMMARIO: SEZIONE I: 1. Prospettive di un pegno senza spossessamento. – 2. Il pegno nel sistema delle garanzie reali: precisazioni terminologiche. – 3. Il binomio consensualità-realtà e lo schema legale tipico del contratto di pegno: irrilevanza dello spossessamento ai fini del perfezionamento di un accordo giuridicamente vincolante. – 4. Costituzione del diritto di garanzia e opponibilità del titolo – 5. Le funzioni assolute dallo spossessamento: la consegna non è diretta a privare il costituente del godimento del bene vincolato – 6. Inessenzialità dello spossessamento in relazione alla struttura del pegno e funzione di esteriorizzazione del rapporto in vista dell’opponibilità della garanzia ai terzi. – 7. Spossessamento e diritto di prelazione. – 8. Effetti ulteriori attribuiti allo spossessamento: inessenzialità ai fini della qualificazione della funzione pignorizia. – SEZIONE II: 9. Il pegno su merci in lavorazione: dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 all’art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122. – 10. Il pegno su titoli e strumenti finanziari dematerializzati. – 11. Il “nuovo” pegno mobiliare non possessorio. – 12. Osservazioni conclusive: i pegni senza spossessamento quali variazioni anomale del pegno tradizionale.

SEZIONE I

LE FUNZIONI ASSOLTE DALLO SPOSSESSAMENTO NELL’AMBITO DEL PEGNO

1. *Prospettive di un pegno senza spossessamento.*

Esaurite le considerazioni di carattere storico-comparatistico riguardo all’evoluzione della garanzia pignorizia⁽¹⁰⁴⁾, occorre ora riprendere le fila del discorso circa l’opportunità di attuare il superamento del principio dello spossessamento nell’ambito delle garanzie mobiliari là dove era stato interrotto: in precedenza⁽¹⁰⁵⁾, infatti, si è avuto modo di illustrare i diversi tentativi condotti dall’autonomia privata diretti ad aggirare la rigidità del sistema interno delle garanzie reali e, in particolar modo, lo spossessamento nell’ambito della disciplina del pegno,

⁽¹⁰⁴⁾ V. *retro*, Cap. III.

⁽¹⁰⁵⁾ V. *retro*, Cap. II.

al fine ultimo di pervenire alla costruzione di una garanzia mobiliare non possessoria.

I risultati a cui si è approdati, tuttavia, hanno escluso che l'autonomia negoziale possa, di sua sola iniziativa, vincere la portata di principi cardine del nostro ordinamento giuridico, quali la *par condicio creditorum*, il numero chiuso dei diritti reali e il divieto del patto commissorio: allo stato attuale, pertanto, non pare possibile prescindere dall'intervento del legislatore, l'unico effettivamente capace di predisporre adeguati modelli di garanzie mobiliari non possessorie in grado di imporsi quali valide alternative al pegno codicistico.

Ciò posto, a differenza di altri ordinamenti giuridici, che pur condividono con il nostro una comune matrice romanistica⁽¹⁰⁶⁾, in Italia lo sviluppo e l'affermazione del pegno senza spossessamento (o non possessorio) è stato, perlomeno fino al recente passato, fenomeno del tutto sconosciuto al nostro sistema; e ciò seppur la dottrina avesse da diverso tempo denunciato l'arretratezza dell'impianto codicistico rispetto alle moderne esigenze economiche⁽¹⁰⁷⁾.

A una tale situazione di stagnazione normativa, poi, si è altresì accompagnata una certa intransigenza nell'approccio tradizionale alla materia pignoratizia da parte degli interpreti, i quali hanno fornito numerose argomentazioni a giustificazione di una ricostruzione assai restrittiva della disciplina del pegno: una ricostruzione, questa, in cui lo spossessamento è stato individuato come connotato essenziale e insostituibile per la qualificazione dell'istituto: è infatti assai risalente il convincimento secondo cui lo spossessamento del debitore si atteggi sia ad elemento costitutivo del contratto di pegno, sia ad elemento indispensabile per il sorgere del rapporto di garanzia consentendogli di conseguire e dispiegare

⁽¹⁰⁶⁾ V. *retro*, Cap. I, § 5, spec. nt. 51 e 52.

⁽¹⁰⁷⁾ V. *retro*, Cap. I, § 4 e s. Osserva R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, 122, con riferimento a diversi settori merceologici: "la vetustà dello spossessamento era già stata avvertita all'indomani del 1942, quando in seno al I Convegno internazionale del credito del 1953 e nella Relazione delle Associazioni italiana ed internazionale dei pubblici Istituti di credito su pegno del 1961, si era registrato il frequente ricorso ad operazioni bancarie come quella di anticipazione garantita dal pegno a domicilio".

pienamente i suoi effetti⁽¹⁰⁸⁾.

In epoca più recente, invece, seppur limitatamente a determinati settori commerciali e finanziari più o meno circoscritti, il legislatore ha progressivamente rotto la posizione di inerzia: invero, la disciplina del pegno ha subito negli ultimi trent'anni una profonda evoluzione e gli interventi legislativi e giurisprudenziali, sollecitati da una dottrina attenta alle istanze di rimeditazione degli istituti provenienti dalla realtà economico sociale, hanno delineato una pluralità di modelli legali di garanzia, ai quali si ricollegano altrettanti statuti normativi, e favorito l'ingresso, anche nel nostro ordinamento giuridico, di almeno tre modelli di pegno senza spossessamento, che – come facilmente intuibile dalla sola definizione – derogano al requisito della consegna: il pegno sui prosciutti a denominazione di origine controllata, disciplinato dalla l. 24 luglio 1985, n. 401, la cui normativa è stata successivamente estesa al pegno sui prodotti lattiero-caseari dalla l. 27 marzo 2001, n. 122; il pegno su titoli dematerializzati e su strumenti finanziari dematerializzati, inizialmente disciplinato dal d.lgs. 58/1998, poi dal d.lgs. 213/1998, dalle relative deliberazioni attuative della Banca d'Italia e della CONSOB e dai decreti ministeriali 31 luglio 1998 e 27 novembre 1998 per la regolamentazione dei titoli di stato; fino ad arrivare, da ultimo, al pegno mobiliare non possessorio, disciplinato all'art. 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59 («*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*»), decreto successivamente convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119.

Tutte le fattispecie appena menzionate, pur nella loro diversità di ambito applicativo e di meccanismi operativi, condividono un medesimo profilo: diversamente che dalla disciplina codicistica, esse non richiedono ai fini del sorgere del diritto di garanzia la consegna del bene che ne costituisce oggetto. Viceversa, il vincolo pignoratorio viene a crearsi per il tramite di tecniche alternative, consistenti ora nella marchiatura, ora nell'annotazione, ora, infine, nell'iscrizione⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto, cfr. M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, 164 ss. Sull'impatto negativo che lo spossessamento produce sul mercato del credito, si rimanda alle ampie considerazioni di cui *retro*, Cap. I, § 4 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con l. n. 119 del 2016. Aspettando il*

Pare assistersi, dunque, alla svalutazione del principio dello spossessamento a mero espediente tecnico e, contestualmente, alla sua progressiva sostituzione con procedure e strumenti diversi; il che, in buona sostanza, rappresenta il segno più evidente di una maturata consapevolezza da parte del legislatore della necessità di adeguare il tradizionale istituto civilistico alle (mutate) esigenze affermatesi nella prassi più recente.

Orbene, alla luce delle predette novità legislative e dei loro profili evolutivi rispetto all'istituto pignoratizio tradizionalmente inteso, due sono gli aspetti strettamente collegati che meritano un attento approfondimento: la rilevanza assunta dallo spossessamento nell'ambito dello schema configurativo del pegno, e così valutare se esso sia preordinato ad essere requisito strutturale indispensabile nella costruzione della garanzia; e, parallelamente, se ed entro quali limiti sia possibile armonizzare le ipotesi legislativamente nominate dei pegni senza spossessamento con la disciplina del pegno codicistico.

L'indagine che ci si prospetta innanzi, tuttavia, richiede anzitutto un preliminare chiarimento, consistente nel precisare a cosa esattamente ci si intende riferire nell'utilizzare il termine *spossessamento*.

A ben vedere, infatti, lo spossessamento è destinato ad assumere una duplice valenza: da un punto di vista materiale, esso si identifica con la *traditio*, ossia con la consegna materiale della *res* da parte del costituente a favore del creditore pignoratizio o di un terzo eletto di comune accordo dalle parti; da un punto di vista funzionale, lo spossessamento è invece da intendersi come l'effetto (o meglio, gli effetti) che le parti del rapporto pignoratizio intendono perseguire mediante la consegna della *res*: in quest'ultimo caso, quindi, si assiste ad una scissione tra i concetti di consegna materiale e di finalità perseguite attraverso lo spossessamento, rispetto alle quali, la prima è destinata ad acquistare un ruolo meramente accessorio.

registro informatizzato dei pegni non possessori, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2 s.: "Il dato immediatamente ricavabile dalla disciplina delle figure non codicistiche di pegno introdotte già nel 1984 (pegno sui prosciutti) e nel 2001 (pegno sui prodotti lattiero caseari) è la perdita di centralità dello spossessamento, sostituito, nella legislazione speciale, da meccanismi idonei ad evitare immobilizzazioni antieconomiche dei beni, ovvero (è il caso del pegno su strumenti finanziari dematerializzati) a conciliare l'opponibilità della garanzia con l'assenza di fisicità della *res*".

In tal prospettiva, nonostante spossessamento e consegna siano spesso tra loro usati come sinonimi, esprimendo concetti sovrapponibili, essi vengono invece a rappresentare due facce della stessa medaglia, due momenti separati e complementari, distinguibili sia su un piano logico, sia su un piano strettamente giuridico: in tal senso, quindi, lo spossessamento viene ad assumere il significato di sottrazione delle cose alla disponibilità giuridica del debitore, mentre la consegna viene ad assumere quello di *traditio rei*, ovvero, in altri termini, quello di passaggio materiale della *res corporales*, da un soggetto (debitore o terzo costituente) ad un altro (creditore)⁽¹¹⁰⁾.

Ma allora – ed è quel che si tenterà di spiegare nel prosieguo del discorso – se si guarda allo spossessamento esclusivamente in un’ottica relativa all’effetto a cui questo è normativamente preordinato, non sarà possibile non convenire sul fatto che la consegna materiale del bene gravato non risulta essenziale per l’esplicarsi della funzione di garanzia, rispetto alla quale, invece, rappresenta soltanto (anche avendo riguardo alla natura dei beni che costituiscono l’oggetto della garanzia) la forma più immediata attraverso cui il legislatore ha voluto dare concreta attuazione all’effettività della predetta funzione.

Solo ponendosi in tale prospettiva, quindi, sarà possibile affermare che nella struttura formale del rapporto pignoratorio, la consegna sia stata incaricata esclusivamente di svolgere un ruolo meramente strumentale, quale materiale atto necessario e prodromico alla realizzazione della funzione di garanzia: aprendosi in tal modo spazi interpretativi sufficientemente adeguati ad ammettere la sostituibilità – seppur per sola via legislativa – dello spossessamento, inteso come *traditio*, con tecniche differenti, capaci tuttavia di assicurare alle parti del rapporto i medesimi effetti a cui è preordinato lo spossessamento stesso⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 75 ss. (già in *Il Fallimento*, 2002): l’Autore evidenzia la distinzione tra consegna materiale e spossessamento, rispetto al quale la prima è prodromica e strumentale; analogamente, cfr. S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 690. Sul punto v. *infra*, § 3.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto, cfr. E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, 150, ove si osserva che qualora si potesse realizzare gli effetti dello spossessamento mediante

Ciò posto, tuttavia, la possibilità di ammettere nell'ordinamento interno surrogati dello spossessamento che si armonizzano pienamente con il requisito della consegna richiesta all'art. 2786 c.c. passa necessariamente da un ulteriore accertamento, concernente, appunto, l'individuazione delle funzioni esattamente assolte dallo spossessamento.

L'obiettivo che ci si prefissa nel presente capitolo, pertanto, consiste anzitutto nell'indagare la rilevanza ricoperta dallo spossessamento nello schema legale tipico del pegno nonché gli effetti che le parti intendono perseguire tramite lo stesso, per poi valutare la compatibilità dei pegni senza spossessamento occorsi in sede di legislazione speciale con l'art. 2786 c.c. e, in generale, con la disciplina codicistica dell'istituto; da ultimo, poi, verificare altresì la possibile configurabilità in via generale di un pegno senza spossessamento, destinato ad operare al di là delle ipotesi legislative espressamente contemplate.

2. Il pegno nel sistema delle garanzie reali: precisazioni terminologiche.

Una prima caratteristica che contraddistingue il pegno rispetto ad altri istituti di diritto privato, questa è certamente la sua capacità di dividere gli interpreti già ad un primo livello meramente semantico: con il termine «*pegno*», infatti, il legislatore ha voluto intendere “il generico diritto di garanzia, il diritto del creditore pignoratorio, il bene che ne costituisce l'oggetto, il contratto che ne rappresenta la fonte”⁽¹¹²⁾.

strumenti tecnici differenti dalla *traditio rei*, quest'ultima verrebbe a rivestire “un ruolo necessariamente subalterno nella descrizione e definizione dello schema configurativo dell'operazione negoziale”.

⁽¹¹²⁾ Così E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 89 (già in *Digesto (disc. priv.)*, XIII, Torino, 1995); analogamente ID., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 91. Il rilievo è assai diffuso in dottrina: cfr. A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965, 773, che afferma: “la parola [pegno *n.d.a.*] viene poi usata volta a volta a disegnare la garanzia, l'oggetto di tale garanzia e il contratto che ad essa dà vita”; F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1991, 1. Sulle ambiguità circa la nozione di pegno riscontrabili nel codice civile, cfr. altresì S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., 682.

Una diretta conferma dell'ambiguità del termine pegno è possibile riscontrarla già ad una prima lettura approssimativa del codice civile, nel momento in cui si presti attenzione alle diverse accezioni con cui il legislatore utilizza il predetto termine per riferirsi, di volta in volta, a concetti e situazioni tra loro profondamente diverse: così, a titolo esemplificativo, in tema di divieto del patto commissorio, l'art. 2744 c.c. nel sancire: «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore», il termine pegno viene utilizzato al fine di indicare il diritto del creditore pignoratizio. Diversamente in tema di titoli di credito, l'art. 1998, comma 3, c.c., ove stabilisce: «Nel pegno di titoli di credito la garanzia non si estende ai premi e alle altre utilità aleatorie prodotte dal titolo», il termine pegno viene utilizzato per indicare il diritto reale di garanzia. Ancora, laddove l'art. 1263, comma 2, c.c., dettato in materia di cessione del credito, afferma: «Il cedente non può trasferire al cessionario, senza il consenso del costituente, il possesso della cosa ricevuta in pegno; in caso di dissenso, il cedente rimane custode del pegno» è chiaro come il legislatore abbia inteso riferirsi con il termine pegno al bene vincolato; infine, nello statuire: «Quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa», l'art. 2787, comma 3 utilizza il termine pegno per riferirsi all'operazione negoziale funzionale all'acquisto della garanzia, e cioè al contratto di pegno⁽¹¹³⁾.

(113) Sull'ammissibilità di un pegno costituito mediante atto unilaterale *inter vivos* la dottrina prevalente si è espressa in termini positivi: muovendo dall'identità funzionale tra pegno e ipoteca e "dal[la] reciproca integrabilità delle discipline dettate per i diversi tipi di garanzia" (F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 1; cfr. la Relazione al Codice Civile n. 1134, ove espressamente si parla di "profonda analogia" tra il pegno "e l'altra tipica garanzia reale che è l'ipoteca") è possibile sostenere come, proprio in ragione di tale unità, le norme dettate dal legislatore in materia di ipoteca siano applicabili anche al pegno: il che, pertanto, porterebbe a concludere per l'ammissibilità della costituzione del pegno per atto unilaterale in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 2821 c.c. che ammette la concessione di ipoteca mediante dichiarazione unilaterale (E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 96; F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 1 e 7; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 4^a ed., Bologna-Roma, 1992, 53 s.; *contra* D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1956, 238, il quale ritiene che l'art. 2821 c.c. sia norma eccezionale rispetto alla regola generale sancita all'art. 1987 c.c., secondo cui la promessa unilaterale non produce effetti se non nei casi previsti dalla legge, pertanto insuscettibile di applicazione analogica).

Ad ogni modo, senza con ciò mettere in discussione quanto precedentemente affermato circa la polisemanticità che il termine pegno assume all'interno del nostro sistema giuridico, è altrettanto evidente come i codificatori del 1942 abbiano comunque inteso accordare una posizione di preferenza alla prima delle suindicate accezioni: e cioè quella di pegno quale diritto reale di garanzia.

Ad una siffatta conclusione è possibile pervenire per svariate ragioni: sia avendo riguardo alla collocazione sistematica scelta dal legislatore per la disciplina dell'istituto del pegno nel nuovo codice civile, sia operando un raffronto tra l'attuale disciplina e quella contenuta nel previgente codice civile. E allora, già in *prima facie* non potrà sfuggire come laddove i codificatori del 1865 scelsero di collocare la disciplina del pegno civile (a suo tempo tenuto distinto dal pegno commerciale, regolato agli artt. 454-660 c. comm.) al Libro III, Titolo XIX, artt. 1878-1890 c.c., ossia nel libro dedicato ai contratti, il legislatore del 1942, ha invece effettuato una scelta completamente differente, collocando l'istituto del pegno (non più distinto tra pegno civile e pegno commerciale) al Libro VI, Titolo III, artt. 2784 e ss. c.c., ossia nel libro dedicato alla tutela dei diritti⁽¹¹⁴⁾.

Con tale scelta ponendo maggiormente l'accento, è evidente, sulla natura di diritto di garanzia del pegno, rispetto a quella di contratto costitutivo il medesimo diritto.

Ebbene, le suindicate precisazioni a livello terminologico risulteranno essere indispensabili al fine di valutare l'esatta portata degli artt. 2786 e 2787 c.c., dedicati rispettivamente alla costituzione del pegno su cose mobili e alla prelazione del

Maggiormente discussa è invece la possibilità di costituire un pegno mediante atto *mortis causa*: tuttavia la prevalente dottrina, sempre muovendo dall'applicazione analogica dell'art. 2821 c.c., perviene ad una soluzione negativa, dal momento che il secondo comma della medesima disposizione espressamente prevede che l'ipoteca non può essere costituita mediante testamento, ma al tempo stesso ammette una disposizione testamentaria che obblighi l'erede a concedere il pegno, poiché in quest'ultima ipotesi il titolo d'acquisto del pegno non sarebbe il testamento, bensì dall'atto di concessione dell'erede (v. su tutti G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 54; analogamente cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, 239, il quale conclude per l'ammissibilità di una disposizione testamentaria che imponga all'erede di concedere la garanzia pignoratizia, ma esclude l'applicazione analogica dell'art. 2821 c.c.).

⁽¹¹⁴⁾ La circostanza assume una particolare rilevanza ai fini dell'individuazione dell'esatta natura del contratto di pegno: sul punto v. *infra*, § 3.

creditore pignoratorio; e, in ultimo, consentiranno l'individuazione di una precisa chiave di lettura al fine di valutare quale sia la reale rilevanza e l'effettivo valore da attribuire allo spossessamento nell'ambito delle vicende costitutive del pegno.

3. *Il binomio consensualità-realtà e lo schema legale tipico del contratto di pegno: irrilevanza dello spossessamento ai fini del perfezionamento di un accordo giuridicamente vincolante.*

Esaurite tutte le premesse riguardanti il carattere polisensu del termine «*pegno*», occorre ora focalizzare l'attenzione sul profilo che in questa sede è di maggior interesse, e cioè sul ruolo assunto da un punto di vista giuridico dallo spossessamento del costituente – da intendersi come *traditio* del bene gravato, dal debitore al creditore, ovvero a un terzo eletto di comune accordo dalle parti – e sulla sua pretesa essenzialità ai fini della riconoscibilità dello schema legale tipico del pegno.

A quest'ultimo proposito, una prima problematica che emerge in relazione al principio dello spossessamento, consiste proprio nella rilevanza che quest'ultimo assume in relazione al perfezionarsi del negozio costitutivo della garanzia pignoratoria: la natura del contratto di pegno, infatti, da tempo viene contesa dalle opposte categorie della realtà e della consensualità, e costituisce un primo, delicato aspetto su cui occorre prendere posizione, anche in considerazione della diversità di soluzioni pratiche che sottendono all'impostazione privilegiata.

Ora, sul piano dispositivo, la discussione attorno alla natura del contratto di pegno – perlomeno per quanto concerne l'ipotesi di pegno avente ad oggetto *res mobili* – trova il suo punto di riferimento nella previsione dell'art. 2786 c.c., il quale, al primo comma, stabilisce: «*Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa*».

Già dalla semplice lettura del disposto normativo si evince una certa contraddittorietà del legislatore che, da una parte, stabilisce che la costituzione della

garanzia pignorizia richiede la consegna della *res* (o del documento) al creditore, dall'altra, invece, parla di «*esclusiva disponibilità*». A ben vedere, infatti, disponibilità giuridica e spossessamento derivante dalla consegna sono concetti tra loro profondamente distinti: la prima, infatti, è un concetto giuridico, indicante la possibilità di disporre sul piano giuridico del bene; il secondo, viceversa, è elemento meramente fattuale, che descrive la privazione del possesso (*rectius* della disponibilità materiale)⁽¹¹⁵⁾ della cosa in capo al costituente⁽¹¹⁶⁾.

Al fine di meglio comprendere la suesposta distinzione, può essere utile volgere per un attimo lo sguardo al dettato normativo dell'art. 492 c.p.c., il quale disciplina il contenuto dell'atto di pignoramento: la norma in parola, infatti, prevede, tra l'altro, che l'atto di pignoramento debba contenere l'ingiunzione fatta dall'ufficiale giudiziario al debitore pignorato di astenersi dal compimento di un qualsiasi atto che possa in un qualche modo pregiudicare la garanzia del creditore pignorante. In quest'ultimo caso, dunque, viene senz'altro a prodursi l'effetto dell'indisponibilità (giuridica) del bene pignorato in capo al debitore, ma non già quello dello spossessamento materiale.

Ebbene, tali le premesse, tocca constatare che proprio l'apparente contraddittorietà dell'art. 2786 c.c. sta alla base dell'annoso problema circa la natura del contratto di pegno⁽¹¹⁷⁾.

Muovendo dal dato letterale della norma, la dottrina, da tempo, si è spaccata su due fronti contrapposti. Secondo un primo orientamento, definito tradizionale, il pegno costituisce null'altro che una tipica ipotesi di contratto reale: nel senso, quindi, che lo spossessamento del costituente e la consequenziale apprensione della *res* da parte del creditore (o di un terzo) rappresenta un elemento indispensabile non soltanto affinché il rapporto di garanzia dispieghi appieno i suoi effetti, ma altresì

⁽¹¹⁵⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 192, rileva l'improprietà del termine spossessamento, in quanto il costituente non perde il possesso della cosa consegnata al creditore, rispetto alla quale conserva la legittimazione ad esperire i mezzi di tutela possessoria, ma solo – appunto – la sua materiale disponibilità.

⁽¹¹⁶⁾ Sul punto v. anche le considerazioni svolte *retro*, § 1, spec. nt. 1.

⁽¹¹⁷⁾ Sul punto, cfr. R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018, 36.

affinché il contratto, da cui tale rapporto scaturisce, possa considerarsi effettivamente perfezionato e concluso, poiché, a quest'ultimo riguardo, è di per sé insufficiente il semplice consenso dei paciscenti⁽¹¹⁸⁾.

Accogliendo tale impostazione, pertanto, la consegna del bene vincolato al creditore pignoratizio rappresenta “un elemento costitutivo del contratto di pegno, senza del quale questo contratto non è ancora completo, non è ancora perfetto”⁽¹¹⁹⁾; e, sempre ponendosi in tale prospettiva, il semplice momento dello spossessamento del debitore, fatta salva la peculiare ipotesi in cui il bene venga consegnato a un terzo individuato dalle parti, non sarebbe di per sé sufficiente ai fini della costituzione della garanzia, dal momento che in tale ipotesi lo spossessamento realizzerebbe la sola funzione di tutela dei terzi tramite una (pretesa) pubblicità di fatto, ma non anche quella di tutela del creditore che si verrebbe a realizzare soltanto “con il momento dell'impossessamento del creditore”⁽¹²⁰⁾. E, in definitiva, la natura

⁽¹¹⁸⁾ Su tutti, v. D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 216 ss., spec. 218: il contratto di pegno è un contratto reale che si perfeziona “colla trasmissione del possesso della cosa pignorata al creditore, vale a dire colla sottoposizione della cosa al potere del creditore”; in senso analogo, cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1959, 89 ss. e 104 s.; V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*, Torino, 1965, 335 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali: appunti delle lezioni*, Milano, 1975, 66 s.; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI- U. NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 243. Cfr. altresì S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., 693, il quale scrive: “a meno che non si voglia contestare globalmente la categoria dei contratti reali, la costruzione del contratto di pegno come reale, nei termini tradizionalmente accolti, rimane sempre la più persuasiva”. Anche C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 184, ritenendo il contratto di pegno un contratto reale, pone l'accento sul fatto che “la tradizionale concezione del pegno come contratto reale rispecchia il significato pratico di un'operazione che si intende normalmente conclusa solo quando la cosa è consegnata al creditore. La consegna è quindi un momento della formazione del contratto e non una prestazione alla quale il costituente è obbligato”. In giurisprudenza, il pegno è stato espressamente inteso quale contratto reale: v. Cass. 24 giugno 1995, n. 7158, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2633; Trib. Milano 12 aprile 1965, in *Tem*, 1966, 135.

⁽¹¹⁹⁾ D. RUBINO, *op. cit.*, 217.

⁽¹²⁰⁾ D. RUBINO, *op. loc. cit.*; ma *contra* M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 459, il quale ritiene sufficiente ai fini della costituzione del pegno lo spossessamento del debitore e non il successivo impossessamento del creditore, il che troverebbe conferma nel secondo comma dell'art. 2786 c.c., il quale, appunto, si occupa della costituzione del pegno mediante consegna del bene gravato a un terzo eletto di comune accordo dalle parti (nello stesso senso, cfr. anche G. OPPO, *Recensione a Rubino, la responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino, 1943, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 105; E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 75). Peraltro la discussione rischia di essere fuorviante, dal momento che sovrappone due profili che, viceversa, debbono essere tenuti ben distinti e cioè quelli di titolo costitutivo e

reale del contratto comporterebbe altresì il fatto che la consegna della *res* debba essere effettiva, di talché precludere al debitore-costituente ogni possibilità di disporre del bene gravato⁽¹²¹⁾.

Sul fronte opposto, invece, si è progressivamente affermato un diverso orientamento, definito consensualistico, il quale attribuisce al contratto di pegno una diversa natura consensuale: secondo tale ricostruzione, infatti, un accordo giuridicamente vincolante ben può scaturire direttamente dal semplice consenso delle parti, del tutto prescindendo dall'effettiva *traditio* della *res*⁽¹²²⁾. Quest'ultima tesi, pertanto, tende a svalutare l'elemento della realtà, che è insito nello spossessamento, a mero fatto accessorio rispetto alla complessa fattispecie negoziale pignoratizia, il cui momento costitutivo sarebbe rappresentato non già dalla consegna del bene gravato, bensì dal raggiungimento dell'accordo tra le parti: in altri termini, ammettendo la figura consensuale del contratto di pegno la consegna delle cose degraderebbe dal momento perfezionativo alla fase dell'esecuzione⁽¹²³⁾.

Così posti i termini del problema, si impongono alcune dirimenti considerazioni: come già precedentemente esposto, la discussione relativa al significato che può oggi rivestire la ricostruzione tradizionale del pegno quale contratto reale e, in generale, l'esatta collocazione dogmatica del contratto di pegno, deve necessariamente prendere le mosse dal disposto normativo dell'art. 2786 c.c., il quale ricollega la costituzione del pegno su bene mobile alla consegna della cosa – ovvero del documento – che ne conferisce l'esclusiva disponibilità al creditore.

In altri termini, per porsi in una corretta prospettiva rispetto al problema della natura del contratto di pegno, resta indispensabile la comprensione dell'effettiva portata semantica da attribuire all'art. 2786: solo in questo modo, infatti, sarà possibile rinvenire argomentazioni convincenti per propendere verso l'una o l'altra soluzione.

costituzione della garanzia: sul punto, più in dettaglio, v. *infra*. Sulle funzioni pubblicitarie assolute dallo spossessamento nell'ambito della funzione di garanzia del pegno, v. *infra*, § 4 e ss.

⁽¹²¹⁾ D. RUBINO, *op. cit.*, 218.

⁽¹²²⁾ Su tutti, v. F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 2; ID., *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, 2ª ed., RESCIGNO (diretto da), Torino, 1997, 631 ss.; v. *infra*, nt. 129.

⁽¹²³⁾ In tal senso cfr. M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004, 179, nt. 14.

Tuttavia, l'individuazione del corretto significato del precetto normativo appena ricordato resta tutt'altro che agevole, stante proprio il carattere polisenso del termine pegno (aspetto, quest'ultimo, che più volte in precedenza già si è messo in evidenza: v. *retro*.§ 2): a tal riguardo, infatti, si anticipa che solamente accogliendo il presupposto secondo cui il termine «*pegno*» – art. 2786, primo comma, c.c. – stia ad indicare il diritto di garanzia, e non invece il contratto da cui esso deriva, è possibile rinvenire uno spazio interpretativo sufficientemente adeguato per escludere che la consegna della *res* costituisca un elemento essenziale per la conclusione del contratto di pegno, e concludere, invece, che essa sia necessaria solamente per il sorgere del relativo diritto di garanzia.

Diversamente, invece, laddove si propenda per attribuire alla parola «*pegno*» – art. 2786, primo comma, c.c. – il significato di contratto di garanzia reale, l'interpretazione letterale della norma porterebbe inevitabilmente a ritenere che la consegna del bene destinato al soddisfacimento del credito sia requisito irrinunciabile per la conclusione di un accordo giuridicamente vincolante.

Orbene, nel momento in cui ci si accosti con occhio sufficientemente critico all'orientamento classico, che intende il contratto di pegno quale contratto reale, è possibile inferire come quest'ultimo poggi le proprie fondamenta anzitutto su conclusioni a cui, molto tempo addietro, già era approdata la dottrina formatasi sotto il previgente codice Pisanelli⁽¹²⁴⁾: la tesi che afferma la natura reale del contratto costitutivo di pegno, infatti, muove anzitutto dall'interpretazione letterale data all'art. 1878, c.c. abr., secondo il quale: «*Il pegno è un contratto col quale il creditore dà al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito, da restituirsi in natura dopo l'estinzione del medesimo*». Ed è proprio muovendo dalla definizione del contratto di pegno offerta dai codificatori del 1865, nonché dalla presenza nella lettera della disposizione in parola del verbo “dare” – da intendere nel senso di consegna della *res* mobile – che la dottrina del secolo scorso recepì la formulazione del legislatore nel senso che senza la consegna della cosa oppignorata contratto non v'era e che quindi nessun

⁽¹²⁴⁾ D'altra parte, già si è detto come l'apparato interno delle garanzie reali, e la relativa disciplina, si siano posti in un'ideale linea di continuità rispetto al passato e alle precedenti esperienze giuridiche; v. *retro*, Cap. II, § 1.

vincolo potesse effettivamente sorgere tra le parti coinvolte nell'operazione negoziale⁽¹²⁵⁾.

Il tenore letterale della norma veniva dunque ritenuto, secondo un'opinione assolutamente condivisa, fattore di per sé solo sufficiente a fondare la natura reale del contratto di pegno; e sebbene già all'epoca più di una voce si levò contro le suesposte conclusioni, soprattutto in giurisprudenza⁽¹²⁶⁾, era comunque dato riscontrare sul punto una visione dottrinale sostanzialmente uniforme. In altri termini, si riteneva assolutamente pacifico che per la valida costituzione del titolo costitutivo del diritto di pegno, fosse necessario, anche con riferimento ai rapporti *inter partes*, un atto materiale ulteriore e differente rispetto alla semplice manifestazione del consenso.

È sulla scia delle conclusioni già raggiunte dalla dottrina formatasi sotto la previgente codificazione che, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice civile del 1942, la maggior parte degli interpreti continuò a ritenere la consegna della *res* elemento essenziale e irrinunciabile non soltanto per il sorgere del diritto di garanzia, ma anche per il perfezionarsi del relativo contratto: nel senso, cioè, che senza la *traditio* lo schema contrattuale avrebbe dovuto considerarsi incompleto⁽¹²⁷⁾.

Ora, non ci si può esimere dal domandarsi se tale orientamento sia pienamente

⁽¹²⁵⁾ In tal senso, v. E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, cit., 149 ss. Per indicazioni bibliografiche sugli Autori che, sotto la vigenza del primo codice civile unitario, affermarono la natura reale del contratto di pegno in ragione della lettera dell'art. 1878 c.c. del 1865, v. E. GABRIELLI, voce *Pegno*, cit., 96, nt. 35. Le conclusioni raggiunte dalla dottrina formatasi sotto la vigenza dell'art. 1878 c.c. abr., tuttavia, non sono unanimemente condivise: decisamente *contra* P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 11 s., il quale osserva come la natura reale del contratto non troverebbe fondamento neppure nella tradizione; in tal senso, infatti, deporrebbe il fatto che l'utilizzo della parola «*di*» all'art. 1878 del codice Pisanelli “non costituiva certo un ostacolo letterale alla configurazione di un pegno consensuale, paragonabile al termine «*consegna*» contenuto nella definizione degli altri contratti reali”.

⁽¹²⁶⁾ Come ricorda E. GABRIELLI, *op. ult. loc. cit.* (ma v. altresì ID., *Il pegno anomalo*, cit., 90) fu infatti la giurisprudenza di merito e di legittimità formatasi sotto la vigenza del codice del 1865 a chiarire come la consegna della cosa fosse necessaria soltanto di fronte ai terzi, mentre l'accordo vincolava debitore e creditore a prescindere dall'effettiva consegna; in tal senso, l'Autore richiama i precedenti: Cass. Torino 27 ottobre 1897, in *Monitore dei Tribunali*, 1898, 124; Cass. Torino 15 novembre 1900, *ivi*, 1901, 116.

⁽¹²⁷⁾ Per approfondite considerazioni sul punto, cfr. S. GATTI, *Il credito su pegno*, 2^a ed., Milano, 2002, 177 s.

fondato, oppure, all'opposto, se esso possa essere in un qualche modo confutabile e, in caso di risposta affermativa, in quali termini e con quali argomentazioni.

Al fine di inquadrare la questione nei termini corretti, occorre per il mentre rimandare l'analisi del disposto normativo dell'art. 2786 c.c. ad un momento successivo, per rilevare *in primis* come già sotto la vigenza del codice Pisanelli fosse possibile riscontrare tutta una serie di dati sistematici ed ermeneutici sufficienti a negare la fondatezza di quell'orientamento che pretendeva la natura reale del contratto di pegno.

Ma procediamo con ordine: la configurabilità, già in epoca antecedentemente l'entrata in vigore del codice civile del 1942, di un rapporto di pegno pienamente efficace *inter partes*, che prescindesse dalla *traditio* e ancorché non opponibile ai terzi, trovava infatti una chiara conferma nel disposto normativo dell'art. 1882 c.c. abr., secondo cui: «*In ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso pegno è stato consegnato, ed è rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti*»; come è stato autorevolmente osservato, infatti, nel momento in cui discorreva di privilegio – inteso come *ius prelationis* – insussistente se non a partire da un momento successivo alla *traditio*, il legislatore non aveva in alcun modo inteso escludere, ma, all'opposto, confermare – seppur indirettamente – la possibilità di dar vita ad un contratto consensuale di garanzia pignoratizia pienamente efficace tra di loro, senza *traditio*, seppur fonte di un rapporto non opponibile *erga omnes*⁽¹²⁸⁾.

L'ulteriore e decisivo passo avanti verso il completo superamento della realtà del contratto costitutivo del pegno, quest'ultima da considerarsi un vero e proprio “errore di prospettiva”, si ebbe grazie all'attenta operazione ermeneutica – portata avanti dalla dottrina sempre sotto la vigenza del codice Pisanelli – tesa a tracciare nell'ambito della struttura formale della fattispecie pignoratizia una netta scissione tra titolo per la costituzione della garanzia (che, peraltro, non necessariamente deve assumere la forma contrattuale) da una parte, e costituzione del diritto pegno, dall'altra⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ In quest'ultimo senso v. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 12; per analoghe considerazioni, cfr. anche E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 91, nt. 107.

⁽¹²⁹⁾ In tal senso si v., su tutti, G. GORLA, *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935, 328 s.:

Ebbene, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice civile, quest'ultima intuizione trovava definitiva conferma: sia in ragione di un raffronto tra la disciplina del pegno e la disciplina dell'ipoteca, ove – rispetto a quest'ultima – è possibile rinvenire la medesima distinzione nella struttura formale della fattispecie⁽¹³⁰⁾; sia avendo riguardo alla formulazione del nuovo art. 2786 c.c., che detta la disciplina in ordine alla costituzione del pegno⁽¹³¹⁾.

È pur vero che quest'ultima disposizione, nella parte in cui statuisce: «*Il pegno si costituisce con la consegna [...] della cosa*», ben potrebbe portare a concludere che la

l'Autore osserva come la pretesa realtà del contratto di pegno sia frutto, appunto, di un'errata prospettiva in cui si è voluto porre l'interprete, poiché la consegna della *res* al creditore o al terzo può apparire elemento costitutivo della fattispecie negoziale soltanto ove la vicenda venga guardata dal punto di vista delle obbligazioni che nascono in capo al creditore pignoratizio; ma non, invece, laddove la stessa venga osservata sotto il profilo dell'oggetto del contratto, ossia della costituzione del rapporto di pegno: in quest'ultimo caso, infatti, la *traditio* appare come elemento costitutivo del rapporto stesso, e non del titolo. Dopo la codificazione del 1942, l'Autore ha riproposto la propria concezione in forma più elaborata: cfr. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 42 ss., spec. 57, e 166 ss. La distinzione tra titolo costitutivo e costituzione del diritto di pegno trova oggi ampio consenso in dottrina: cfr. E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 90; F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 52, nt. 72; T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, Milano, 2010, 102, nt. 100.

⁽¹³⁰⁾ Così E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, cit., 149 s. Già si è detto in precedenza dell'identità funzionale della profonda analogia che intercorre tra pegno e ipoteca: v. *retro*, § 2, nt. 2.

⁽¹³¹⁾ Così E. GABRIELLI, voce *Pegno*, cit., 97; cfr. anche F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 51 s., nt. 72. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 55 ss. Tuttavia, *contra*, cfr. U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 66: l'Autore evidenzia come seppur l'operazione interpretativa tesa a scindere il momento del perfezionamento del titolo costitutivo, dal momento in cui il diritto di pegno sorge, al fine di sostenere la consensualità del primo, trovi conferma nel diritto romano [in tal senso, Ugo Natoli richiama l'Autore latino Ulpiano (I.D. XIII, 7)], per contro è parimenti indubbio che tale distinzione sia venuta meno nella successiva tradizione, e non che non sia in alcun modo rinvenibile né nelle prime codificazioni dei paesi di matrice romanistica, né tantomeno – venendo al contesto interno – nel codice previgente del 1865 o in quello successivo del '42, con i quali quale il legislatore non ha certo voluto reintrodurla nell'ordinamento interno. I codificatori, infatti, soltanto apparentemente avrebbero posto l'accento sul momento costitutivo del diritto reale, e ciò sarebbe accaduto unicamente perché si sono voluti evidenziare «*il profilo funzionale dell'istituto e la profonda analogia con l'altra tipica garanzia reale che è l'ipoteca*» (Relazione al Codice Civile n. 1134), lasciando impregiudicato quello della convenzione costitutiva, per la quale dovrebbero trovare applicazione le norme generali sui contratti integrate sulla base dell'art. 2786 c.c. Dal che – conclude l'Autore – se ne inferisce che il negozio costitutivo del pegno, per essere effettivamente concluso, “non può che essere perfezionat[o] dalla consegna. La quale, quindi, assume anche questa volta la tipica funzione di elemento essenziale del contratto” (*ivi*, 68); in senso analogo L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, cit., 614.

traditio – spossessamento – debba considerarsi elemento essenziale ai fini della configurabilità della fattispecie negoziale di garanzia; cionondimeno, in senso decisamente contrario ad una siffatta ricostruzione depongono diversi fattori, che non possono essere ignorati dall'interprete.

Un primo è di carattere concettuale, nel senso che la questione relativa al ruolo da assegnare alla consegna della *res* nell'ambito della formazione della fattispecie negoziale del pegno non può non risentire di una tendenza generalizzata tesa a mettere in discussione la categoria stessa del contratto reale, stante la vigenza nel nostro ordinamento del principio consensualistico espresso all'art. 1376 c.c.⁽¹³²⁾. A tal riguardo, il dibattito che ha animato la dottrina può essere sintetizzato in due distinte posizioni: una prima tesi, tradizionale che, pur nella diversità delle varie formulazioni, vede nella *traditio* l'elemento caratterizzante del procedimento formativo della sequenza negoziale⁽¹³³⁾; una seconda tesi, detta consensualistica, che, svalutando il valore e il ruolo della consegna in virtù della riconosciuta efficacia dell'accordo – ritenuto di per sé solo già vincolante per i paciscenti – assegna alla stessa consegna una funzione meramente esecutiva di un'obbligazione derivante *ex contractu*⁽¹³⁴⁾.

Non è certamente possibile condurre in questa sede approfondite considerazioni sulla complessa questione sopra menzionata: sia comunque sufficiente rilevare come, nell'attuale panorama dottrinale, già da tempo si sia levata più di una voce volta a ridimensionare l'effettiva portata della categoria dei contratti reali: accanto a tentativi diretti addirittura a negare validità alla nozione stessa di

⁽¹³²⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 85, evidenzia come il problema della categoria dei contratti reali “si dispiega su uno spettro ricco e variegato di profili”, tra i quali spiccano: un primo profilo logico e sistematico, dinnanzi all'inapplicabilità della regola di autonomia per i contratti per cui ai fini della loro efficacia è richiesta anche la *traditio*; e un secondo profilo storico, attinente alla valutazione dell'attualità e della vigenza della categoria, a fronte del fatto che l'esigenza della consegna della *res* per la conclusione del contratto risponde a logiche arcaiche, del tutto estranee a “valutazioni di economia del diritto degli scambi e delle attività di impresa”.

⁽¹³³⁾ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2002, 158. Sulle diverse configurazioni che verrebbe ad assumere la consegna, v. E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 86, nt. 84 e gli Autori *ivi* citati.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. G. TAMBURRINO, voce *Comodato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 995.

contratto reale⁽¹³⁵⁾, se ne sono affermati altri, meno radicali, ma comunque diretti a intendere quelle disciplinanti il contratto reale come norme “essenzialmente dispositive”⁽¹³⁶⁾.

Ad ogni modo, a prescindere dai persistenti dubbi sulla categoria dei contratti reali, quel che certamente non pare possa essere messo in discussione è il fatto che, da una parte, il tema dei contratti reali sia strettamente legato a quello della *tipicità*⁽¹³⁷⁾; e che, conseguentemente, la consegna della *res* nei vari schemi negoziali varia a seconda della funzione che il singolo *tipo* contrattuale vuole perseguire: non può negarsi, infatti, che nel pegno la consegna svolga un ruolo del tutto differente rispetto ad altri tipici contratti reali (come il comodato, il deposito, il mutuo, etc.), laddove permette la realizzazione degli interessi dell'*accipiens*. Ne deriva, pertanto, che la realtà o non di un determinato *tipo* contrattuale non dev'essere affermata sulla base di teorie astratte, bensì in relazione alla concreta funzione che la stessa svolge nel contesto dell'operazione negoziale⁽¹³⁸⁾.

Occorre quindi recuperare la distinzione precedentemente tracciata tra consegna materiale della *res* e spossessamento inteso come effetto perseguito dalle parti volto a sottrarre al costituente-debitore la disponibilità materiale del bene vincolato⁽¹³⁹⁾.

Quale dunque il valore da attribuire nello schema configurativo del pegno alla consegna del bene vincolato? Per rispondere all'interrogativo occorre anzitutto

⁽¹³⁵⁾ Cfr. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 326 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 59: per l'Autore la categoria dei contratti reali “probabilmente non ha ragione di esistere”.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. L. RICCA, *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974, 86, nt. 82. Sul punto cfr. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 57, spec. nt. 28, ove vengono efficacemente sintetizzate tutte le menzionate posizioni dottrinali in tema di rilevanza della categoria dei contratti reali.

⁽¹³⁷⁾ Sul punto, nonché in generale sul concetto di tipicità del contratto, si v. E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1999, 1 ss.

⁽¹³⁸⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 88 s.: “Occorre quindi valutare, non in astratto, ma con riguardo al singolo tipo, il ruolo svolto dalla consegna per la produzione degli effetti che le parti hanno voluto realizzare facendo ricorso a quel determinato tipo contrattuale”; sul punto, cfr. altresì F. MASTROPAOLO-P. DE VECCHIS-E.M. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda. I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006, 1222.

⁽¹³⁹⁾ V. *retro*, § 1.

individuare l'esigenza che la consegna è preordinata a soddisfare, e che andrebbe ricercata nel "rendere immediatamente operante per il destinatario e sicura anche di fronte ai terzi (togliendo al *tradens* la materiale possibilità di dare al bene una destinazione diversa) una situazione, a creare la quale sarebbe sufficiente il solo consenso a' sensi dell'art. 1376"⁽¹⁴⁰⁾. In tale prospettiva, quindi, la *traditio* non è fine a sé stessa, ma rappresenta lo strumento meramente accessorio che permette di realizzare una diversa situazione finale: lo spossessamento, inteso come l'impossibilità per il costituente di compiere atti dispositivi sulla *res* oggetto della garanzia⁽¹⁴¹⁾.

Sicché, qualora tale ultimo effetto – indisponibilità materiale della *res* in capo al debitore – sia possibile realizzarlo con strumenti diversi rispetto alla *traditio*, "a quest'ultima non potrebbe che riservarsi un ruolo subalterno nella descrizione dello schema configurativo dell'operazione negoziale"⁽¹⁴²⁾.

Vi è poi un secondo profilo, di carattere sistematico, che mi pare possa considerarsi altrettanto, se non maggiormente, determinante per escludere la natura reale del contratto di pegno: mi riferisco alla collocazione sistematica che viene riservata alla materia pignoratoria nell'attuale codice civile.

La scelta dei codificatori del 1942 – in un'ottica di discontinuità rispetto al codice Pisanelli – è stata quella di collocare la disciplina del pegno al di fuori del libro dedicato ai contratti (Libro IV), ma all'interno del libro dedicato alla tutela dei diritti (Libro VI). Scelta, quest'ultima, non casuale e non priva di conseguenze pratiche, ma rispondente ad una logica ben precisa: ossia, da una parte, privilegiare un angolo di visuale nella costruzione della disciplina del pegno in termini di diritto di garanzia piuttosto che di contratto o, in generale, di titolo costitutivo; e, dall'altra, eliminare alla radice ogni potenziale dubbio circa la configurabilità di un negozio

⁽¹⁴⁰⁾ U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 83.

⁽¹⁴¹⁾ E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., 76; ID., voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit. 97: "Nello schema del contratto di pegno [...] la consegna non sembra, infatti, rappresentare un elemento essenziale e costitutivo della fattispecie, ma soltanto l'atto materiale prodromico ad una successiva fase della vicenda negoziale, rivestita di un significato più incisivo nell'iter procedimentale che conduce ad attuare in concreto la garanzia del creditore: lo spossessamento del debitore".

⁽¹⁴²⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 93. Sul punto, v. *infra*, § 6 e ss.

costitutivo della garanzia pignoratizia distinto e alternativo rispetto al tradizionale schema contrattuale⁽¹⁴³⁾.

Muovendo da tali considerazioni, ne deriva come evidente – e difficilmente contestabile – conseguenza che il legislatore, nel momento in cui all’art. 2786 c.c. utilizza “sia il termine «pegno», quanto quello «costituzione»”, abbia chiaramente inteso alludere “al diritto e non al patto di pegno”⁽¹⁴⁴⁾.

Ponendosi in quest’ultima prospettiva – che ampio consenso ha ottenuto nella più recente dottrina⁽¹⁴⁵⁾ – l’intera vicenda costitutiva del pegno ne uscirebbe completamente trasfigurata: gettandosi così le basi per una ricostruzione dello schema negoziale del pegno in cui è possibile abbandonare definitivamente il

⁽¹⁴³⁾ Chiaramente in quest’ultimo senso v. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, cit., 57; l’Autrice osserva: “A confortare la lettura dell’art. 2786 c.c. nel senso della necessità della consegna soltanto ai fini della nascita del diritto di pegno, e non anche della conclusione del relativo contratto, può addursi la considerazione della collocazione sistematica riservata alla materia dal codice attuale, collocazione che [...] privilegia l’inquadramento del pegno in termini di diritto e non di contratto, come invece accadeva sotto il vigore del codice previgente”; analogamente, cfr. F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 1; analogamente E. GABRIELLI, *op. ult. loc. cit.*; A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 794; come sul punto v. *retro*, § 2, nt. 2. È appena il caso di evidenziare come già G. GORLA, *op. cit.*, 330, sotto la vigenza del codice del 1865, avesse comunque sottolineato come, a discapito della lettera dell’art. 1878 c.c. previgente, non fosse da escludere il fatto che la costituzione del pegno potesse avvenire in forma differente rispetto a quella contrattuale.

⁽¹⁴⁴⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 91, che esclude la consegna “dal novero degli elementi da ritenere essenziali per la riconoscibilità dello schema legale del contratto di pegno”. Nello stesso senso, R. SACCO, *Il contratto*, 4^a ed., SACCO-DE NOVA (a cura di), Torino, 2016, 704, nt. 3. Anche, T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell’impresa*, cit., 101 s., nt. 100, osserva come “[q]uando afferma che il pegno su beni mobili «si costituisce con la consegna al creditore», l’art. 2786 c.c. non parla di perfezionamento del contratto, bensì di costituzione del rapporto [che] ha come contenuto un vincolo e trova il proprio titolo in un negozio consensuale”.

⁽¹⁴⁵⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 55 ss., spec. 66 ss.; E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 96 s.; ID., *Garanzie e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 21 s. (già in *I contratti di garanzia finanziaria*, MATROPAOLO (a cura di), in *Trattato dei contratti* RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006); ID., *Il pegno anomalo*, 84 ss.; A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 794; M. LOBUONO, *Il pegno bancario*, in *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), CAPOBIANCO (a cura di), Padova, 2016, 1790 ss.; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 10 ss.; C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, 56 ss., spec. 57, nt. 29; F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 51; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1975, 721; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1975, 128; F. REALMONTE, cit., 652 ss.; S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 178.

requisito della realtà e che, diversamente, permette il pieno riconoscimento di un contratto consensuale di pegno, idoneo a produrre immediatamente effetti obbligatori *inter partes*⁽¹⁴⁶⁾.

Nell'optare per la configurabilità di un contratto consensuale di pegno, ciò comporterà che “dall'atto di concessione del pegno deriva pel creditore il diritto alla sua ricostruzione, mediante immissione forzata nel possesso di lui o del terzo eletto o nella custodia comune, se ciò è possibile”⁽¹⁴⁷⁾: in altri termini a seguito del perfezionamento del contratto di pegno, per il quale è sufficiente il semplice consenso, conseguirebbe in capo al creditore pignoratizio il diritto a pretendere la consegna del bene offerto in garanzia, con correlativo obbligo del costituente di effettuare la *traditio*⁽¹⁴⁸⁾.

In conclusione, i persistenti dubbi sulla categoria dei contratti reali, l'opportunità di valutare non in astratto, ma in concreto e con riguardo al singolo tipo contrattuale, il ruolo svolto dalla consegna ai fini della produzione degli effetti che le parti si sono programmate di realizzare mediante l'adozione di quel determinato schema contrattuale e, infine, la lettera dell'art. 2786 c.c. e il significato

⁽¹⁴⁶⁾ Preme evidenziare come in questa sede non si intenda aderire a quella parte della dottrina che, pur ammettendone la configurabilità, qualifica il contratto consensuale di pegno come una mera variante atipica del corrispondente contratto reale tipico delineato a livello codicistico: in quest'ultimo senso, cfr. P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 169, nt. 31; l'Autore richiama le considerazioni svolte da F. MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO (diretto da), Torino, 1999, 28 ss., per il quale le modalità formative del contratto sono rimesse all'autonomia privata, non sussistendo pertanto alcun ostacolo ad ammettere contratti atipici di contenuto uguale ai contratti reali in cui la consegna non attiene al momento formativo dell'atto. Invero, nel momento in cui ci si colloca nella prospettiva secondo cui la consegna richiamata all'art. 2786 c.c. nulla abbia a che vedere con il momento perfezionativo del contratto, bensì con quello successivo del sorgere del vincolo di garanzia, ne deriva che il contratto consensuale di pegno non rappresenti una variante atipica del corrispondente contratto reale tipico, bensì coincida con la medesima previsione codicistica.

⁽¹⁴⁷⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 56.

⁽¹⁴⁸⁾ Osserva R. SACCO, *Il contratto*, cit., 704 che il difetto della consegna risulta essere incompatibile con la nascita del diritto reale di pegno, ma non è di ostacolo alcuno alla conclusione di un valido contratto ad efficacia obbligatoria; secondo F. REALMONTE, *Il pegno*, cit., 653, la conseguenza più rilevante della distinzione tra titolo costitutivo e modo di costituzione è rappresentata dalla possibilità per il creditore, ove il datore in garanzia ometta di consegnare spontaneamente il bene vincolato, di poter ottenere l'eseguibilità forzata in forma specifica del contratto consensuale ai sensi dell'art. 605 c.p.c.

da attribuire al termine «*pegno*» in essa riportato, portano a concludere che nello schema del contratto di pegno – quanto meno quello di beni mobili – la consegna non sembri in alcun modo rappresentare un elemento essenziale e costitutivo della fattispecie, bensì soltanto l'atto materiale prodromico ad una successiva fase della vicenda negoziale, che conduce ad attuare in concreto la garanzia del creditore.

Senza discostarsi dall'esegesi del dato normativo – art. 2786, primo comma, c.c. – si può dunque pervenire al seguente risultato interpretativo: ciò che sorge con la consegna della cosa – e non prima – è soltanto il diritto reale di garanzia; ciò che vi è prima è soltanto il titolo per la costituzione del diritto pignoratorio, per il quale non è richiesto, in alcun modo, lo spossessamento.

In definitiva, nella sequenza conformativa dell'operazione negoziale intesa a garantire il creditore, la consegna rappresenta soltanto un momento meramente strumentale alla realizzazione della funzione di garanzia a cui il pegno è preordinato: con lo spossessamento, infatti, si consente la produzione di tutta una serie di effetti che costituiscono il contenuto del diritto reale di garanzia e, al tempo stesso, si realizza a favore del creditore pignoratorio quel rafforzamento circa le aspettative di realizzazione delle proprie pretese creditorie.

Pertanto, alla luce dei risultati raggiunti dalla dottrina in ordine al ruolo della *traditio*, è dato fin d'ora escluderla dal novero degli elementi da considerare essenziali per l'individuazione dello schema legale tipico del contratto di pegno.

4. Costituzione del diritto di garanzia e opponibilità del titolo.

L'interpretazione offerta al paragrafo precedente in ordine all'art. 2786 c.c., senza con ciò porsi in contrasto con la lettera della norma, ha permesso di pervenire a una ricostruzione favorevole alla natura consensuale del contratto di pegno. In altri termini, si è chiarito come nella prospettiva del perfezionamento del negozio costitutivo del pegno (titolo costitutivo, non necessariamente contrattuale), nessun ruolo venga assunto dalla consegna del bene vincolato e, quindi, dallo

spossessamento: ne deriva, conseguentemente, l'assoluta estraneità del contratto di garanzia rispetto alla categoria dei contratti reali.

Pertanto, se spossessamento – sempre inteso da un punto di vista fattuale, come materiale consegna della *res* – vi deve essere, quest'ultimo può al più venire ad assumere rilevanza esclusivamente nella successiva fase di acquisto del diritto di garanzia e, conseguentemente, della sua opponibilità ai terzi⁽¹⁴⁹⁾.

Ora, muovendo dalla distinzione precedentemente tracciata che intercorre tra negozio di garanzia e rapporto di pegno (ovvero, per utilizzare una terminologia ricorrente in dottrina, tra titolo costitutivo e costituzione del diritto reale di garanzia) e accertato che il negozio produce effetto *inter partes* grazie al solo consenso, la successiva questione che sorge è se il semplice accordo tra le parti sia di per sé solo sufficiente a consentire al creditore l'acquisto di un diritto reale di reale efficace *erga omnes*, e nel contenuto consistente: nello *ius prelationis*, nel diritto di espropriazione nei confronti del terzo acquirente, nel diritto di ritenzione, nel diritto di recupero del bene, nel diritto di soddisfarsi sui frutti e, infine, nella possibilità per il creditore di servirsi delle forme speciali di vendita *ex art. 2797 c.c.*

Occorre domandarsi, in altri termini, se l'ipotesi che un pegno costituito mediante un atto avente data certa e senza alcuno spossessamento sia da scartare a priori, in quanto inammissibile, ovvero si riveli compatibile con i dati normativi a nostra disposizione.

Chiare sono le implicazioni, sia teoriche che pratiche, a seconda che si propenda per una soluzione positiva o negativa alla questione sopra accennata: dal punto di vista dell'efficacia, infatti, a seconda dell'impostazione privilegiata, il contratto di pegno verrebbe a configurarsi quale contratto (consensuale) ad effetti reali, permettendo al creditore l'acquisto del diritto di pegno in virtù del solo accordo raggiunto con il costituente; ovvero quale contratto ad effetti obbligatori, imponendo al datore in garanzia la consegna della *res* in modo tale da consentire il

⁽¹⁴⁹⁾ V. *retro*, § 3, gli Autori richiamati in nt. 38, secondo i quali senza consegna v'è contratto ma non diritto di garanzia. Cfr. altresì R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 97, che afferma: “[p]ersa la capacità di incidere sul perfezionamento del contratto, l'essenzialità della consegna è emersa dunque rispetto al solo diritto”.

completamento della fattispecie e l'acquisto a favore del creditore del diritto reale di garanzia.

Orbene, l'idea che, alla luce della disciplina codicistica, sia ammissibile la legittimità *de iure condito* di un pegno senza spossessamento è stata coltivata da una parte – seppur minoritaria – della dottrina, secondo cui, ancorché in assenza di *traditio*, sarebbe comunque possibile costituire un vincolo pignoratizio opponibile ai terzi, ma non il diritto di prelazione⁽¹⁵⁰⁾. Proprio sotto quest'ultimo profilo, d'altra parte, l'art. 2787 c.c. non lascia alcuno spazio a dubbi interpretativi: dopo aver precisato al primo comma che il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno e puntualizzato al terzo comma: «*Quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa*», al secondo comma viene stabilito: «*La prelazione non si può far valere se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti*». Se ne inferisce, pertanto, che affinché il creditore possa vantare il diritto di farsi pagare con preferenza sul ricavato ottenuto dalla vendita coattiva della cosa offerta in pegno, necessariamente dovranno già essersi verificate entrambe le circostanze, e cioè: lo spossessamento (ovvero l'attuale disponibilità materiale del bene oppignorato) e la scrittura avente data certa da cui risulti il rapporto di garanzia.

Centrale, ai fini della tesi dottrinale in esame, diviene allora il concetto di “scissione fra prelazione ed altri effetti del pegno”⁽¹⁵¹⁾: secondo siffatta

⁽¹⁵⁰⁾ La tesi favorevole alla configurabilità di un pegno senza spossessamento compatibile con la disciplina codicistica è stata elaborata per la prima volta da L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 121 e ss., spec. 127 ss.: l'Autore, sulla base dei dati normativi analizzati, afferma: “Al di fuori della categoria dei beni registrati è però ammissibile, già secondo il vigente ordinamento [...] la costituzione di un vincolo di garanzia reale senza spossessamento; solo che, da un lato in tale ipotesi il vincolo non avrà effetto di prelazione, ma solo di garanzia e dall'altro l'opponibilità di questa ai terzi sarà condizionata alla sussistenza di determinati requisiti”. Anche T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., 102, nt. 100, afferma: “È vero che i privati non possono piegare i requisiti formali previsti dalla legge per la produzione di determinati effetti alle ragioni di economia individuale, ma è vero anche che la possibilità di prescindere dallo spossessamento sembra consentita dalla lettura dei dati normativi”.

⁽¹⁵¹⁾ L. BARBIERA, *op. cit.*, 128. Cfr. E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 94 s.: “Nella struttura formale del pegno è dunque possibile scindere il piano della garanzia da quello della

ricostruzione, dunque, la garanzia esisterebbe a prescindere dalla prelazione, poiché quest'ultima “non identifica il contenuto primario del diritto, ma ne indica solo un profilo di disciplina, consequenziale, alla costruzione della riserva e necessario per il conseguimento, con preferenza rispetto ad altri soggetti, dell'utilità cui la stessa riserva è preordinata”⁽¹⁵²⁾.

Ma procediamo con ordine.

Non momento in cui ci si ponga in tale ultima prospettiva, è possibile coerentemente ritenere che per effetto del solo accordo – purché, ove il credito garantito ecceda la somma di Euro 2,58, risulti da scrittura avente data certa e contenente una sufficiente indicazione del credito garantito e della cosa offerta in garanzia – il creditore, pur rimanendo in difetto rispetto allo *ius prelationis*, acquisti la garanzia e con essa tutta una serie di poteri volti a tutelare i propri interessi, quali l'azione inibitoria, la legittimazione a chiedere l'adozione di provvedimenti conservativi, nonché il diritto di procedere alla vendita coattiva del bene gravato nel caso in cui venga a sussistere il rischio di deterioramento del bene; va poi aggiunto che, laddove lo spossessamento non sia stato escluso da un apposito patto, il creditore sarebbe comunque nella condizione di poterlo coattivamente conseguire in futuro, così acquistando, seppur in un momento successivo all'acquisto del diritto reale di garanzia, anche il diritto di prelazione.

A sostegno di una siffatta ricostruzione, si afferma, deporrebbero anzitutto i dati normativi offerti a livello codicistico: il già richiamato art. 2787, secondo comma e l'art. 2914, primo comma, n. 4, c.c., applicabile al pegno per analogia⁽¹⁵³⁾. Avendo riguardo alla prima delle citate disposizioni, laddove è previsto che la

prelazione, in quanto la garanzia attiene alla rilevanza interna dell'atto, cioè al rapporto sorto tra i soggetti dell'operazione contrattuale, la prelazione attiene, viceversa, alla rilevanza esterna, incidendo sul regime della circolazione del diritto: opponibilità del titolo, soluzione dei conflitti di interesse tra costituente, creditore garantito e terzi”; ID., *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 27: “La presenza dello spossessamento [...] costituisce, del resto, soltanto una condizione insostituibile per la produzione dell'effetto di prelazione e non per l'opponibilità del vincolo”.

⁽¹⁵²⁾ E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 93 s.

⁽¹⁵³⁾ Quest'ultima disposizione, dettata in materia di espropriazione, stabilisce che non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento, tra le altre, le alienazioni di beni mobili di cui non sia stato trasmesso il possesso anteriormente al pignoramento, salvo che risultino da atto avente data certa.

«*prelazione*» – e non, si sottolinea, il pegno o la garanzia, bensì esclusivamente la «*prelazione*» – non possa essere fatta valere «*se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti*», implicitamente si stabilisce che il pegno è già e rimane opponibile anche in mancanza dello spossessamento; sempre in tale ottica, prosegue la tesi in esame, occupandosi di una questione attinente alla prelazione, la norma presuppone – come visto in precedenza – l'esistenza di un documento avente data certa: ne consegue che l'opponibilità del vincolo di garanzia derivi, in questo caso, dall'atto munito di data certa⁽¹⁵⁴⁾; da cui, pertanto, si può ulteriormente evincere che la legge consideri la tecnica dello spossessamento e della data certa equivalenti ai fini dell'opponibilità del diritto di pegno – già acquistato per effetto del solo accordo tra le parti accordo – rispetto ai terzi e che pertanto “il pegno si costituisce con la consegna della cosa o con la redazione di un atto di data certa nel quale la cosa risulta identificata”⁽¹⁵⁵⁾.

Alla lettura sistematica delle disposizioni in parola, poi, la tesi dottrinale che vede nello spossessamento un requisito non essenziale ai fini della costituzione di un vincolo di garanzia opponibile *erga omnes*, aggiunge ulteriori argomentazioni, di carattere storico.

A quest'ultimo riguardo, si osserva, la mancata considerazione testuale del documento avente data certa quale possibile strumento di opponibilità del pegno – convinzione consolidata nella tradizione – sarebbe dovuta esclusivamente ad una mera considerazione pragmatica effettuata dal legislatore: infatti l'interpretazione originaria dell'art. 2704 c.c., in tema di data certa, vedeva affidata la certezza della data all'opera degli uffici abilitati a rilasciare certificazioni dotate di pubblica fede, gli unici in grado di offrire una sicurezza assimilabile a quella offerta dall'intervento di un notaio.

Nel tener conto dell'interpretazione che dominava il campo all'entrata in vigore del codice civile, allora, sarebbe possibile cogliere nelle disposizioni sul pegno la

⁽¹⁵⁴⁾ Afferma T. DI MARCELLO, *op. cit.*, 103, nt. 100, che “se si guarda alle regole enunciate dall'art. 2914 c.c. è chiaro [...] che l'opponibilità non può fondarsi sulla prova dello spossessamento poi venuto meno, ma deve trovare il proprio fondamento in un atto di data certa da cui risulti la costituzione del pegno”.

⁽¹⁵⁵⁾ T. DI MARCELLO, *op. loc. cit.*

risalente idea secondo cui, nella prassi, la redazione dell'atto di data certa avrebbe dovuto essere necessariamente contestuale allo spossessamento oppure a spossessamento già avvenuto, in modo che quest'ultimo potesse essere attestato dal notaio rogante: da qui, quindi, la convinzione che le norme in materia pignorizia furono state concepite nella logica per cui *prima* vi è lo spossessamento e solo *dopo* l'atto avente data certa, senza considerare in alcun modo l'ipotesi, pur ammissibile, di un pegno costituito esclusivamente mediante atto di data certa⁽¹⁵⁶⁾.

Riassumendo, dunque, all'esito di una puntuale analisi dei dati normativi, i sostenitori della tesi del pegno senza spossessamento muovono dalla scissione dello *ius prelationis* rispetto agli altri effetti conseguenti la costituzione della garanzia, per poi giungere alla conclusione che per il solo effetto di un accordo (purché scritto e avente una data certa) il creditore verrebbe ad acquistare un diritto di garanzia opponibile *erga omnes*.

Orbene, a siffatta ricostruzione si è tuttavia obiettato come la costituzione di un pegno senza spossessamento fondata sulla scissione tra costituzione del vincolo e nascita del diritto di prelazione, appaia *ictu oculi* in aperta contraddizione rispetto alla chiara previsione legislativa, nonché rispetto all'evoluzione stessa della disciplina dell'istituto pignorizio. Invero, non pare sussistano margini interpretativi sufficientemente significativi per affermare che la garanzia pignorizia possa costituirsi anche in assenza dello spossessamento del datore in garanzia: d'altra parte – affermano i detrattori della tesi del pegno senza spossessamento – il contenuto precettivo dell'art. 2786, primo comma, c.c., prevedendo che il pegno si costituisce con la «*consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa*», subordina incontrovertibilmente la costituzione del diritto all'effettivo spossessamento⁽¹⁵⁷⁾.

Né, si aggiunge, la rilevanza di tale circostanza può escludersi in virtù della previsione, introdotta per la prima volta nel codice civile del 1942, circa la possibilità di costituzione del pegno mediante concustodia, come previsto dall'art. 2786,

⁽¹⁵⁶⁾ T. DI MARCELLO, *op. cit.*, 102 s., nt. 100.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., 704.

secondo comma, c.c.⁽¹⁵⁸⁾. Quest'ultima previsione normativa, infatti, non comporta in alcun modo l'eliminazione del ruolo dello spossessamento, bensì solo un ridimensionamento dei requisiti della consegna; la situazione di concustodia dà così luogo esclusivamente ad una forma di spossessamento attenuato⁽¹⁵⁹⁾: se in precedenza per la costruzione del pegno era necessario l'impossessamento del creditore pignoratizio o del terzo, ora appare sufficiente la creazione di una situazione in cui datore in garanzia non possa più disporre autonomamente del bene⁽¹⁶⁰⁾.

Ora, al di là degli elementi testuali offerti dagli artt. 2786 e 2787 c.c., che pur rivestono una fondamentale rilevanza nell'economia del discorso, mi pare che la questione circa la configurabilità *de iure condito* di un pegno senza spossessamento opponibile *erga omnes*, seppur in assenza dello *ius prelationis*, non possa che essere affrontata muovendo dall'analisi della funzione di garanzia e da come quest'ultima venga ad essere concretamente realizzata e conservata nell'ambito della disciplina del pegno .

Sicché, anche recuperando le considerazioni già svolte in precedenza⁽¹⁶¹⁾, è possibile anzitutto sostenere senza tema di smentita che la nozione di garanzia in senso tecnico sia strettamente correlata alla sua capacità di assicurare al creditore nuove e ulteriori possibilità di realizzazione del suo diritto: in altre parole, è garanzia ciò che attua un rafforzamento della posizione del creditore, in una prospettiva di soddisfacimento dei suoi interessi.

Ciò posto, una volta precisato che lo spossessamento non rileva in sé e per sé,

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 91: "La previsione del compossesso delle parti del pegno rappresenta una novità assoluta in quanto sconosciuta sia all'art. 1882 del Codice civile del 1865 che dell'art. 456 del Codice del commercio del 1882".

⁽¹⁵⁹⁾ In tal senso, chiara è la Relazione al Codice Civile n. 1134, in cui si afferma che "in tema di pegno di beni mobili si consente, allo scopo di offrire al costituente un mezzo efficace di cautela contro gli abusi del creditore pignoratizio, che la cosa o il documento che ne conferisce la disponibilità (si attenua, ma non si elimina, il requisito dello spossessamento) siano posti in custodia del creditore e del costituente, in modo che il primo non possa disporre senza la cooperazione del secondo".

⁽¹⁶⁰⁾ È questa la posizione di P. PISCITELLO, *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento*, cit., 168 ss.

⁽¹⁶¹⁾ V. *retro*, Cap. I., § 2.

ma soltanto in quanto strumentale alla realizzazione della funzione di garanzia, quel che allora rimane da valutare è come, nell'ambito della disciplina pignorizia, venga ad attuarsi un siffatto rafforzamento.

Ebbene, proprio a quest'ultimo riguardo, si osserva come la tutela preferenziale accordata ai crediti assistiti da pegno si manifesti in due modi: anzitutto con la protezione dell'interesse del creditore alla conservazione del potere di aggressione sul bene oggetto del diritto a fronte di atti dispositivi eventualmente posti in essere dal titolare sul bene (art. 1153 c.c.), protezione che configura la garanzia in senso tecnico; in secondo luogo, con la priorità nella soddisfazione dei creditori privilegiati sul ricavato della vendita in sede esecutiva del bene oggetto di pegno, priorità che, invece, rappresenta la prelazione in senso tecnico⁽¹⁶²⁾.

Alla luce di queste ultime considerazioni, quindi, tocca constatare come susciti non poche perplessità quell'orientamento che, da un lato, esalta l'effetto di conservazione del vincolo che si verifica durante la fase fisiologica del rapporto e, di contro, svaluta il rafforzamento che si attua nella fase esecutiva dello stesso rapporto, per il tramite dello *ius prelationis* accordato al creditore pignorizio.

E ciò poiché “nel pegno non sembra possibile scindere i due profili, concernenti l'uno la conservazione della destinazione del bene, in sé idonea a salvaguardare l'interesse del creditore, l'altro il rafforzamento dell'azione esecutiva in vista del soddisfacimento effettivo del creditore, in quanto pur potendosi e dovendosi distinguere, sono aspetti indissolubilmente collegati”⁽¹⁶³⁾.

Ne consegue, quindi, come a questo punto sia possibile cogliere con esattezza quella che è la funzione di garanzia assolta dal pegno, individuandola nella sintesi tra l'effetto di conservazione del vincolo (idoneo ad assicurare l'interesse del creditore al valore del credito garantito per tutta la durata dell'obbligazione) e l'effetto di rafforzamento dell'azione esecutiva (idoneo, nell'eventualità dell'aprirsi della fase esecutiva, a far ottenere al creditore la soddisfazione del suo credito con prelazione nei confronti degli altri creditori ed anche se sul bene impegnato siano stati costituiti diritti di terzi).

⁽¹⁶²⁾ Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 43 ss.

⁽¹⁶³⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 46.

Ed è solamente l'insieme di tali effetti che caratterizza l'istituto e che qualifica la funzione (di garanzia) del pegno “quale vincolo impresso su un bene in funzione conservativa, idoneo ad assicurare l'interesse del creditore al valore del credito e il suo più proficuo assoggettamento ad esecuzione forzata”⁽¹⁶⁴⁾.

È quindi possibile stendere un primo bilancio in ordine alla configurabilità di un pegno senza spossessamento: nel momento in cui si afferma che la tutela preferenziale accordata ai crediti assistiti da pegno si manifesta nella descritta duplice modalità, se ne inferisce che in assenza di *ius prelationis* (acquistato mediante lo spossessamento) non possa propriamente parlarsi di rapporto di pegno, poiché incompleta sarebbe la funzione di garanzia a cui quest'ultimo è ontologicamente preordinato⁽¹⁶⁵⁾.

Ciò posto, rimane ora da valutare un diverso problema, strettamente attinente a quello appena esposto: mi riferisco alla centralità che lo spossessamento riveste nell'ambito dello schema configurativo del pegno in quanto strumentale alla realizzazione della funzione di garanzia, al fine di verificare se esso possa essere sostituito (grazie al formante legislativo) da tecniche differenti, senza con ciò snaturare la struttura del pegno stesso.

Orbene, al fine di rispondere puntualmente al prospettato quesito, tuttavia, è indispensabile valutare quali siano concretamente le funzioni assolte dal principio dello spossessamento; operazione, questa, che sarà condotta ai paragrafi che seguono.

⁽¹⁶⁴⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 49.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1991, 67 s.: l'Autore, analizzando la tesi che ammette la configurabilità *de iure condito* del pegno senza spossessamento elaborata da Lelio Barbiera, osserva come quest'ultimo “di fronte a certe inequivocabili disposizioni (cfr., ad es., l'art. 2787, secondo comma) era costretto a distinguere fra garanzia e prelazione, e ad ammettere che quest'ultima non potesse operare, in presenza di una clausola che conservasse al debitore il possesso del bene” e che ciò, tuttavia, “equivaleva a ridurre di molto la funzionalità dell'istituto, che il legislatore considera, anzitutto, nella prospettiva del conflitto fra creditore pignoratizio ed altri creditori, come risulta già nel sistema di regole ed eccezioni delineato dall'art. 2741”.

5. Le funzioni assolute dallo spossessamento: la consegna non è diretta a privare il costituente del godimento del bene vincolato.

Giunti a questo punto del discorso, prima di focalizzarsi sul tema delle funzioni concretamente assolute dallo spossessamento non pare superfluo insistere nuovamente su due concetti già più volte ribaditi in quanto assolutamente centrali nell'economia del presente discorso: anzitutto, sul fatto che la finalità associata alle garanzie in senso specifico si traduce nell'attuazione di un rafforzamento della posizione creditoria⁽¹⁶⁶⁾; e, in secondo luogo, sul fatto che, per quanto concerne le garanzie reali – e, in particolar modo, il pegno – tale funzione venga inscindibilmente assoluta: da una parte, dalla possibilità per il creditore pignoratizio di essere preferito, rispetto a tutti gli altri creditori al chirografo, sul ricavato ottenuto dalla vendita in sede esecutiva del bene gravato (il c.d. *ius prelationis*); e, dall'altra, assicurando l'interesse del creditore a conservare quel potere di aggressione sul bene gravato di fronte alla volontà del debitore – titolare del bene – di porre in essere atti dispositivi capaci di vanificare la tutela del credito.

Da ciò, pertanto, se ne inferisce che, con riguardo alla garanzia pignoratizia, l'effettività della funzione tipica di rafforzamento del credito viene assicurata esclusivamente dal dato strutturale che rende opponibile tale garanzia ai terzi, siano essi terzi acquirenti del bene vincolato o, nell'ambito della procedura esecutiva, terzi creditori chirografari⁽¹⁶⁷⁾; e che, tradizionalmente, tale dato strutturale è stato colto nello spossessamento.

Orbene, occorre ora tornare sulla questione accennata in chiusura del precedente paragrafo e interrogarsi su quali siano le funzioni che, alla luce degli artt. 2786 e 2787 c.c., concretamente possono considerarsi essere assolute dallo spossessamento e, in generale, la centralità che quest'ultimo assume nell'ambito della disciplina del pegno.

⁽¹⁶⁶⁾ V. anche *retro*, Cap. I, § 2.

⁽¹⁶⁷⁾ Sulla differente rilevanza dello spossessamento ai fini ora dell'opponibilità del vincolo ai terzi, ora della produzione del solo effetto prelatizio v. *infra*. Sul punto, cfr. altresì le dettagliate considerazioni svolte da F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 49 s.

Operazione, questa, che consentirà di verificare se lo spossessamento possa considerarsi sostituibile con tecniche differenti, meno invasive e penalizzanti per il datore in garanzia, senza con ciò stravolgere lo schema configurativo del pegno. In altri termini, ci si chiede se lo spossessamento, così come opera nell'ambito della disciplina codicistica (specialmente con riguardo all'art. 2786 c.c.), sia elemento qualificante del diritto di pegno, ossia connotato essenziale e sufficiente per definire la funzione di garanzia assoluta dal pegno.

Ora, al fine di rispondere all'interrogativo posto, occorre anzitutto mettere un primo punto fermo: per scongiurare il rischio di compromettere una corretta impostazione dei termini del problema ed evitare di intraprendere percorsi interpretativi errati e fuorvianti⁽¹⁶⁸⁾, si precisa preliminarmente che allo spossessamento è (stata da sempre) completamente estranea qualsiasi funzione diretta a impedire il godimento del medesimo bene offerto in garanzia al proprietario-costituente.

Si tratta di un'affermazione tralatizia che ha incontrato – in passato, così come in epoca recente – ampio consenso in vastissimi settori della dottrina, e ciò in forza di una triplice argomentazione.

Una prima sta nel considerare che l'eventuale utilizzo del bene oppignorato da parte del proprietario-costituente (ovviamente con modalità compatibili alla situazione di spossessamento) non inficerebbe la realizzazione della funzione essenziale – benché non esclusiva – del pegno, e cioè quella – già ricordata – di consentire l'esecuzione privilegiata sul bene successivamente all'inadempimento del debitore, diritto di preferenza rispetto al quale il permanere dell'impossessamento del bene in capo al creditore (o al terzo) è strumentale alla sua conservazione⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ E ciò anche alla luce della ricostruzione occorsa al capitolo precedente circa le vicende storiche che hanno connotato l'istituto pignoratizio e l'alterna sensibilità che ha condotto gli interpreti nel considerare la consegna della *res* ai fini della costituzione della garanzia ora requisito irrinunciabile, ora semplice (ma non unica) modalità di costituzione della garanzia.

⁽¹⁶⁹⁾ Osserva A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 779: "Il legislatore non fa parola del divieto dell'uso da parte del proprietario: richiede unicamente che il bene sia posto e rimanga in *potere* del creditore o dell'altro soggetto [il che] non è certo incompatibile con un uso o godimento che trovi luogo senza che il bene venga sottratto al creditore" per concludere, quindi, "che il raggiungimento di tale scopo non richiede necessariamente che il proprietario si astenga da qualsiasi uso del bene".

Una seconda argomentazione, poi, muove dalla lettera dell'art. 2743 c.c., che, rubricato sotto la voce «*Diminuzione della garanzia*», sancisce: «*Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito*»; dall'analisi del dato testuale se ne può inferire che alla situazione di una diminuzione della garanzia (fattispecie a cui la legge ricollega tutta una serie di conseguenze giuridiche) sia completamente estranea l'ipotesi di un deterioramento del bene dato in pegno inidoneo a rendere il bene medesimo insufficiente alla sicurezza del credito garantito; all'opposto, quest'ultima ipotesi rimarrebbe del tutto priva di conseguenze giuridiche, poiché non è tale da integrare una diminuzione della garanzia propriamente detta.

Se ne ricava, quindi, che un deterioramento trascurabile della *res* vincolata ben può derivare anche dal consentire al suo proprietario, che tale *res* l'aveva precedentemente offerta in garanzia, di continuare ad utilizzarla: il che, in conclusione, dimostrerebbe anche sotto quest'ultimo punto di vista che lo spossessamento non sia diretto in alcun modo a sottrarre al datore in garanzia il godimento del bene, che ben può continuare a persistere nonostante la sussistenza del vincolo pignorativo⁽¹⁷⁰⁾.

Una terza argomentazione, infine, muove dalla natura del pegno, dalla sua appartenenza alla categoria dei diritti reali di garanzia⁽¹⁷¹⁾ e dalla contrapposizione

In senso analogo, cfr. D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 245.

⁽¹⁷⁰⁾ In tal senso A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 779; analogamente, C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, cit., 63.

⁽¹⁷¹⁾ Sull'appartenenza del pegno alla categoria dei diritti reali di garanzia, argomento particolarmente complesso ma che, esulando dai fini del presente lavoro, si dà per nozione acquisita, già si è detto in precedenza: v. *retro*, Cap. I. § 5, nt. 51. Ad ogni modo si ribadisce qui come per la realtà del diritto di pegno, così come la configurabilità della categoria dei diritti reali di garanzia, sia ampiamente riconosciuta in dottrina: cfr. E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 90; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 146 s.; S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., 684; F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, cit., 2; In giurisprudenza cfr. Cass. 27 aprile 1999, n. 4208, in *Dir. fall.*, 2000, II, 1203: “il pegno è un diritto reale di garanzia”. Non sono mancate tuttavia tesi alternative: il pegno è stato così ricostruito come rapporto complesso il cui “nucleo è costituito da un diritto reale” (D. RUBINO, *op. cit.*, 187 ss.), come

concettuale che intercorre tra questi ultimi e i diritti reali di godimento⁽¹⁷²⁾: infatti, se per i secondi il possesso del bene rappresenta il necessario presupposto fattuale per l'esercizio del diritto e delle facoltà che ne costituiscono il contenuto, “per l'esercizio di un diritto reale di garanzia il possesso del bene non è necessario, almeno con riguardo alle facoltà che ne costituiscono il contenuto principale, e cioè il potere di espropriazione *erga omnes*, e con preferenza rispetto ai creditori chirografari, il bene affetto da vincolo”⁽¹⁷³⁾.

In virtù delle suesposte riflessioni, dunque, è possibile stendere un primo bilancio: l'affermazione secondo cui lo spossessamento sarebbe volto ad impedire il godimento del bene vincolato al costituente-proprietario è assolutamente da respingere.

Con la conseguenza, pertanto, che non esulano dal tipo codicistico tutte quelle *forme* di pegno nelle quali è lasciata al costituente la facoltà di utilizzo della *res* offerta in garanzia, purché tale utilizzo risulti essere compatibile con la situazione di spossessamento, o, a voler essere più precisi, con gli effetti che per il tramite dello spossessamento si intendono perseguire⁽¹⁷⁴⁾.

figura intermedia tra diritto reale e diritto di credito (P. COSENTINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'ipoteca*, in *Temi nap.*, 1964, III, 157 s.: *contra* A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 774 ss.), o come rapporto nel quale coesistono profili sia sostanziali che processuali (A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, cit., 774 ss.; ID., voce *Garanzia (diritto reale di)*, in *Noviss. dig. It.*, VII, Torino, 1961, 744 ss., spec. 747), o, infine, come modalità di esercizio dell'azione esecutiva (F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1935, 191 ss.); per ulteriori approfondimenti sul tema, si rimanda a quanto già precedentemente esposto: v. *retro*, Cap. I. § 5, nt. 56.

⁽¹⁷²⁾ Sulla contrapposizione concettuale tra diritti reali di garanzia e diritti reali di godimento, su tutti, cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2011, *passim*.

⁽¹⁷³⁾ Così C. ABATANGELO, *op. cit.*, 64.

⁽¹⁷⁴⁾ D'altra parte la conclusione raggiunta è armonica rispetto al dettato normativo del secondo comma, art. 2786 c.c., secondo cui «*La cosa o il documento possono essere anche consegnati a un terzo designato dalle parti o possono essere posti in custodia di entrambe, in modo che il costituente sia nell'impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore*»: il che dimostra come “la nascita e l'esercizio del diritto di pegno non sono impediti dalla mancanza, nel creditore, della materiale detenzione del bene” (C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, cit., 64).

6. Inessenzialità dello spossessamento in relazione alla struttura del pegno e funzione di esteriorizzazione del rapporto in vista dell'opponibilità della garanzia ai terzi.

Nei paragrafi che precedono si è chiarito come, nell'ambito della disciplina del pegno, nessuna rilevanza venga assunta dalla consegna della *res* ai fini del perfezionamento del contratto di pegno, dal momento che esso sfugge alla catalogazione tra i contratti reali tipici; al tempo stesso si è avuto modo di dimostrare come ogni *suggestione* che vede nello spossessamento una funzione diretta ad impedire il godimento della *res* da parte del costituente sia assolutamente da escludere; e, parimenti, si è evidenziato come l'effettività della funzione tipica di rafforzamento del credito venga assicurata esclusivamente dal dato strutturale che rende opponibile il pegno ai terzi.

Occorre quindi tenere costantemente a mente tali elementi, al fine di comprendere appieno il ruolo che, in forza degli artt. 2786 e 2787 c.c., si vuole venga svolto dallo spossessamento.

Si impone, poi, un'ulteriore precisazione preliminare: nell'ambito della disciplina del pegno, è chiaro, sebbene lo spossessamento del debitore e l'impossessamento del creditore (o di un terzo eletto di comune accordo dalle parti) si configurino come due effetti speculari e contrapposti, che conseguono alla consegna (*traditio*) e che concorrono alla realizzazione dell'indisponibilità del bene per il debitore, è tuttavia allo spossessamento che deve essere assegnato un ruolo preminente, poiché è a quest'ultimo che va ricondotto l'effetto di rendere opponibile a terzi il vincolo⁽¹⁷⁵⁾.

Ma procediamo con ordine.

Al capitolo precedente (v. *retro*, Cap. III, § 5) si è avuto modo di vedere come l'unica funzione originariamente attribuita allo spossessamento fosse quella di tutelare il creditore pignoratizio dal rischio che il bene oggetto di garanzia si

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 98 s., che aggiunge: "Pur essendo l'altra faccia dell'avvenuta consegna, infatti, l'impossessamento del bene da parte del creditore rileva solo ed esclusivamente all'interno del rapporto di pegno. Rende possibile cioè solo che il creditore garantito sia confortato dalla certezza che il costituente non ne disponga materialmente, senza riverberare alcun effetto al di fuori del rapporto contrattuale, perché incapace di testimoniare all'esterno l'esistenza del vincolo".

deteriorasse, perisse, venisse occultato ovvero – ed è stata questa la principale preoccupazione del legislatore – venisse ceduto a terzi in buona fede, ignari dell'esistenza di un vincolo pignoratizio.

Il cuore del problema, infatti, risiede principalmente nelle intrinseche caratteristiche dei beni chiamati a costituire l'oggetto della garanzia pignoratizia (beni mobili non registrati) e alle conseguenze giuridiche che a questi ultimi vengono ricondotte dall'ordinamento giuridico: a tal riguardo, come è noto, qualora si riconoscesse al datore in garanzia la facoltà di mantenere *sic et simpliciter* la piena disponibilità materiale del bene oppignorato, le esigenze di sicurezza a cui mira il creditore pignoratizio, nonché il suo diritto di esercitare tutti i poteri che gli derivano dalla titolarità della garanzia, sconterebbero, per effetto del peculiare regime di circolazione dei beni mobili conosciuto dal nostro sistema, le conseguenze dell'applicazione dell'art. 1153 c.c.; conseguenze che, inevitabilmente, sarebbero tali da porre nel nulla quell'esigenza di tutela che si vuole soddisfatta dal pegno.

Il creditore, infatti, rimarrebbe fatalmente penalizzato ogniqualvolta un terzo conseguisse, in forza di un titolo astrattamente idoneo a trasmettergli la proprietà (o altro diritto reale), il possesso in buona fede del bene oppignorato; e ad analoga sorte andrebbe incontro in tutti quei casi in cui un altro creditore assoggettasse il medesimo bene ad esecuzione forzata⁽¹⁷⁶⁾.

Irrilevante poi, sempre ai fini dell'operatività del principio del possesso vale titolo, sarebbe la circostanza che il costituente fosse l'effettivo proprietario del bene oppignorato: infatti, l'effetto liberatorio che l'art. 1153 ricollega all'acquisto del possesso della cosa in buona fede, se si produce quando l'alienazione del bene è effettuata dal *non dominus*, in egual misura si produce anche nel caso in cui essa venga

⁽¹⁷⁶⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.* 50. Per quanto concerne le conseguenze della regola possesso vale titolo sancita all'art. 1153 c.c. in relazione con la garanzia pignoratizia, v. L. MENGONI, voce *Acquisto a non domino*, in *Digesto (disc. priv.)*, I, Torino, 1987, 69 ss., spec. 82; R. MESSINETTI, voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir.*, III Agg., Milano, 1999, 24 ss. Per una visione d'insieme sull'acquisto *a non domino* anche in chiave comparatista in relazione ai maggiori sistemi di *civil law* e di *common law*, v. M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 2009. In generale, sulla rilevanza del possesso nel regime di circolazione dei beni mobili, v. R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2014, 441 ss.

effettuata dal *dominus*, dal momento che questi “è *dominus* nei limiti del suo diritto, (compreso dal diritto di pegno o di usufrutto altrui) e quindi rispetto a quella parte del diritto, che a egli è sottratta dalla consistenza del diverso diritto (pegno, usufrutto), non è *dominus*”⁽¹⁷⁷⁾.

Orbene, è chiaro come laddove si verificasse la descritta situazione, non soltanto il creditore pignoratizio perderebbe la possibilità di far valere nei confronti del terzo il proprio diritto di pegno, non potendo più opporlo *erga omnes*, ma l’esistenza stessa del diritto di garanzia verrebbe irrimediabilmente travolta dal perfezionarsi in favore del terzo, *accipiens* in buona fede, dell’acquisto a titolo originario del bene gravato: chiaro, in tale ultimo senso, è il disposto normativo dell’art. 1153, secondo comma, c.c., in forza del quale, ove ricorrano i quattro presupposti indicati al comma precedente (*traditio*, natura mobile del bene oggetto di trasferimento, buona fede dell’*accipiens* e titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà), il *dominium* viene acquistato libero da qualsiasi, eventuale diritto altrui (tra cui, ovviamente, rientra l’ipotesi del pegno) che precedentemente all’acquisto insisteva su quella stessa *res*.

Come è stato attentamente osservato, infatti, l’opponibilità del pegno non attiene solamente al modo in cui opera il diritto di garanzia (il *quomodo*), bensì viene a costituire anche il presupposto stesso di effettività di quest’ultimo (*l’an*): l’opponibilità, in altri termini, attiene “ad un fenomeno [...] più ampio [...] che ha ad oggetto la stessa capacità della garanzia di sopravvivere ai successivi passaggi di proprietà del bene impegnato o al suo assoggettamento alla costituzione di altri diritti di prelazione”⁽¹⁷⁸⁾, e cioè quello dello *ius sequelae*, inteso come la capacità di assicurare il soddisfacimento dell’interesse sotteso al diritto (di pegno), qualunque siano le vicende di fatto o giuridiche che involgono la *res*⁽¹⁷⁹⁾.

Chiariti tali ultimi aspetti, nel volgere lo sguardo alla disciplina codicistica del pegno, è immediatamente percepibile come i compilatori del tempo abbiano

⁽¹⁷⁷⁾ In questi termini L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 131, nt. 89.

⁽¹⁷⁸⁾ Così F. DELL’ANNA MISURALE, *op. cit.*, 51.

⁽¹⁷⁹⁾ A tal proposito, cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 69, il quale sottolinea come la caratteristica fondamentale che l’ordinamento ha inteso attribuire al diritto reale (anche di garanzia) consista in “una stretta correlazione fra le vicende della cosa e le vicende del diritto”.

ritenuto di poter realizzare il fine di rendere (e conservare) la garanzia opponibile ai terzi e, al tempo stesso, di esteriorizzarne l'esistenza⁽¹⁸⁰⁾, attraverso la sottrazione materiale del bene alla disponibilità esclusiva del debitore: ossia, mediante lo spossessamento di quest'ultimo e il successivo impossessamento del creditore.

Infatti, in virtù dell'art. 2786, primo comma, c.c. si richiede la *traditio* della *res*, o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa, a favore del creditore-titolare del diritto di pegno, seppur senza attribuirgli alcuna facoltà d'uso o di disposizione (facoltà, anzi, espressamente vietate dall'art. 2792 c.c.: sul punto si v. anche *infra*, § 8): e ciò, affinché sia resa possibile la costituzione del vincolo, da una parte, e l'acquisto del diritto di prelazione, che richiede che il titolo costitutivo sia manifestato all'esterno, dall'altra.

Nella logica dell'indicata, fondamentale duplice esigenza di conservazione del vincolo ed esteriorizzazione del rapporto, quindi, ciò che rileva è principalmente la sottrazione (e, allo stesso tempo, la percepibilità della sottrazione) del bene all'esclusivo controllo del debitore: solo così, infatti, è possibile considerare pienamente soddisfatta la funzione di garanzia a cui è preordinato il pegno.

Ed è sempre in quest'ultima prospettiva che l'art. 2786 c.c. è stato costantemente inteso dalla dottrina nel senso che la consegna debba essere necessariamente effettiva, e che pertanto siano da escludere tutte le ipotesi di *constitutio possessoria* e di *traditio ficta*⁽¹⁸¹⁾: la consegna della cosa al creditore – ma analoghe considerazioni possono condursi con riguardo alla consegna della stessa al terzo e alla previsione del compossesso – costituisce infatti il canale preferenziale individuato dal legislatore attraverso il quale pervenire all'esteriorizzazione del rapporto e dell'esistenza del vincolo sul bene offerto in garanzia, esteriorizzazione,

⁽¹⁸⁰⁾ Quest'ultima funzione pubblicitaria, volta a tutelare anche i terzi creditori al chirografo, oltre che il creditore pignoratizio, come visto in precedenza (v. *retro*, Cap. III, § 5), è stata ricondotta allo spossessamento soltanto in epoca recente. Che lo spossessamento assolva una funzione di pubblicità di fatto, in una prospettiva di parallelismo con l'iscrizione nell'ambito dell'ipoteca, è opinione assai diffusa in dottrina: cfr. D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 222; C.M.BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 41, nt. 65. L'idea viene condivisa anche dalla dottrina straniera: si v. R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, (traduzione di P.M. VECCHI), Milano, 1990, 10 s. e 73 ss. Sul punto, v. *infra*.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 95

questa, essenziale ai fini dell'opponibilità del diritto, poiché in grado di escludere l'acquisto in buona fede di un potenziale terzo *accipiens*.

Riassumendo, quindi, nell'impostazione adottata dai compilatori del codice lo spossessamento è preordinato a soddisfare una duplice esigenza: una prima, consistente nell'evitare che operino le regole che disciplinano il regime di circolazione dei beni mobili (oltre al rischio di deterioramento, distruzione e occultamento del bene gravato); una seconda informativa circa l'esistenza del vincolo pignoratorio, funzione che è stata tradizionalmente definita *lato sensu* pubblicitaria, assimilabile a quella svolta, in materia di ipoteca, dall'iscrizione nei registri immobiliari.

Orbene, avendo riguardo alla seconda delle indicate funzioni, se il parallelismo tra spossessamento nel pegno e iscrizione nell'ipoteca sembra pienamente giustificato sotto il profilo funzionale, dal momento che essi hanno in comune l'obiettivo di esteriorizzare il rapporto per consentirne l'opponibilità a terzi e la sua stessa sopravvivenza, non sembra tuttavia che siffatto raffronto faccia affiorare altri aspetti di contatto, poiché, anzi, proprio al cospetto dell'iscrizione, il meccanismo dello spossessamento si rivela uno strumento pubblicitario "assai rudimentale"⁽¹⁸²⁾ ed in certa misura "ambiguo"⁽¹⁸³⁾.

E proprio sulla pretesa funzione pubblicitaria dello spossessamento, autorevole

⁽¹⁸²⁾ Così D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 220: secondo l'Autore, tuttavia, lo spossessamento darebbe comunque luogo ad una pubblicità di fatto (v. *retro*, § 3, nt. 120 e nt. 179).

⁽¹⁸³⁾ L'aggettivo è assai diffuso tra gli in dottrina: lo utilizza S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1957, 279, il quale, pur prendendo atto del raffronto tra la funzione alla quale adempie l'iscrizione dell'ipoteca e l'investitura in ordine al bene che si attua nel pegno con lo spossessamento, evidenzia come "l'analogia è, da questo angolo visuale, illusoria" (*ivi*, 291); di carattere ambiguo dello spossessamento a fini pubblicitari parla altresì S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit. 180; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 28: "la *traditio* non è sufficiente ad esprimere [...] l'investitura in ordine al bene".. Per una puntuale critica all'idea che spossessamento e iscrizione immobiliare siano sistematicamente e strutturalmente assimilabili quali schemi aventi funzione pubblicitaria, cfr. D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 783 ss., secondo cui "questa tendenza monogenetica, questa riduzione ad unità indistinta di schemi ordinati dall'alto e selezionatori esclusivi della funzione (l'iscrizione immobiliare e, per i beni mobili, il trasferimento del possesso), non solo tradisce quello che è l'aspetto, per così dire, pragmatico della funzione di garanzia, ma compie soprattutto un'aprioristica e come tale indebita, identificazione tra modello e funzione".

dottrina, secondo cui la pubblicità consiste in un fenomeno complesso che nel suo schema tipico presuppone “l’organizzazione (strutturalmente specificantesi in meccanismi particolari) di attività demandate ad organi pubblici, in correlazione all’attività di soggetti privati agenti nel proprio (normalmente) od anche (eccezionalmente) altrui interesse”, ha osservato che, nelle vicende del pegno, lo spossessamento non presenti “neppure un minimo di organizzazione”, mancando “addirittura gli organi o soggetti designati a tutela del pubblico interesse”⁽¹⁸⁴⁾.

Non solo: allo stesso modo, si è osservato come il possesso del bene da parte del creditore pignoratizio non sarebbe comunque in grado di rendere palese il titolo giustificativo della perdita della disponibilità materiale da parte del debitore (e quindi la sussistenza del rapporto di garanzia), dando invece luogo ad una “presunzione di proprietà e non già alla pubblica conoscibilità dell’esistenza di un diritto di pegno”: nel contesto di tale ricostruzione, quindi, lo spossessamento si potrebbe al più definire un “surrogato della pubblicità”, che nella disciplina del pegno “deve quindi ritenersi mancante, e non già realizzata sotto una veste più semplice”⁽¹⁸⁵⁾.

Sta di fatto che, a dispetto della coerenza degli esposti argomenti, la prevalente dottrina è concorde nel ritenere che lo spossessamento “tron[chi] tutte le questioni”⁽¹⁸⁶⁾, precludendo al datore in garanzia la possibilità di far conseguire ad

⁽¹⁸⁴⁾ S. PUGLIATTI, *op. loc. cit.* Osserva E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 25 s.: “La tutela degli interessi dei terzi, che rappresenta un rigoroso principio costantemente attuato dal legislatore nelle varie forme di garanzia reale, non deve tuttavia essere necessariamente perseguita mediante gli stessi strumenti. Nell’ipoteca quel tipo di esigenza viene soddisfatta tramite l’impiego di un adeguato sistema pubblicitario, che ha assunto la funzione di elemento distintivo tra l’ipoteca e il pegno, così che la trasmissione del possesso della cosa, in relazione alla costituzione del pegno, è il mezzo tecnico correlativo (e potrebbe dirsi surrogato) della pubblicità, che deve ritenersi mancante, e non già realizzata sotto una veste più semplice”; ID., *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 120: “Lo spossessamento [...] adempie, dunque, una funzione diversa da quella di attuare una pubblicità del diritto di pegno (e in generale del diritto reale di garanzia) poiché con la *traditio* il debitore viene privato – in funzione di garanzia – della possibilità di disporre del bene al fine di costituire sul medesimo altri diritti di garanzia”.

⁽¹⁸⁵⁾ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 282; cfr. V. OCCORSIO, *Finanziamento d’impresa e possesso in garanzia*, Napoli, 2018, 32 ss. Sul punto cfr. anche le approfondite osservazioni di F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 56 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ Così G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 67, laddove si propende per l’idea che lo spossessamento del debitore funga in un qualche modo da mezzo di pubblicità, dando altresì luogo ad “una forma di pubblicità costitutiva o a questa equiparabile”.

altro soggetto la situazione possessoria, per mezzo della quale potrebbero essere costituiti altri diritti reali (di proprietà o di garanzia).

Ora, se è dunque possibile concordare sull'impossibilità di rinvenire nello spossessamento la struttura tipica dello strumento pubblicitario, allo stesso modo non pare possibile negare la circostanza che esso ne svolga appieno la funzione: pertanto, volendo a tutti i costi evitare il ricorso al termine pubblicità, di per sé tecnicamente inesatto, parimenti ben si può convenire su altra considerazione, e cioè che lo spossessamento comunque integra un meccanismo a “valenza segnalativa”, strumentale, nella configurazione della disciplina codicistica del pegno, ad assicurare l'opponibilità e, in definitiva, la sopravvivenza stessa del diritto di garanzia⁽¹⁸⁷⁾.

Volendo quindi, stendere un primo bilancio è corretto affermare che lo spossessamento, attuato mediante la *traditio rei*, sia finalizzato ad assicurare una duplice tutela: da una parte – e in via principale – quella del creditore pignoratizio, impedendo l'operatività dell'art. 1153 c.c.; e, dall'altra, quella dei terzi, segnalando a questi ultimi che non potranno fare affidamento sul bene impegnato, assicurato in via preferenziale alle ragioni del creditore pignoratizio.

A ben vedere, si tratta di due effetti strettamente correlati tra loro: invero, solo segnalando l'esistenza del vincolo è possibile prevenire il perfezionamento, in capo al terzo *accipiens*, di un acquisto in buona fede, poiché quest'ultima verrebbe esclusa, appunto, dal meccanismo che segnala l'esistenza del diritto di garanzia.

Con la conseguenza, dunque, che tramite lo spossessamento, essendo preoccupazione del legislatore tutelare *in primis* il creditore pignoratizio, non si miri tanto al risultato materiale di privare il datore in garanzia della disponibilità materiale del bene (irrilevanza dello spossessamento in sé e per sé), quanto piuttosto a impedire le conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione dell'art. 1153 c.c., segnalando l'esistenza del pegno; e, come visto, la tecnica tramite cui il legislatore ha

⁽¹⁸⁷⁾ L'opinione è assai diffusa nella più recente dottrina: di valenza segnalativa, infatti, parlano: F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 59; R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 98 ss.; nello stesso senso, cfr. M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, 187 ss., ove espressamente si parla di “efficacia segnalativa” dello spossessamento.

voluto tradizionalmente realizzare siffatto obiettivo, stante la peculiare condizione giuridica dei beni mobili suscettibili di essere offerti in pegno, non idonei ad essere registrati come quelli che costituiscono oggetto dell'ipoteca mobiliare, è stata quella dello spossessamento⁽¹⁸⁸⁾.

Nel momento in cui si va oltre al dato immediatamente percepibile, consistente nella consegna della *res* al creditore, e si presta maggiore attenzione alle funzioni a cui è diretto lo spossessamento, è possibile valutare la sua valenza nello schema configurativo del pegno sotto una luce diversa e così condurre il presente discorso ad una prima conclusione: nella volontà del legislatore, non già la consegna materiale del bene vincolato, ma piuttosto gli effetti (tutela del creditore pignoratizio e segnalazione dell'esistenza del vincolo) che conseguono allo spossessamento qualificano il modello codicistico del pegno.

Muovendo da tale ultima considerazione, allora, occorre constatare che: da una parte, se l'esigenza perseguita tramite lo spossessamento (*rectius* la consegna della *res*) è quella di conservare l'opponibilità del vincolo pignoratizio ai terzi *accipiens*, impedendo loro l'acquisto in buona fede del bene offerto in garanzia, ebbene in linea puramente teorica nulla vieta che tale esigenza possa essere soddisfatta anche attraverso tecniche diverse rispetto alla *traditio*: non è infatti difficile immaginare modalità alternative che, segnalando l'esistenza del vincolo, siano in grado di escludere la buona fede⁽¹⁸⁹⁾; dall'altra parte, se è vero che lo spossessamento (*rectius* la consegna della *res*) è finalizzato altresì ad assicurare l'esteriorizzazione dell'esistenza

⁽¹⁸⁸⁾ Chiaramente in tal senso, cfr. E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., 75 s.: l'Autore sottolinea come “occorre porre subito in evidenza che l'art. 2786 c.c., in entrambi i commi, richiama espressamente una situazione, ed un concetto, fondamentale per la comprensione della teoria delle garanzie reali e del pegno: *la (esclusiva) disponibilità della cosa*”; per poi aggiungere: “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”. Cfr. ID., *Il pegno anomalo*, cit., 128, nt. 198; l'Autore ricorda come già S. ROMANO, *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928, 61 ss., osservava che il possesso pignoratizio è “una semplice misura di precauzione” che “più che in sé e per sé” rileva come strumento per evitare che “si abbia un possesso di buona fede di un terzo”. Sul punto, v. anche *retro*, § 4.

⁽¹⁸⁹⁾ Si richiamano le osservazioni condotte in apertura del presente capitolo (v. *retro*, § 1), in merito alla distinzione tra spossessamento inteso come operazione di consegna del bene e spossessamento inteso come effetti cui mirato le parti del rapporto.

del vincolo a favore del creditore pignoratizio, è al pari difficilmente negabile come tale funzione informativa sia, in realtà, destinata a non essere pienamente soddisfatta, dal momento che la disponibilità materiale di una cosa non pare essere di per sé sufficiente a rendere manifesta la sussistenza del diritto del creditore pignoratizio: funzione informativa, invece, che meglio potrebbe essere assicurata mediante tecniche alternative, capaci di certificare in maniera palese l'esistenza di un vincolo reale su quel determinato bene.

7. Spossezzamento e diritto di prelazione.

Un'ulteriore riflessione in merito alla funzione che viene assolta dallo spossezzamento (*traditio*) condotto sulla la *res* vincolata, viene sollecitata dal contenuto dell'art. 2787, secondo comma, c.c., in forza del quale si stabilisce: «*La prelazione non si può far valere se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti*»⁽¹⁹⁰⁾.

Orbene, il dato normativo sembra specificamente richiedere ai fini dell'esercizio

⁽¹⁹⁰⁾ La circostanza che l'articolo citato menzioni solamente l'essere il bene rimasto in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti ha fatto pensare che vi sia un difetto di coordinamento con il precedente art. 2786 c.c. che, tra i modi di costituzione del pegno, contempla pure l'ipotesi di custodia congiunta tra debitore e creditore. A tal riguardo, osserva F. MESSINEO, *Costituzione di pegno mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1949, I, 314, "se si stesse alla mera lettera della legge sembrerebbe coerente concludere che dal terzo modo di costituzione del pegno, non discende il diritto di prelazione a favore del creditore pignoratizio", ipotesi questa da scartare essendo "gratuito attribuire al legislatore di aver voluto fare, di tale modo di costituzione, un mezzo deteriore, rispetto agli altri due più noti ed adoperati sino al 1942". Plausibile perciò, secondo l'A. che l'omissione risultante nell'art. 2787, comma 2, c.c., si spieghi con il fatto che la norma "deriva da vari frammenti degli artt. 1879, 1880 e (specialmente) 1882 c.c. del 1865 e dell'art. 456, commi 2 e 3, del codice di commercio del 1882 dove erano contemplati soltanto i due modi tradizionali di costituzione del pegno". Di necessità di una interpretazione integrativa del testo dell'art. 2787, comma 2, c.c., per raccordarlo al disposto dell'art. 2786 c.c., discorre G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 84; sul punto v. altresì L. BARBIERA, *Garanzie del credito e autonomia privata*, cit., 145 e nota 114, sembra voler leggere nel "silenzio della legge" una vera e propria esclusione della prelazione nell'ipotesi in cui il pegno sia costituito mediante compossesso. In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 29 aprile 1967, in Rep. *Foro it.*, 1967, voce *pegno*, 1742, n. 9.

dello *ius prelationis* che la *res* offerta in garanzia si trovi, nel momento in cui il creditore la sottopone all'azione esecutiva⁽¹⁹¹⁾, nella disponibilità materiale di quest'ultimo (ovvero, in quella del terzo designato di comune accordo dalle parti).

Un'interpretazione strettamente aderente alla lettera della norma, quindi, porterebbe inevitabilmente alla conclusione che ai fini della preferenza rispetto agli altri creditori al chirografo del medesimo debitore – diversamente da quanto previsto, ad esempio, per la opponibilità della garanzia ai terzi acquirenti del bene impegnato – non sia sufficiente il solo spossessamento del debitore, bensì anche l'impossessamento del creditore⁽¹⁹²⁾.

Si tratta, tuttavia, di una lettura che, per quanto apparentemente aderente al testo della norma, non pare concretamente essere rispondente alla *ratio* sottesa.

A ben vedere, infatti, pare evidente come la ragione per cui la norma in parola subordini l'esercizio dello *ius prelationis* alla circostanza che la cosa sia rimasta nel possesso del creditore (o del terzo designato dalle parti) sia la medesima che determina la necessità dello spossessamento ai fini dell'opponibilità della garanzia agli acquirenti, e cioè l'esigenza che il creditore pignoratizio conservi la garanzia, ponendosi al riparo dagli acquisti degli *accipiens* in buona fede; e che, al tempo stesso, i terzi creditori al chirografo siano posti nella possibilità di conoscere la posizione giuridica del bene: ne consegue, quindi, che non solo lo spossessamento, ma anche il permanere del possesso presso il creditore ai fini della prelazione è meramente strumentale alla conservazione della garanzia e alla esteriorizzazione del rapporto⁽¹⁹³⁾.

Ciò che, in ultima analisi, è necessario escludere, è ancora una volta il solo venir

⁽¹⁹¹⁾ È il riferimento contenuto nell'art. 2787, secondo comma, c.c. al potere di “far valere” la prelazione ad indurre ad individuare il momento in cui la cosa deve trovarsi presso il creditore in quello in cui costui esercita l'azione esecutiva (in tal senso v. E. PROTETTI, *Il pegno nella giurisprudenza*, Padova, 1970, 66) o in quello della dichiarazione di fallimento (G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 85). Ciò in quanto, sebbene il concreto esercizio della prelazione si realizzi a seguito della vendita, questa sarebbe inattuabile se non si reputasse che la consegna della cosa all'ufficiale giudiziario non fa venir meno la prelazione del pegno.

⁽¹⁹²⁾ Lo osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 59 s.

⁽¹⁹³⁾ In questi termini F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 61, che aggiunge: “in altri termini, [è] l'indice segnalativo di una realtà giuridica che potrebbe invece non appalesarsi ove il bene si trovasse o fosse ritornato nella disponibilità del costituente.

meno della situazione di distacco, di non piena disponibilità del bene rispetto al suo titolare, in modo tale che sia giustificata l'opponibilità ai terzi della garanzia⁽¹⁹⁴⁾: circostanza, questa, che non necessariamente può e deve essere assicurata solamente per il tramite della materiale *traditio*, ma che ben può essere realizzata anche mediante tecniche alternative: in altri termini, se l'obiettivo è prevenire che il costituente disponga liberamente (sul piano giuridico) della *res* offerta in garanzia, ebbene ciò non richiede necessariamente la privazione materiale della *res* medesima.

In conclusione, quindi, è condivisibile sostenere che, se correttamente letto alla luce della sua *ratio*, il disposto dell'art. 2787, secondo comma, c.c. non tanto richiede che ai fini dello *ius prelationis* sussista il possesso del bene in capo al creditore, essendo sufficiente lo spossessamento del debitore, quanto piuttosto che perduri l'operatività del meccanismo conservativo e segnalativo della garanzia durante l'intera durata del rapporto pignoratorio: solamente in tal modo, infatti, il creditore sarà messo in condizione di poter esercitare la prelazione⁽¹⁹⁵⁾.

Ne deriva, pertanto, che anche ai fini del sorgere e dell'esercizio della prelazione, ciò che viene in rilievo non è tanto la *traditio*, la consegna materiale della *res* in sé e per sé, quanto piuttosto gli effetti che concretamente, attraverso lo spossessamento, le parti del rapporto di garanzia intendono realizzare.

A conti fatti, quindi, se è vero che la funzione di garanzia assolta dal pegno si esplica nelle due modalità di conservazione e opponibilità del vincolo ai terzi, da una

⁽¹⁹⁴⁾ In tal senso A. DI FILIPPO-M.R. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale. Privilegi - Pegno. Commento agli artt. 2740-2807 del Codice Civile*, Roma, 1966, 530: gli Autori, a conferma che “ciò che, in effetti, è richiesto ai fini della prelazione, non è tanto il possesso del creditore, quanto lo spossessamento del concedente”, osservano come non si possa dubitare del fatto che “il diritto di prelazione del creditore pignoratorio sussista anche nel caso che la cosa oppignorata sia stata sequestrata, su domanda del costituente, a norma dell'art. 2793”. Su quest'ultimo aspetto, cfr. altresì F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 62.

⁽¹⁹⁵⁾ Sulla opportunità di interpretare gli artt. 2786 e 2787 c.c. in modo combinato, cfr. L. BARBIERA, *Garanzie del credito e autonomia privata*, cit., 141 ss., il quale rileva come l'art. 2787 “pone l'accento sulla conservazione, piuttosto che sulla creazione della prelazione disponendo che quest'ultima venga meno se viene meno una certa situazione (possesso del creditore o del terzo); non afferma che la prelazione nasce con lo spossessamento, ma la conclusione è agevole, purché si coordini il testo dell'art. 2787 che riguarda la vita della prelazione, al testo dell'art. 2786 che riguarda invece la nascita”.

parte, e tutela preferenziale del creditore pignoratizio, dall'altra⁽¹⁹⁶⁾, alla luce delle considerazioni che precedono può concludersi che, ai fini dell'assolvimento della predetta funzione, lo spossessamento in sé e per sé considerato (ossia la materiale consegna della *res*) certamente non è destinato a ricoprire alcun ruolo irrinunciabile nell'ambito dello schema configurativo del pegno.

All'opposto, invece, lo spossessamento (*rectius* la consegna della *res*) svolge un ruolo puramente strumentale, non essenziale, alla realizzazione della funzione di garanzia assicurata dal pegno, dunque non insostituibile per il tramite di tecniche diverse capaci, al pari dello spossessamento, di assicurare la realizzazione di quegli identici effetti a cui quest'ultimo è preordinato: ne consegue, in definitiva, che la previsione di una tecnica alternativa allo spossessamento che sia in grado di assolvere in pari misura alla funzione di garanzia del pegno non sarebbe tale da snaturare lo schema dell'istituto così come delineato dal codice civile⁽¹⁹⁷⁾.

8. *Effetti ulteriori attribuiti allo spossessamento: inessenzialità ai fini della qualificazione della funzione pignoratizia.*

Giunti a questo punto del discorso, prima di avviarsi alla conclusione è necessario passare al vaglio un'ulteriore questione, e cioè se lo spossessamento, oltre ad assolvere una funzione di conservazione della garanzia ed esteriorizzazione del rapporto, sia preordinato a produrre effetti aggiuntivi e autonomi; e se, in caso di accertamento positivo, questi ultimi possano definirsi secondari o se, al contrario, rappresentino una connotazione essenziale della fattispecie pignoratizia.

A tal proposito, con riguardo ai possibili ulteriori effetti astrattamente ricollegabili allo spossessamento, sono almeno tre i profili che vengono in rilievo, e segnatamente: la situazione di pressione psicologica che la privazione della

⁽¹⁹⁶⁾ Sul punto, v. *retro*, § 4.

⁽¹⁹⁷⁾ Sul punto, cfr. S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 179 s.

disponibilità materiale del bene offerto in garanzia eserciterebbe sul debitore; il diritto di ritenzione acquisito dal creditore in virtù dell'art. 2794, secondo comma, c.c.; infine, il diritto del creditore pignoratizio di soddisfarsi sui frutti, dal momento che in forza dell'art. 2791 c.c. è previsto: «*Se è data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale*»: facoltà, questa, rispetto alla quale lo spossessamento parrebbe assolvere una funzione di facilitazione in ordine al suo esercizio⁽¹⁹⁸⁾.

Ma procediamo con ordine.

Quanto al primo profilo, già da tempo la più attenta dottrina ha avuto modo di osservare come la sottrazione del bene al debitore sia idonea ad integrare una forma di pressione psicologica, volta a indurre l'obbligato ad un adempimento spontaneo dell'obbligazione (garantita) al fine di ottenere la restituzione del bene impegnato⁽¹⁹⁹⁾: in quest'ultimo senso, quindi, si è affermato che “il pegno rende più probabile il pagamento e costituisce una maggiore sicurezza per il creditore”, prospettandosi così un ulteriore e autonomo effetto dello spossessamento⁽²⁰⁰⁾.

A ben vedere, tuttavia, l'idea che mediante lo spossessamento venga ad essere assolta una funzione di pressione psicologica in capo al debitore, e che quest'ultima abbia addirittura carattere dirimente nell'economia dell'istituto pignoratizio, pare

⁽¹⁹⁸⁾ Sul diritto a percepire i frutti, cfr. S. GATTI, *op. cit.*, 178.

⁽¹⁹⁹⁾ Sul punto, cfr. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 17 ss., ove viene sottolineato come il debitore non possa pretendere la restituzione del pegno se non in caso di estinzione del debito “proprio perché la legge ha voluto dare al creditore anche questo mezzo per assicurarlo del pagamento dell'obbligazione, e non semplicemente per la ragione che il possesso presso il creditore è un elemento costitutivo della garanzia dell'azione esecutiva”. Contrario a tale ultima ricostruzione è invece G. TRAPANI, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963, 120: l'Autore, infatti, non concorda sulla circostanza che “lo spossessamento previsto dal pegno nella sua forma tradizionale adempia la funzione di premere sulla volontà del debitore inducendolo a pagare”, osservando che, “al contrario, lasciando al debitore il possesso del bene e permettendogli di proseguire la sua attività produttiva, gli si offre il miglior incentivo per indurlo ad estinguere il debito contratto”.

⁽²⁰⁰⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.* La coazione psicologica nei confronti del debitore caratterizzava il pegno nel diritto romano arcaico, che non prevedeva una funzione satisfattiva della garanzia; sul punto cfr. A. BURDESE, *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 662 ss., il quale riconduce all'età classica l'uso di preveder convenzioni particolari che assicurino al creditore pignoratizio la facoltà di soddisfarsi sulla cosa pignorata (soprattutto il *pactum vendendi* che divenne, sul finire dell'età classica, elemento implicito del regime pignoratizio).

essere un'affermazione priva di reale fondamento normativo: invero, anche ammettendo che ci sia coazione, essa ha comunque una ben modesta rilevanza nell'ambito della funzione di garanzia assolta dal pegno, la cui efficacia – si ricorda – risiede nel potere attribuito al creditore pignoratizio di conservare il vincolo sulla *res* e di farlo valere in sede esecutiva, con preferenza su qualsiasi altro creditore⁽²⁰¹⁾. Ed è a tale potere che si contrappone l'interesse del debitore di liberare la *res* dal vincolo (interesse, quest'ultimo, realizzabile solo mediante l'adempimento) e, conseguentemente, di riacquistarne la piena disponibilità materiale.

Il che equivale a dire che, nell'ambito della disciplina del pegno, una situazione di pressione psicologica sul costituente ben possa ritenersi in astratto realizzata, ma quale conseguenza della garanzia pignoratizia globalmente intesa e della funzione da essa svolta, e non già del mero spossessamento (inteso come *traditio*) in sé e per sé considerato, che è invece la tecnica prodromica alla realizzazione della funzione di garanzia⁽²⁰²⁾.

In conclusione, deve condividersi l'idea, autorevolmente sostenuta, secondo cui il voler spiegare l'effetto di pressione psicologica esercitata sul debitore dallo spossessamento prescindendo dalla fonte, cioè dalla garanzia pignoratizia, rischi di porre l'interprete in una prospettiva approssimativa, incompleta e, dunque, fuorviante, poiché così operando sarà possibile cogliere soltanto il “riflesso pratico di una situazione giuridica” che è ben altra cosa rispetto a “funzione e struttura della stessa”⁽²⁰³⁾.

Venendo ora al secondo dei profili sopra menzionati, particolarmente legato allo spossessamento risulta essere “l'effetto postumo”⁽²⁰⁴⁾ del pegno previsto dall'art. 2794, secondo comma, c.c., che consente al creditore pignoratizio, qualora sia divenuto creditore del medesimo debitore per altro titolo successivamente alla costituzione della garanzia e prima della estinzione della obbligazione garantita, di

⁽²⁰¹⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 62.

⁽²⁰²⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 63, la quale osserva come, a ben vedere, si tratta della stessa pressione che viene subita anche dal debitore ipotecario, per la compressione del valore di scambio del bene gravato dalla ipoteca.

⁽²⁰³⁾ G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., 165.

⁽²⁰⁴⁾ L'espressione è di F. DELL'ANNA MISURALE, *op. loc. cit.*

ritenere il bene oggetto del vincolo a garanzia del nuovo credito⁽²⁰⁵⁾.

È bene preliminarmente osservare come la disposizione in parola non comporti alcuna sopravvivenza del pegno a presidio della nuova obbligazione, ma «*soltanto*» l'innescarsi della forma di autotutela che il codice riserva, in specifiche ipotesi, a posizioni creditorie caratterizzate dal possesso (o meglio, dalla detenzione) da parte del creditore di un bene di proprietà del debitore per effetto del contratto o del fatto da cui trae origine l'obbligazione: diritto di ritenzione del coerede, ai sensi dell'art. 748 c.c.; del possessore di buona fede, ai sensi dell'art. 1152 c.c.; del riscattante, ai sensi dell'art. 1502 c.c.; dell'usufruttuario, ai sensi degli artt. 1006 e 1011 c.c.; del prestatore d'opera, ai sensi dell'art. 2756 c.c.; infine, del vettore, del mandatario, del depositario o del sequestratario, ai sensi dell'art. 2761 c.c.⁽²⁰⁶⁾.

Il diritto di cui si va discorrendo, poi, si pone in linea di continuità con la previgente codificazione: i codificatori del 1942, infatti, istituendo il diritto di ritenzione a favore del creditore pignoratizio, hanno voluto conservare l'analoga previsione precedente contenuta all'art. 1888 c.c. abr., la cui *ratio* veniva tradizionalmente rinvenuta nella specifica tutela dell'affidamento del creditore che, avendo la disponibilità materiale del bene oggetto del pegno a garanzia di una precedente obbligazione, si fosse presumibilmente per questo determinato a concedere, allo stesso debitore, un nuovo credito⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁵⁾ Art. 2794 c.c.: «*Se il pegno è stato costituito dal debitore e questi ha verso lo stesso creditore un altro debito sorto dopo la costituzione del pegno e scaduto prima che sia pagato il debito anteriore, il creditore ha soltanto il diritto di ritenzione a garanzia del nuovo credito*». Sul punto, v. F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 63, la quale osserva: «Perché si abbia il diritto di ritenzione è però necessario che il pegno sia costituito dal debitore, reputandosi di non potersi aggravare la posizione del terzo datore, vincolando i beni di sua proprietà a garanzia di un debito altrui, contro la sua volontà»; cfr., in questo senso, anche G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 111; A. DI FILIPPO-M.R. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale. Privilegi - Pegno*, cit., 570; F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 11.

⁽²⁰⁶⁾ Lo osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 64; aggiunge l'Autrice: «Nel codice civile vigente, come peraltro in quello del 1865, manca una disciplina generale della ritenzione. La circostanza ha contribuito al formarsi di una letteratura volta ad individuare, anche nella prospettiva della sistemazione del più vasto fenomeno dell'autotutela privata, i caratteri del diritto di ritenzione, attraverso la ricognizione delle figure previste del codice civile» (*ivi*, 64 nt. 97).

⁽²⁰⁷⁾ Come osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *op. loc. cit.*, questa interpretazione presuppone che il secondo debito abbia fonte contrattuale, il che può reputarsi richiesto anche dall'art. 2794, secondo comma, c.c., sebbene dal testo sia scomparso il riferimento al debito contratto dal debitore, presente, invece, nella formulazione dell'art. 1888 del codice Pisanelli. Cionondimeno, la norma

Ciò posto, quel che è qui di interesse consiste nel soppesare la pretesa centralità del diritto di ritenzione, quale effetto ulteriore collegato allo spossessamento, nell'ambito della funzione di garanzia assoluta dal pegno.

Ebbene, proprio a quest'ultimo riguardo, nel momento in cui ci si pone in una prospettiva maggiormente analitica rispetto all'art. 2794 c.c., nessun dubbio ci può essere sul fatto che il diritto di ritenzione sia destinato ad esaurirsi nel potere del titolare del diritto di rifiutare la restituzione della *res* al debitore fintanto che la nuova obbligazione, sempre da quest'ultimo assunta, non sia stata integralmente adempiuta: in tal senso, infatti, chiaramente depono l'utilizzo del termine «*soltanto*» ad opera del legislatore, con cui si vuole individuare il diritto facente capo al creditore pignoratizio.

Se ne inferisce, pertanto, che quand'anche sussistano gli estremi per l'operatività della ritenzione, nessuna conseguenza sarà destinata a prodursi sia sotto il profilo dell'opponibilità del diritto a eventuali terzi acquirenti, sia sotto quello dello *ius prelationis*: da cui deriva, in altri termini, che il diritto di ritenzione non consente in alcun modo al creditore di impedire che il bene che ne costituisce l'oggetto possa essere sottoposto a esecuzione forzata presso di lui per iniziativa di altri creditori⁽²⁰⁸⁾.

Muovendo da tali ultime riflessioni, è possibile allineare il diritto di ritenzione di cui si va discorrendo alla disciplina delle altre ipotesi di ritenzione contemplate dal codice civile; in particolare, poi si aggiunge come “dagli artt. 2756 e 2761 c.c. [possa] trarsi argomento per affermare che il legislatore, quando ha ritenuto che la natura del credito giustificasse l'attribuzione al creditore di un diritto di prelazione sul bene, lo ha fatto attraverso la specifica previsione del privilegio, chiaramente distinto dal diritto di ritenzione, pur contestualmente riconosciuto al creditore”⁽²⁰⁹⁾.

vigente “presuppone che il nuovo debito abbia una scadenza diversa da quella della sua nascita, il che, come è noto, non si ha per le obbligazioni *ex delicto*, per le quali vale la regola *statim debentur*” (G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 111); sul punto, cfr. anche A. MONTEL, voce *Pegno*, (*diritto vigente*), cit., 786. Di opinione contraria, invece, A. DI FILIPPO-M.R. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale. Privilegi - Pegno*, cit., 570. In giurisprudenza, sul punto, v. Cass. 31 gennaio 1962, n. 178, in *Rep Foro it.*, 1962, voce *Pegno*, c. 2010 n.4

⁽²⁰⁸⁾ In questo senso, cfr. G. GORLA-P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*; S. CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., 699.

⁽²⁰⁹⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 65.

A conti fatti, dunque, il diritto di ritenzione contemplato all'art. 2794, secondo comma, c.c. costituisce sì un effetto del pegno (o meglio, dello spossessamento), ma della cui estraneità alla funzione della garanzia non sembra potersi assolutamente dubitare: nel senso che il pegno assolve senz'altro una funzione di garanzia rispetto all'obbligazione per la quale viene costituito, ma all'opposto – e sempre sotto il profilo della tutela del credito – è destinato a rimanere del tutto indifferente a fronte delle nuove obbligazioni eventualmente contratte dal debitore (con lo stesso creditore, già pignoratizio).

Quanto appena affermato trova diretta conferma nella circostanza che, codice alla mano, il vincolo pignoratizio sia destinato ad estinguersi nel momento in cui venga a realizzarsi l'adempimento l'obbligazione garantita: il che equivale a dire che “l'effetto ulteriore previsto dalla disposizione in esame [...] ne costituisce un *posterius* che si produce quando la funzione del pegno si è già realizzata”⁽²¹⁰⁾.

Alla luce delle precedenti considerazioni, pertanto, deve escludersi che il diritto di ritenzione, pur conseguente allo spossessamento, costituisca una connotazione essenziale del pegno: esso invece è un effetto certamente ricollegabile alla consegna che il datore in garanzia fa della *res* in favore del creditore pignoratizio, ma che in nessun modo è preordinato ad integrare, neppure in minima parte, la funzione di garanzia sussumibile al pegno.

Rimane infine da valutare l'ultimo dei tre profili precedentemente menzionati: l'indagine in merito agli effetti ulteriori riconducibili allo spossessamento e alla loro pretesa rilevanza nell'economia della disciplina dell'istituto non può infatti considerarsi pienamente esaurita senza aver attentamente soppesato la portata del diritto del creditore pignoratizio, in corso di rapporto, di poter far propri i frutti: mi riferisco alla peculiare disciplina dettata dall'art. 2791 c.c., in virtù della quale è stato sostenuto che la privazione materiale del bene al debitore avrebbe “uno scopo positivo, in quanto, dando al creditore la detenzione della cosa, serve a semplificarli la percezione dei frutti (art. 2791)”⁽²¹¹⁾.

⁽²¹⁰⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 66. In tema, cfr. altresì E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 128 s.

⁽²¹¹⁾ Così D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 218 s.; in questo senso, cfr. altresì S.

Una volta preso atto del fatto che il possesso del creditore della *res* impegnata costituisce il presupposto indispensabile per l'operatività della disciplina in esame, quel che occorre verificare è se la facoltà riconosciuta al creditore di far propri i frutti in ragione del suo diritto debba o meno considerarsi centrale nell'ambito della funzione di garanzia sussumibile al pegno.

La questione appena posta non è tuttavia di immediata soluzione, e impone alcune dirimenti riflessioni.

Anzitutto è opportuno muovere dal dato letterale che è a nostra disposizione: come già anticipato, l'art. 2791 c.c. stabilisce che qualora sia stata data in pegno una *res* fruttifera, al creditore può essere concessa la facoltà di fare suoi i frutti, «*imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale*»⁽²¹²⁾; tuttavia, ciò di cui si sta discorrendo non deve credersi essere in contraddizione con quanto precedentemente affermato, ossia che al creditore è preclusa ogni facoltà di utilizzo del bene offertogli in garanzia. tale circostanza, infatti, viene espressamente preclusa dall'art. 2792 c.c.

Ciò equivale a dire che non è possibile trarre dall'art. 2791 c.c. l'esistenza di un più ampio diritto di godimento riconosciuto al creditore: all'opposto, il percepire i frutti derivanti dal bene impegnato consiste in una facoltà riconosciuta al creditore pignoratizio e che “viene in rilievo come mezzo che gli consente di conseguire direttamente, seppure in parte, la soddisfazione del suo credito”⁽²¹³⁾.

CICCARELLO, voce *Pegno (diritto privato)*, cit., 698.

(212) La disposizione non era presente nel codice del 1865 nel vigore del quale era ammesso esclusivamente il diritto di appropriarsi degli interessi del credito dato in pegno e non invece dei frutti della cosa (art. 1896 c.c. abr.). L'attuale previsione normativa viene tuttavia comunemente intesa nel senso che il creditore può fare propri i frutti provenienti direttamente dalla cosa o diritto assoggettato a pegno (frutti naturali, dividendi o rendite di azioni, quote sociali o titoli, premi di buoni del tesoro) e non i frutti derivanti da negozi di concessione in godimento a terzi della cosa (canone di locazione del bene) o del diritto (corrispettivo delle licenze sul diritto del brevetto), ricadendo queste ultime fattispecie nella previsione normativa dell'art. 2792 c.c. che interdice al creditore pignoratizio sia l'uso della cosa che, più specificamente, la concessione della stessa in godimento ad altri. In questo senso, cfr. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 332.

(213) Così D. RUBINO, *op. cit.*, 247. Di opinione parzialmente contraria, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile, III, Obbligazioni e contratti*, cit., 249, secondo cui la facoltà di fare propri i frutti della cosa ricevuta in pegno attribuita al creditore pignoratizio dall'art. 2791 c.c. è descritta alla stregua di una facoltà di godimento.

Chiarito tale primo aspetto, occorre ora focalizzare l'attenzione sul modo in cui avvenga l'acquisto dei frutti da parte del creditore pignoratizio: il disposto normativo a cui occorre guardare è quello dettato dall'art. 821 c.c. in forza del quale, da una parte, viene sancita la regola generale secondo cui i frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce; e, dall'altra, vengono fatte salve tutte quelle ipotesi in cui la loro proprietà – come nel caso del bene sottoposto a pegno – sia espressamente attribuita ad altri dalla legge, chiarendo che in tali casi l'acquisto avvenga con la separazione dalla cosa madre⁽²¹⁴⁾: ne deriva che il titolare del diritto di garanzia, una volta acquistata la proprietà dei frutti, oltre a ritenerli e imputarli al capitale, potrà anche venderli nelle forme degli artt. 2796 e 2797 c.c., oppure appropriarsene a soddisfazione del suo diritto, previa stima dei frutti naturali al fine di imputarne il valore al credito⁽²¹⁵⁾.

Da ultimo, va poi ricordato come dal combinato disposto delle norme richiamate si ricava che il creditore – salvo ovviamente la previsione di un patto contrario – potrà far propri i frutti ed imputarli al capitale secondo un criterio che prescinde dall'esigibilità del credito, e quindi anche in un'epoca antecedente alla scadenza dell'obbligazione garantita.

Ora, volgendo lo sguardo al dato normativo, è possibile rilevare come la «*facoltà*» di cui si discorre all'art. 2791 c.c. sia stata tradizionalmente intesa dalla dottrina tradizionale non già come una posizione di esclusivo vantaggio del titolare della garanzia, bensì come una situazione complessa di diritto-dovere: in altri termini, il creditore pignoratizio non ha solo il diritto, ma anche il dovere di avvantaggiarsi della produttività del bene offerto in garanzia, facendo propri i frutti; così facendo, da una parte soddisfa il suo interesse alla realizzazione del credito e, dall'altra, soddisfa l'interesse del debitore a conseguire l'effetto (seppure parziale) liberatorio

⁽²¹⁴⁾ Si osserva come prima della separazione, il creditore titolare del diritto di pegno sulla cosa madre può, al pari di ogni altro creditore, assoggettare a pignoramento, ai sensi dell'art. 516 c.p.c., i frutti pendenti. Si è rilevato, in proposito, che l'aver il legislatore previsto la pignorabilità dei frutti pendenti e, al contempo, la loro volontaria alienabilità (art. 1472 c.c.), determina complessi problemi di diritto processuale e sostanziale “tra i quali, in modo particolare, quello relativo al conflitto possibile tra il creditore pignorante e l'acquirente dei frutti pendenti” (P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di “cosa futura”*, Napoli, 1962, 296).

⁽²¹⁵⁾ Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 67 s.

dall'obbligazione e così altresì favorendo il suo riacquisto del bene impegnato⁽²¹⁶⁾.

Si rendono a questo punto necessarie alcune ulteriori precisazioni

A ben vedere, qualificare la «facoltà» prevista in capo al creditore pignoratorio dalla norma in parola sempre e comunque come un vero e proprio obbligo, rischia di portare all'approdo di risultati ermeneutici non pienamente accettabili.

Come è stato infatti attentamente osservato, quest'ultimo "orientamento sembra muoversi nel solco di quell'impostazione metodologica, assolutamente condivisibile, che reputa superabile il dato meramente letterale in favore dell'interpretazione normativa più adeguata e maggiormente compatibile con gli interessi ed i valori in gioco" così facendo "coerentemente seguire alla collocazione della facoltà prevista dall'art. 2791 c.c. all'interno di una situazione di diritto-dovere, l'applicazione, nell'ipotesi di mancato esercizio della detta facoltà, dell'art. 2793 c.c., che attribuisce al debitore la possibilità di chiedere il sequestro della cosa impegnata allorché il creditore abusi della cosa data in pegno, salva, in ogni caso, l'azione risarcitoria"; cionondimeno un'interpretazione della norma capace di essere maggiormente rispondente, da una parte, agli interessi del creditore e, dall'altra, del debitore, non può essere quella che fa carico al primo, sempre e comunque, di imputare i frutti secondo le modalità indicate, poiché in tal modo si "frustra proprio la detta impostazione metodologica"⁽²¹⁷⁾.

E infatti, muovendo da tali riflessioni, occorre rammentare come il pegno sia destinato a garantire l'adempimento non solo delle obbligazioni pecuniarie, bensì di qualunque obbligazione, quale che sia la sua natura: conseguentemente, ogniqualvolta la prestazione dovuta dal debitore non consista nel pagamento di una

⁽²¹⁶⁾ In tal senso, si v.: F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 10: "l'art. 2791 prevede per il creditore la «facoltà» di appropriarsi dei frutti. Deve invece ritenersi che si tratti di un vero e proprio obbligo"; ID., *Il pegno*, cit., 809; E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 127; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 104: "Per quanto l'articolo in esame non lo dica, credo che il potere del creditore di percepire i frutti sia anche un *dovere*; sicché, se egli non lo esercita, né permette che lo eserciti il debitore, si potrà applicare l'articolo 2793 [sequestro della cosa offerta in garanzia su istanza del costituente per abuso del creditore pignoratorio *n.d.a.*]; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 248.

⁽²¹⁷⁾ Sul punto, osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 68 s., spec. 69 (*ivi* nt. 105).

somma di denaro, bensì ora nella consegna di altro bene, ora nell'esecuzione di una determinata attività, "l'esazione da parte del creditore non può esaurirsi nell'appropriazione dei frutti e nel conteggio del valore di questi nell'ambito dei crediti vantato, ma richiede il loro accantonamento fino allo scadere dell'obbligazione, peraltro per la sola eventualità dell'inadempimento, non giustificandosi altrimenti l'imputazione da parte del creditore", essendo quest'ultimo – nelle ipotesi in parola – chiamato a porre in essere una vera e propria attività di conservazione e gestione del bene a favore del debitore "come, ad esempio, conservare e presumibilmente lavorare (oltre che raccogliere) il miele prodotto dalle api; provvedere non solo al parto dell'animale pregno ma anche allo svezzamento dei nati; conservare e trattare oltre che tosare la lana delle pecore"; e tutto ciò, si ribadisce, solo per l'eventualità dell'inadempimento, allorquando, tradottasi l'obbligazione del debitore in quella succedanea consistente nel risarcimento del danno, in quest'ultima sarà possibile potrà quantificare quanto pervenuto al creditore a seguito della liquidazione dei frutti⁽²¹⁸⁾.

Volendo stendere un primo bilancio sulla questione, dunque, è possibile affermare sin d'ora come non appaia corretto intendere quella «*facoltà*» di cui parla l'art. 2791 c.c. sempre e comunque come un dovere posto a carico del creditore pignoratizio.

Un ulteriore spunto in tal senso, poi, è possibile ravvisarlo avendo riguardo alla (parallela) disciplina dettata dal codice civile in materia di pegno di crediti: infatti, l'art. 2802 c.c., nella sua prima parte, stabilisce che: «*Il creditore pignoratizio è tenuto a riscuotere gli interessi del credito o le altre prestazioni periodiche, imputandone l'ammontare in primo luogo alle spese e agli interessi e poi al capitale*»; ma allora non potrà sfuggire all'interprete che, laddove all'art. 2791 c.c., in materia di pegno di beni mobili, si discorra di una mera «*facoltà*» di fare propri i frutti (ancorché intesa come dovere in dottrina), all'art. 2802 c.c., invece, sia espressamente previsto che il creditore pignoratizio «*è tenuto*» a riscuotere gli interessi del credito o le altre prestazioni periodiche.

⁽²¹⁸⁾ In tal senso, v. F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 70.

Occorre quindi interrogarsi se, proprio in considerazione della diversa natura dell'oggetto della garanzia (beni mobili e crediti) e del diverso tenore letterale delle norme di riferimento (artt. 2791 e 2802 c.c.), non si giustifichi in merito alla percezione dei frutti (naturali e civili) una disciplina differente.

Si può infatti osservare come nell'ipotesi in cui il bene dato in pegno sia un credito, l'attività richiesta al titolare della garanzia, al fine di salvaguardare la naturale fruttuosità del denaro e, allo stesso tempo, l'interesse del debitore alla sua eventuale conservazione fino alla scadenza dell'obbligazione (quando questa consista non in un'obbligazione pecuniaria, bensì in una prestazione diversa), non abbia in alcun modo natura gestoria, ma si risolva in una mera riscossione e, al più, conservazione degli interessi nel frattempo maturati sul credito.

All'opposto, invece, qualora il bene offerto in pegno non sia un credito, bensì un bene mobile, l'attività di far propri i frutti in costanza di rapporto può comportare, come visto, a seconda dell'obbligazione che si vuole garantire (se non pecuniaria), l'osservanza di onerosi adempimenti da parte del creditore pignoratizio: con ciò, sia chiaro, non si intende sostenere che l'art. 2791 c.c. debba essere interpretato alla lettera, nel senso che al creditore vada riconosciuta la semplice facoltà di fare propri i frutti, ma, al contrario, affermare che è necessario rifuggire da soluzioni destinate a operare in termini assoluti, queste ultime potenzialmente non rispondenti alla *ratio* della disciplina e alla soddisfazione degli interessi regolati.

Come è stato acutamente osservato, si tratta, in buona sostanza, di “temperare attraverso un giudizio di ragionevolezza le esigenze di solidarietà che impongono un comportamento di cooperazione al creditore in vista del soddisfacimento dell'interesse (quello al miglior sfruttamento del bene) comune al debitore”⁽²¹⁹⁾.

Orbene, ponendosi in tale prospettiva, è possibile sostenere che, circa il diritto-dovere di percepire i frutti, sia configurabile una disciplina che varia a seconda delle circostanze.

Così, da una parte, il creditore pignoratizio potrà e, al tempo stesso, dovrà, fare

⁽²¹⁹⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 72. Sul giudizio di ragionevolezza come strumento ermeneutico, cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 20 s.

propri i frutti del bene ogniqualvolta tutto ciò che gli viene richiesto consisterà in una mera attività di riscossione; non solo: qualora, pur essendone tenuto, decida di sottrarsi ingiustificatamente alla predetta attività, il suo comportamento sarà destinato ad integrare un vero e proprio abuso ai sensi dell'art. 2793 c.c.

Mentre, dall'altra parte, qualora per la natura del bene dato in pegno ovvero per l'impossibilità di procedere all'imputazione immediata dei frutti venga richiesto al creditore pignoratizio lo svolgimento di una vera e propria attività di conservazione e gestione rispetto al bene fruttifero oggetto di garanzia (ed è questo il caso in cui il pegno sia stato prestato a tutela di un'obbligazione non pecuniaria), al medesimo creditore sarà sì riconosciuta la facoltà di porre in essere la predetta attività, tuttavia senza che gli sia contestualmente imposto il dovere di compierla⁽²²⁰⁾: nessun dovere, dunque, ma una semplice facoltà che il creditore può sfruttare o meno.

Pertanto, anche alla luce delle precedenti considerazioni, focalizzandosi sul pegno di beni mobili e ritornando alla questione prospettata in apertura del presente paragrafo – configurabilità di ulteriori effetti riconducibili allo spossessamento e loro rilevanza ai fini dell'assolvimento della funzione di garanzia – quel che rimane ora da valutare è se e in quale misura la percezione dei frutti da parte del creditore pignoratizio – percezione il cui presupposto viene ad essere necessariamente costituito dalla *traditio* del bene impegnato a suo favore – sia destinata ad assurgere a connotato essenziale dell'istituto pignoratizio.

A tale ultimo riguardo, ben si può ritenere che solamente nell'ipotesi in cui il titolare del pegno, pur non essendo tenuto a far propri i frutti del bene per le ragioni appena esposte, li conservi in vista della escussione del pegno, la disciplina dettata dell'art. 2791 c.c. e la relativa attività possono concorrere a definire il contenuto della garanzia; all'opposto, ogniqualvolta l'attività di apprensione dei frutti prodotti dal bene offerto in garanzia costituisca non già una mera facoltà, ma un vero e proprio dovere per il creditore, così permettendogli di soddisfare il suo interesse

⁽²²⁰⁾ Osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 73, come “[p]resentandosi tali eventualità, sembra peraltro ragionevole ipotizzare che il creditore debba consentire al debitore di intervenire per porre in essere personalmente le operazioni strumentali alla cura del bene e dei suoi frutti, apparendo la violazione di detto dovere, sanzionabile ai sensi dell'art. 2793 c.c.”.

immediatamente e sugli stessi frutti, non sembra possibile rinvenire in tale attività una vera e propria attuazione della funzione di garanzia.

All'opposto, invece, in tali ultime situazioni pare corretto ritenere che la stessa attività di percezione dei frutti sia destinata ad incidere direttamente sul regolamento (e sull'adempimento) del rapporto obbligatorio principale e garantito (e non sull'accessorio rapporto di garanzia)⁽²²¹⁾: invero, tali i presupposti “ne risulta modificato il tempo dell'adempimento, scandito da un meccanismo perequativo degli interessi in gioco, idoneo ad evitare gli effetti negativi del *fermo* della cosa impegnata presso il creditore”⁽²²²⁾.

In definitiva, pertanto, è possibile mettere un punto fermo sulla questione: e cioè che sia da escludere il fatto che la disciplina circa la percezione dei frutti da parte del creditore pignoratizio, disciplina che regola gli effetti dello spossessamento in relazione alla produttività del bene, incida in maniera essenziale sulla funzione della garanzia assolta dal pegno: la facoltà attribuita al creditore di farli propri, imputandoli al credito, è coerente alla finalità per la quale egli possiede il bene; ma non è certo questa la ragione essenziale per cui il possesso dello stesso gli è stato trasferito.

Il che, quindi, equivale a dire che anche il diritto-dovere del creditore pignoratizio di soddisfarsi sui frutti, al pari, da un lato, della pressione psicologica esercitata sul debitore dalla privazione della disponibilità materiale del bene oppignorato e, dall'altro, del diritto di ritenzione, pur essendo astrattamente riconducibili (necessariamente) allo spossessamento, non integrano un elemento

⁽²²¹⁾ È questa la posizione, condivisa, di F. DELL'ANNA MISURALE, *op. loc. cit.* Di opinione contraria, invece, G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 104, secondo cui la facoltà attribuita dall'art. 2791 c.c. al creditore pignoratizio è idonea ad attuare, anticipandone gli effetti, la funzione satisfattiva della garanzia. Tuttavia, a tale considerazione, si è giustamente obiettato che “quest'ultima funzione [...] attiene al momento patologico del rapporto obbligatorio e presuppone l'inadempimento rispetto al quale si pone come regole della sanzione (esecuzione forzata), mentre la facoltà-dovere del creditore di appropriarsi dei frutti del bene impegnato prescinde del tutto dall'inadempimento e dalla relativa responsabilità” (F. DELL'ANNA MISURALE, *op. loc. cit.*).

⁽²²²⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *op. loc. cit.* Osserva in proposito G. GORLA-P. ZANELLI, *op. cit.*, 279, che “il nostro legislatore ha ritenuto che in questo caso sia contrario ai principi di una sana economia e dell'incentivo allo sfruttamento della ricchezza nazionale il mantener fermi, cioè sequestrati fino alla vendita o al pagamento, anche i frutti o interessi”.

qualificante la disciplina del pegno: rinunciando allo spossessamento, dunque, verrebbero sì meno tali ulteriori effetti, senza che però ciò comporti (al tempo stesso) un'alterazione della funzione di garanzia che il pegno è preordinato ad assolvere.

SEZIONE II

I PEGNI SENZA SPOSSAMENTO NELLA LEGISLAZIONE SPECIALE

9. *Il pegno su merci in lavorazione: dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 all'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122.*

Con la l. 24 luglio 1985, n. 401, recante «*Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione d'origine tutelata*», è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico una speciale figura di pegno. Si tratta di un'ipotesi peculiare, da una parte capace di superare la rigidità della disciplina codicistica che fa perno sullo spossamento e, quindi, di prescindere del tutto dalla consegna della *res* da parte del debitore-concedente che richiede il finanziamento; dall'altra, in grado di assicurare al creditore l'acquisto di una garanzia reale idonea a giustificare l'erogazione del credito a condizioni meno onerose⁽²²³⁾.

I motivi della scelta del settore merceologico sul quale il legislatore ha voluto intervenire⁽²²⁴⁾ sono stati individuati da un lato nel significativo rilievo economico

⁽²²³⁾ Si legge nella relazione illustrativa che accompagna la proposta, poi divenuta il testo della l. 24 luglio 1985, n. 401: "Il produttore non può spossarsi del prosciutto, consegnandolo al creditore o ad un terzo, perché le stesse norme che regolano la produzione esigono un costante rapporto tra impresa e prodotti fino al compimento della stagionatura". A tal proposito, la relazione lamenta che "il sistema bancario" non ha "individuato una formula idonea" a soddisfare le esigenze di credito degli operatori del settore. In effetti, come osservato da uno dei primi commentatori (A. GUARNIERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corr. giur.*, 1985, 904), dal momento che la natura del bene costituisce ostacolo insormontabile all'utilizzo del tradizionale strumento di finanziamento offerto dal contratto di anticipazione bancaria su pegno di merci, "le esigenze del credito sono state soddisfatte per lo più da investitori privati, spesso occasionali e, come tali, incapaci di assicurare stabilità e sviluppo al settore". Per un commento analitico della l. 24 luglio 1985, n. 401, v.: L. CAPALDO, *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossamento*, in *Dir. banc.*, 1987, I, 455 ss.; G. COSTANTINO-A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Nuove leggi civ.*, 1986, 540 ss. Cfr. altresì R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 122 ss.

⁽²²⁴⁾ Cfr. F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 96: "Molti sono i prodotti, alimentari e non, che richiedono un periodo di stagionatura o di lavorazione in locali appositamente attrezzati: altri tipi di salumi, formaggi, vini, liquori; si potrebbe pensare, inoltre, all'allevamento o all'essiccazione del pesce, alla concia delle pelli o ai processi di lavorazione delle lane pregiate". Sul punto, cfr. anche S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 183 s.

assunto, fra gli anni '70 e '80 del XX secolo, dalla produzione interna del prosciutto (anche in conseguenza dell'apertura dei mercati americani ai prodotti italiani a denominazione d'origine tutelata) e, dunque, nell'importanza di assicurare al settore di riferimento l'afflusso dei capitali necessari; e, dall'altro, nell'esigenza di normative già intervenute in precedenza a regolare l'attività di produzione dei prosciutti a denominazione d'origine⁽²²⁵⁾.

In altri termini, la l. 24 luglio 1985, n. 401 trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di superare le difficoltà incontrate dagli operatori nel reperire i mezzi finanziari necessari per l'acquisto della materia prima; difficoltà, queste ultime, "derivanti dall'immobilizzo di un cospicuo capitale per un periodo abbastanza lungo (dai 9 ai 12 mesi), e configura una garanzia conforme alle esigenze produttive del settore"⁽²²⁶⁾.

E la soluzione che è parsa al legislatore più idonea (e immediata) al fine di soddisfare la predetta esigenza è stata, appunto, quella di attuare normativamente il superamento di uno dei caratteri tipici del pegno, lo spossessamento, sostituendolo con altre formalità comunque in grado di assolvere alle funzioni a cui quest'ultimo è

⁽²²⁵⁾ Osserva S. GATTI, *op. cit.*, 185, nt. 22, come sui prosciutti esistevano già provvedimenti statali sulla tutela della denominazione d'origine per il prosciutto di Parma, la legge 4 luglio 1970, n. 506 ed il relativo regolamento di esecuzione approvato con d. P. R. 3 gennaio 1978, n. 83 (la l. n. 506 del 1970 è stata poi abrogata dalla legge 13 febbraio 1990, n. 26, che prevede un nuovo regolamento di esecuzione, ma dispone che finché non venga emanato continuino ad applicarsi le norme del d. P. R. n. 83 del 1983); per il prosciutto di S. Daniele del Friuli, la legge 4 luglio 1970, n. 507 (parzialmente modificata dalla legge 5 gennaio 1984, n. 2), ed il regolamento di attuazione approvato con d. P. R. 23 febbraio 1982, n. 307); per il prosciutto iberico-euganeo, la legge 4 novembre 1981, n. 628; sul punto, cfr. altresì A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 69 ss.). Le leggi citate muovono dalla delimitazione delle rispettive zone tipiche di produzione, per stabilire in modo dettagliato: le caratteristiche del prodotto, le fasi di svolgimento del ciclo di lavorazione, l'idoneità dello stabilimento e soprattutto degli impianti per il mantenimento della temperatura, del grado di umidità, della refrigerazione e ventilazione, le sostanze di cui è vietato l'uso, la durata minima della stagionatura ed infine un severo sistema di controlli, affidato ad un consorzio volontario di produttori.

⁽²²⁶⁾ S. GATTI, *op. cit.*, 184. Osserva R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 123 s., nt. 41: "È proprio riguardo al bene ed alla sua particolare esposizione al rischio di peribilità, infatti, che lo spossessamento si è rivelato improponibile in tale fattispecie: diversamente dagli altri prodotti, i cosciotti dei prosciutti in lavorazione abbisognano di conservazione in locali appositi, ubicati all'interno della struttura dell'impresa, in quanto necessitanti della continua osservazione del personale tecnico-specializzato, sia per le esigenze di lavorazione e di salagione, che per le esigenze di circolazione".

fisiologicamente preordinato: ossia, in buona sostanza, tutelare il creditore pignoratizio segnalando l'esistenza del vincolo, così da evitare il rischio della perdita della garanzia per effetto dell'art. 1153 c.c.⁽²²⁷⁾.

Ma procediamo con ordine.

Anzitutto, quanto alla struttura del negozio costitutivo di garanzia, mancando qui l'elemento della consegna della *res*, ogni suggestione volta al richiamo dello schema del contratto reale viene esclusa alla radice: tuttavia, come visto in precedenza (v. *retro*, § 3), la corretta ricostruzione della struttura del pegno – compreso quello codicistico, come si evince dall'interpretazione dell'art. 2786 c.c. – porta all'individuazione di un contratto consensuale, non già reale, nel quale la *traditio* rileva solamente ai fini della costituzione del vincolo, e non ai fini del perfezionamento della fattispecie negoziale.

È quindi necessario precisare in via preliminare che – limitandosi per il momento alla sola struttura esterna del pegno – a seguito dell'entrata in vigore della l. 24 luglio 1985, n. 401, del tutto priva di fondamento è l'affermazione secondo cui nel nostro sistema sono venuti a coesistere due figure di pegno (qui inteso, ovviamente, sotto il profilo del titolo costitutivo e non del diritto o del bene gravato): l'una a struttura reale, l'altra a struttura consensuale. All'opposto, invece, nessun dubbio circa la salvaguardia dell'unità dell'istituto, evidenziando come anche il pegno codicistico non si sostanzi in un contratto reale, bensì, per le ragioni già ampiamente illustrate, in uno consensuale.

È dunque possibile mettere un primo punto fermo: da un punto di vista strutturale, quindi, nessuna differenza tra il pegno delineato dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 e quello descritto dagli artt. 2784 e ss., c.c.

⁽²²⁷⁾ È sempre la relazione illustrativa che accompagna la proposta, poi divenuta il testo della l. 24 luglio 1985, n. 401, che chiaramente individua la via da seguire per consentire l'accesso al credito agli operatori di settore nella necessità di “rendere possibile la costituzione del pegno prescindendo dalla consegna del bene”. A quest'ultimo proposito, si segnala un caso emblematico (riportato da S. GATTI, *op. cit.*, 187, nt. 26) in cui oggetto del pegno, quest'ultimo risalente ad epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina, erano dei prosciutti: ebbene, in tale occasione la giurisprudenza aveva escluso la validità del pegno costituito senza spossessamento: v. Trib. Roma, 18 luglio 1991, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 267. Sul punto, cfr. E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, cit., 157 s.

Procedendo oltre, e venendo all'ambito soggettivo della fattispecie in parola, l'art. 1 descrive dettagliatamente la figura del debitore-concedente, stabilendo che sono legittimati all'accesso a tale forma di garanzia solo «*gli operatori qualificati come produttori dalla legge sulla tutela della denominazione d'origine o dai relativi regolamenti di esecuzione*»: a questi ultimi è quindi espressamente riconosciuta la possibilità di costituire «*il pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 cod. civ., con l'apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratizio in qualunque fase della lavorazione, di una speciale contrassegno indelebile e con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente*»⁽²²⁸⁾. In altri termini, il legislatore ha voluto focalizzare l'attenzione sull'ipotesi di pegno concesso a garanzia di un credito concesso alla propria (dell'imprenditore-costituente) impresa⁽²²⁹⁾.

Nulla, all'opposto, viene detto in merito al creditore pignoratizio che, in assenza di espressi limiti normativi, si ritiene possa essere rappresentato da chiunque⁽²³⁰⁾.

Quanto al procedimento di costituzione del pegno in parola, esso – come si evince sempre dalla lettera dell'art. 1, l. 401 del 1985 – si articola in due fasi, tra loro complementari: una prima, consistente nell'apposizione sulla coscia suina di un contrassegno idoneo a rendere evidente e, dunque, opponibile ai terzi (siano essi creditori, aventi causa del debitore o amministrazioni concorsuali) il diritto del creditore⁽²³¹⁾; e una seconda, consistente nell'annotazione dell'operazione su

⁽²²⁸⁾ La disposizione dà corpo ad una “forma particolare di costituzione di pegno”, alternativa allo spossessamento, come ammesso dall'art. 2785 c.c. che, sotto la rubrica «*Rinvio a leggi speciali*», tiene a ribadire l'operatività in materia della regola generale in base alla quale la legge speciale può derogare le norme contenute nel codice.

⁽²²⁹⁾ A. FONTANA, *op. cit.*, 75, osserva come, da una parte, non sono posti limiti in ordine alle dimensioni dell'impresa, sicché anche i piccoli imprenditori possono accedere alla speciale ipotesi di pegno senza spossessamento; dall'altra, che l'imprenditore possa concedere pegno anche a garanzia di un debito altrui.

⁽²³⁰⁾ In tal senso, cfr. A. FONTANA, *op. cit.*, 76.

⁽²³¹⁾ Sul punto v. A. GUARNIERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, cit., 904, il quale ricorda che “la posizione di contrassegno (bollo a fuoco, timbro e piombino) era già prevista dagli usi e consuetudini vigenti in materia, ma solo come semplice strumento di individuazione dei salumi *non* opponibile ai terzi, e, come tale, inidoneo a fornire al creditore che lo ha apposto una causa legittima di prelazione *in executivis*”. L'abitudine di apporre marchi sugli oggetti per indicare l'esistenza di diritti reali o semplicemente la loro provenienza è antica: F. FERRARA JR., *Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1932, 98 e *ivi* nota 2, osserva che “in generale il marchio di proprietà valeva come *segno di prova* e non solo per denotare la proprietà, ma anche un diritto di pegno”.

apposito registro tenuto a cura del debitore: solamente quando entrambe le formalità sono state soddisfatte potrà dirsi realizzato pienamente il meccanismo pubblicitario mediante il quale si costituisce il pegno⁽²³²⁾.

Ad ogni modo, ciò non ha impedito agli interpreti di interrogarsi circa la possibilità che “qualche effetto” possa realizzarsi “anche prima che il procedimento sia giunto alla sua conclusione”⁽²³³⁾.

In particolar modo, si è osservato che l'apposizione del contrassegno ben può essere sufficiente ad assicurare al creditore l'opponibilità della garanzia: la presenza del contrassegno, infatti, anche quando l'annotazione sugli appositi registri non sia stata ancora) eseguita, è potenzialmente “idonea ad escludere la buona fede del terzo acquirente il quale non potrà invocare a suo favore l'applicazione dell'art. 1153 c.c.”⁽²³⁴⁾.

servendo, in questa ipotesi, “a supplire la consegna della cosa”. Al riguardo v. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., 250 ss.

⁽²³²⁾ Osservano in proposito G. COSTANTINO-A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 545, che il sistema di pubblicità introdotto dalla nuova normativa “è, in realtà, più articolato di quanto potrebbe sembrare ad una prima impressione” in quanto, accanto al registro previsto dalla l. n. 401 del 1985, da tenersi a cura del debitore per ciascun creditore pignoratizio, gli artt. 10, d.P.R. n. 83 del 1978 e 10, d.P.R. n. 307 del 1982 prevedono altro registro da tenersi obbligatoriamente presso lo stabilimento ove si trovano i beni, che dia conto di ogni costituzione di pegno. A ciascun creditore è fatto obbligo di consultare tale registro per verificare “la consistenza delle partite oggetto di ogni singola operazione di pegno, accertando la quantità numerica dei prosciutti dati in pegno”; di tale accertamento è dato riscontro nello stesso registro da ogni singolo creditore mediante annotazione contenente la data della verifica, la sigla di identificazione del creditore pignoratizio e il numero progressivo dell'operazione. Il che consente di superare la perplessità in ordine alla prova rispetto ai terzi della certezza della data di costituzione del pegno (sulle quali, cfr. A. GUARNIERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, cit., 904, il quale suggeriva, per rimediare all'incertezza, che una copia dei registri tenuti dal debitore venisse depositata presso le Camere di commercio, i Consorzi del prosciutto ovvero i Comuni); infatti, a differenza del registro del singolo creditore, quello previsto dai decreti di attuazione delle leggi di tutela della denominazione d'origine (del prosciutto di Parma e di S. Daniele del Friuli) non può considerarsi una semplice scrittura privata, in quanto soggetta al controllo degli organi dei Consorzi.

⁽²³³⁾ A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 76 ss. Si tratta di ipotesi in pratica marginali (sebbene non impossibili) avendo la legge previsto la contestualità delle operazioni preposte alla costituzione del pegno, ciò non di meno interessanti sul piano teorico in quanto gravide di implicazioni sistematiche.

⁽²³⁴⁾ S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 189; cfr. nel medesimo senso F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 100: tuttavia l'Autrice precisa: “il procedimento previsto dall'art. 1, l. n. 401 del 1985 è, come detto, essenziale per l'esistenza della garanzia, avendo, per espressa

Per contro, si è osservato come alla medesima conclusione non sia possibile pervenire qualora si sia provveduto alla sola registrazione, omettendo di apporre l'apposito contrassegno sulla coscia suina: e ciò, come è stato affermato, considerando l'impossibilità di riconoscere ai registri previsti dalla nuova normativa "la natura di fonte di conoscibilità legale"⁽²³⁵⁾. Parimenti si è osservato come sia proprio quest'ultimo il tratto caratteristico che, in maggior misura rispetto ad altri, consente di distinguere il pegno sui prosciutti dalle altre garanzie mobiliari non possessorie esistenti nel sistema e disciplinate entro lo schema dell'ipoteca: invero navi, aeromobili ed autoveicoli sono beni non solo registrati ma, secondo il dettato dell'art. 815 c.c. «iscritti in pubblici registri», "dove l'aggettivo [pubblici; *n.d.a.*] assume una duplice valenza, poiché sta ad indicare a) che la tenuta di tali registri è affidata a pubblici funzionari, b) che essi sono posti a disposizione del pubblico"⁽²³⁶⁾.

Orbene, venendo al profilo che è qui di maggior interesse, per quanto concerne l'opponibilità ai terzi del vincolo pignoratorio, il sistema di pubblicità stabilito dall'art. 1 della legge in esame ha dato luogo ad un serio problema interpretativo: e cioè se quest'ultimo sia comunque in grado di rendere la garanzia opponibile *erga omnes*, oppure se l'opponibilità debba essere limitata *inter partes*, dal momento che in questa sede non si attua lo spossessamento secondo i principi generali dettati dal

indicazione normativa, natura costitutiva del diritto. Quando, allora, si attribuisce alla sola apposizione del contrassegno l'effetto di rendere opponibile il pegno, si deve avere cura di precisare che ciò che è opponibile non è il diritto di garanzia, che ancora non esiste, ma il diritto alla garanzia, che è comunque sufficiente ad escludere la buona fede del terzo ai fini dell'art. 1153 c.c." (*ivi* 101).

⁽²³⁵⁾ A. FONTANA, *op. cit.*, 77 s.; cfr. M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., 202 s., la quale osserva che "la marchiatura, sostituendosi all'impossessamento, rappresenta all'esterno l'avvenuta "apprensione", sia pure simbolica, del creditore rispetto al bene", questo "in virtù dell'immediata percepibilità del segno dalla quale può essere desunta l'esistenza del rapporto accessorio", mentre l'annotazione sugli appositi registri "potrebbe risultare non sufficiente, attese le modalità circolatorie del bene, a realizzare una immediata visibilità all'esterno della costituzione del vincolo".

⁽²³⁶⁾ A. FONTANA, *op. cit.*, 78, il quale spiega il discostarsi da questo modello da parte della l. n. 401 del 1985 con l'opportunità di non ricorrere "a meccanismi che sarebbero risultati troppo complessi e costosi in rapporto al fine perseguito, ma anche con la sensibilità del legislatore verso "l'interesse del produttore a non rendere noto a tutti il proprio grado di indebitamento"; è proprio questa esigenza, secondo l'Autore, ad aver sconsigliato la previsione di una disposizione che imponga al produttore di mostrare i registri a chiunque ne faccia richiesta per prendere visione delle loro risultanze. Sulle differenze tra il pegno sui prosciutti e l'ipoteca mobiliare v. anche *infra*.

codice civile.

Se, in altri termini, marchiatura e annotazione siano idonee a produrre i medesimi effetti che conseguono allo spossessamento del datore in garanzia, secondo quanto stabilito dall'art. 2786 c.c.

Ebbene, a quest'ultimo riguardo, è stato correttamente osservato come a sostegno della tesi dell'opponibilità *erga omnes* sussistono ragioni sia di carattere logico, sia di carattere sistematico, desumibili dall'intero impianto della legge in esame, che prevede la speciale forma di pubblicità proprio al fine di rendere giuridicamente opponibile ai terzi l'esistenza di un vincolo reale sui beni oggetto di lavorazione; inoltre si può osservare come le modalità di annotazione e di tenuta dei registri sono tali da integrare i requisiti richiesti all'art. 2787 c.c. per il sorgere della prelazione⁽²³⁷⁾.

Giunti a questo punto, è opportuno poi riflettere su un ulteriore dato: la pubblicità consistente nell'apposizione del contrassegno e contestuale annotazione sui registri, parimenti allo spossessamento, ha in comune con l'iscrizione ipotecaria la funzione costitutiva del diritto ma, al tempo stesso, "se ne discosta per l'assenza di un'organizzazione pubblicistica alla base dei meccanismi preposti alla sua esteriorizzazione"⁽²³⁸⁾.

Ciò comporta che, mentre all'atto di iscrizione dell'ipoteca il conservatore dei registri immobiliari può (e deve) procedere senza necessità di alcuna cooperazione da parte del concedente, viceversa tanto l'apposizione del contrassegno, quanto l'annotazione, non possono essere compiute prescindendo dalla collaborazione del debitore⁽²³⁹⁾.

Ne consegue che debba ritenersi pienamente fondata quella diffusa opinione secondo cui il diritto all'ipoteca, o il potere di chiedere l'iscrizione con cui questa

⁽²³⁷⁾ In tal senso, S. GATTI, *op. cit.*, 190; cfr. anche L. CAPALDO, *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, cit., 456: l'Autore ritiene che per l'opponibilità *erga omnes* sia necessario, oltre l'adempimento delle formalità richieste dalla legge, altresì "un'apposita scrittura contenente sufficiente indicazione del credito e della cosa, secondo il dettato di cui all'art. 2787, comma 3°, c.c."

⁽²³⁸⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 102.

⁽²³⁹⁾ Così A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 81: "una certa collaborazione da parte del debitore sarà pur necessaria".

prende grado, sia configurabile quale diritto potestativo; mentre nella situazione giuridica di chi si trovi in possesso di un titolo idoneo a costituire il pegno, debba essere ravvisata la natura di diritto relativo – più precisamente di credito – avente ad oggetto una prestazione di fare: prestazione, quest’ultima che è destinata ad assumere una fisionomia differente a seconda dei casi: infatti, secondo l’impianto codicistico, essa avrà per contenuto la consegna della cosa; mentre, nel caso del pegno regolato dalla l. 24 luglio 1985, n. 401, consisterà nell’apposizione del contrassegno e nell’annotazione della sua esistenza sugli appositi registri⁽²⁴⁰⁾.

Non solo il pegno in parola non sconfinava in un’ipotesi di ipoteca mobiliare; le differenze appena evidenziate fra la natura del meccanismo pubblicitario adottato dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 e quello previsto per l’ipoteca consentono altresì di escludere la fondatezza della tesi che, arrestandosi al dato formale della previsione nel nuovo dettato legislativo di “criteri iscrizionali”, colloca il pegno sui prosciutti “a metà strada tra il pegno e l’ipoteca mobiliare”⁽²⁴¹⁾. A rafforzare il convincimento sulla natura squisitamente pignorizia della garanzia concorre il dato testuale, che espressamente dichiara applicabili «*al pegno come sopra costituito tutte le norme del codice civile relative a tale istituto in quanto compatibili*»⁽²⁴²⁾.

Un ulteriore profilo critico che, perlomeno nelle fasi immediatamente successive all’entrata in vigore della l. 24 luglio 1985, n. 401, è stato oggetto di forte dibattito in dottrina ha riguardato la possibilità di configurare il pegno sulle merci in lavorazione come una garanzia su beni futuri: si tratta di un’impostazione sostenuta e condivisa da alcuni tra i primi commentatori della legge, i quali, in buona sostanza, l’anno

⁽²⁴⁰⁾ A. FONTANA, *op. cit.*, 82.

⁽²⁴¹⁾ Così G. COSTANTINO-A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 543. Reputa che la garanzia in questione, pur non configurandosi come tale, presenti i caratteri dell’ipoteca mobiliare anche. G. TUCCI, *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in M. PELLEGRINI-M. SEPE-V. TROIANO, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, 3^a ed., Tomo I, CAPRIGLIONE (diretto da), Padova, 2012, 542. È opportuno osservare che il dibattito sulla qualificazione giuridica del pegno sui prosciutti (pegno, ipoteca mobiliare, garanzia a “metà strada” tra le due) non sembra avere ricadute concrete sulla individuazione della normativa applicabile, attesa la diffusa opinione secondo la quale le discipline dettate per i diversi tipi di garanzia sono reciprocamente integrabili. In tal senso, cfr. F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, cit., 6.

⁽²⁴²⁾ Art. 7, l. 24 luglio 1985, n. 401.

basata sulla considerazione che la legge in esame “ha per oggetto i prosciutti a denominazione d’origine tutelata, ma viene costituita, prima che questi vengano ad esistenza, sulle cosce fresche suine”⁽²⁴³⁾.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di una tesi non pienamente convincente, alla quale si è agevolmente obiettato che – qualora ci si ponesse in tale prospettiva – lo scopo prefissatosi dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 di favorire la crescita e agevolare l’accesso al credito nel settore agroalimentare “verrebbe frustrato proprio nelle sue finalità, in quanto la garanzia reale non potrebbe essere immediatamente operante, dovendosi attendere, per il prodursi del suo caratteristico effetto, il venire ad esistenza del bene futuro”⁽²⁴⁴⁾.

Oltre alle considerazioni in merito alla *ratio* dell’intervento legislativo, si è poi aggiunto che sarebbe la tipologia stessa della *res* che forma oggetto della garanzia a non prestarsi ad una configurazione alla stregua di bene futuro, ma piuttosto “come bene oggetto di un processo di produzione, cioè suscettibile di un cambiamento che, senza alterarne la struttura ontologica, è in grado di mutarne la destinazione ed utilizzazione economica e commerciale, con evidenti riflessi sul regime giuridico di circolazione del bene stesso”⁽²⁴⁵⁾.

La configurazione del pegno sui prosciutti come garanzia su beni futuri, quindi, è stata contestata anzitutto muovendo dall’osservazione che ciò comporterebbe “il differimento dei suoi effetti al momento del venire ad esistenza del bene, con buona pace [...] delle finalità perseguite dalla legge”, ed evidenziando come “[t]ale conclusione poggia sul detto dell’art. 2823 c.c. che, in materia di ipoteca, consente l’iscrizione della garanzia solo quando la cosa è venuta ad esistenza”⁽²⁴⁶⁾.

Ne consegue che, se è pur possibile concordare chi, sulla base dell’unità del sistema delle garanzie reali, accredita la reciproca integrabilità delle discipline dettate per i diversi tipi di garanzia⁽²⁴⁷⁾, certamente non è possibile non cogliere come, nel caso di specie, l’applicazione della regola contenuta nell’art. 2823 c.c. appaia del tutto

⁽²⁴³⁾ Così G. COSTANTINO-A. JANNARELLI, *op. cit.*, 544.

⁽²⁴⁴⁾ L. CAPALDO, *Osservazioni su un’ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, cit., 461.

⁽²⁴⁵⁾ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 24 s.

⁽²⁴⁶⁾ F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 104.

⁽²⁴⁷⁾ In tal senso, su tutti, cfr. F. REALMONTE, voce *Pegno, I) In generale*, cit., 1 ss.

fuori luogo: invero, la *ratio* della norma in parola risiede nell'impossibilità di descrivere il bene futuro (in quanto inesistente) nella nota d'iscrizione dell'ipoteca, ovvero nell'impossibilità di costituire la garanzia perché il meccanismo pubblicitario, essenziale per la nascita dell'ipoteca, non può compiersi finché il bene non venga ad esistenza. Questa impossibilità ricorre, allo stesso modo, nell'ipotesi di pegno ordinario, in quanto le norme del codice ne subordinano la costituzione allo spossessamento che, al pari dell'iscrizione, non può avere luogo se il bene non viene ad esistenza⁽²⁴⁸⁾. Al contrario, le formalità richieste per la costituzione del pegno sui prosciutti – marchiatura ed annotazione – prescindono dalla presenza del prodotto finito; di più, sono pensate proprio al fine di consentire il suo venire ad esistenza.

Vale, pertanto, con riferimento al pegno sui prosciutti, la conclusione cui la dottrina è giunta nelle ipotesi di pegno di credito o di altri diritti, in base alla quale “se ai fini della costituzione non occorre l'impossessamento, il pegno di beni futuri si può subito validamente costituire e prende data dalla sua costituzione nelle forme di che agli art. 2800, 2801, 2806”⁽²⁴⁹⁾; e alle dette disposizioni può ora aggiungersi l'art. 1, l. 24 luglio 1985, n. 401, il quale prevede un'altra forma particolare di costituzione di pegno, come espressamente consentito dall'art. 2785 c.c.

Ad ogni modo, anche a voler soprassedere sull'alternativa tra la configurazione del bene oggetto della garanzia (e del relativo diritto) come presente o futuro, il rilievo che pare essere decisivo è quello per cui la tutela del creditore pignoratorio, durante il periodo intercorrente tra l'apposizione del marchio sulla coscia suina, e contestuale annotazione sui registri, e l'*opus perfectum*, non è quella accordata dal diritto comune al titolare di un diritto di credito, né tantomeno può ridursi a quella posta a presidio di una semplice aspettativa⁽²⁵⁰⁾, ma è quella, specificamente previste

⁽²⁴⁸⁾ In ordine al più generale problema dell'ammissibilità del pegno su beni futuri, le difficoltà sollevate da una parte della dottrina derivano dalla natura del contratto di pegno: sul punto v. *retro*, § 3.

⁽²⁴⁹⁾ G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 29; cfr. altresì F. REALMONTE, voce *Pegno*, I) *In generale*, cit., 1 ss.

⁽²⁵⁰⁾ Cfr. A. FONTANA, *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, cit., 84 s, il quale così conclude, dopo aver rilevato che l'alternativa (tra bene futuro e bene presente) “nei termini così rigidi nei quali è stata formulata, può essere fonte di equivoci”, non potendosi nella specie parlare di bene futuro nell'accezione che alla locuzione di è soliti attribuire (ovvero bene

dalla nuova legge, derivante dalla costituzione del vincolo di garanzia reale⁽²⁵¹⁾.

In conclusione, dunque, non vi è dubbio che il pegno sulle merci in lavorazione introdotto dal legislatore speciale sia un pegno a tutti gli effetti: l'anomalia della fattispecie è stata segnata dalla legittimata mancanza dello spossessamento del debitore pignorato e dalla formalità iscrivizionali-pubblicitarie concepite in sostituzione proprio dello spossessamento⁽²⁵²⁾.

Dopo un breve periodo di tempo, poi, la disciplina prevista per la costituzione del pegno sui prosciutti è stata estesa ai prodotti lattiero – caseari a denominazione d'origine a lunga stagionatura⁽²⁵³⁾: il che, se da un lato, ha confermato la diffusa esigenza del mondo economico di disporre di una garanzia non possessoria, dall'altro, ha fatto emergere in modo chiaro un atteggiamento di un legislatore più incline ad interventi settoriali sulla spinta di istanze contingenti che al ripensamento organico della disciplina del pegno⁽²⁵⁴⁾.

che ancora non esiste in natura), in quanto la coscia suina è già un bene esistente; ma neppure è corretto ignorare che fra detto bene e il prosciutto (sul cui valore commerciale fa affidamento il creditore ai fini della garanzia) vi è un lungo processo di lavorazione, a seguito del quale è per giunta necessaria l'applicazione, da parte del consorzio, del contrassegno che attribuisce la denominazione d'origine tutelata.

⁽²⁵¹⁾ Così F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, 106.

⁽²⁵²⁾ In tal senso, cfr. F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativo di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1463, il quale, riferendosi alla marchiatura (ma il discorso viene allargato alle altre ipotesi di pegno senza spossessamento), evidenzia come la tutela dei terzi e della *par condicio creditorum* venga affidata a modalità differenti da quella immediatamente riconoscibile, rappresentata dallo spossessamento.

⁽²⁵³⁾ V. art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 22, recente disposizioni modificative e integrative alla normativa che disciplina il settore agricolo e forestale, ove si stabilisce che “Il pegno sui prodotti lattiero – caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura può essere costituito dai produttori che adempiono alle condizioni previste per la immissione in consumo di tali prodotti, oltre che con le modalità previste dall'articolo 2786 del codice civile, nella forma e con le modalità previste dalla legge 24 luglio 1985, n. 401”.

⁽²⁵⁴⁾ Sul punto, cfr. le considerazioni già svolte *retro*, Cap. II, § 1.

10. Il pegno su titoli e strumenti finanziari dematerializzati.

Nel lungo percorso verso la configurazione di un sistema di garanzie mobiliari maggiormente rispondenti alle istanze del mondo economico e degli affari, l'esigenza di superare il presupposto applicativo dello spossessamento si è posta non soltanto con riguardo alle merci in lavorazione o al capitale fisso e circolante delle imprese che, come precedentemente evidenziato⁽²⁵⁵⁾, non potrebbero essere offerti in garanzia se ciò comportasse la loro sottrazione al ciclo produttivo, ma anche con riferimento a beni nuovi, in ragione delle loro caratteristiche morfologiche assolutamente incompatibili con il presupposto codicistico⁽²⁵⁶⁾.

Ci si intende riferire, da una parte, ai titoli che vengono immessi in gestione accentrata e, dall'altra, agli strumenti finanziari dematerializzati, in ordine ai quali l'intervento legislativo non si è fatto attendere al fine di dissipare ogni dubbio sull'ammissibilità della loro costituzione in pegno⁽²⁵⁷⁾, nonostante l'impossibilità sia di individuare il bene nella sua materialità⁽²⁵⁸⁾ e, allo stesso tempo, sia di assoggettarlo allo spossessamento inteso come *traditio* materiale⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁵⁾ V. *retro*, Cap. I, § 3 e ss.

⁽²⁵⁶⁾ In tal senso, G. TUCCI, *Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37-nonies, introdotto dalla Merloni-ter)*, in *Giur. it.*, 1999, 1985 ss.; in tema, cfr. altresì: E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 135 ss.; R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 125 ss.; C. PROTO, *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in *Il Fallimento*, 2002, 927 ss. In tema di pegno su titoli e strumenti finanziari dematerializzati, si v., su tutti, M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., *passim*.

⁽²⁵⁷⁾ Osserva F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 128, come uguale tempestività non vi sia stata nel settore dei titoli pubblici. Sul problema dell'ammissibilità e della qualificazione del pegno su titoli di Stato affidati in gestione centralizzata alla Banca d'Italia, si rimanda alle riflessioni dell'Autrice (*ivi*, 141 ss.).

⁽²⁵⁸⁾ In tema di beni immateriali, osserva A. JANNARELLI, "Proprietà", "immateriale", "atipicità": i nuovi scenari di tutela, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, RESTA (a cura di), Torino, 2010, 87: "In definitiva, in coerenza con il moderno sistema capitalistico fondato sulla produzione e circolazione di merci, la centralità oggi assegnata all'immateriale, quale fattore strategico della produzione, permette di comprendere agevolmente, senza dover ricorrere a categorie interpretative *marxiane*, che, come nel passato è stato intorno alla proprietà della terra che ha ruotato il conflitto sociale e politico proprio dell'economia capitalistica moderna poi, successivamente, concentratosi sulle risorse naturali e sulle stesse strutture produttive, così, oggi, è sulla *propertization* di quella ricchezza collettiva rappresentata dall'*intellectual capital*".

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. M. CALLEGARI, *op. cit.*, 174 ss.

Ma procediamo con ordine.

La vicenda normativa dei titoli di debito pubblico, sul finire del XX secolo, si era progressivamente caratterizzata per l'emersione di un fenomeno comunemente riassunto nella locuzione "dematerializzazione della circolazione": chi acquistava all'asta i titoli, non riceveva, all'esito dell'operazione, lo stesso titolo nella sua materialità cartacea, bensì soltanto una ricevuta provvisoria comprovante l'avvenuta sottoscrizione dello stesso titolo.

Orbene, dal momento che l'intero ciclo del diritto era destinato a svolgersi in assenza di un titolo materiale, ne conseguiva il fatto che il diritto relativo al titolo "poteva essere sottoposto al vincolo reale di garanzia prima della sua emissione o, perfino, in mancanza della stessa"⁽²⁶⁰⁾; a tal fine, l'intervento del legislatore aveva preso forma, anzitutto, attraverso la predisposizione di un sistema di gestione centralizzata dei titoli di Stato a cura della Banca d'Italia: con la l. 19 giugno 1986, n. 289, veniva dunque istituito la Monte Titoli S.p.A.⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁶⁰⁾ E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 136.

⁽²⁶¹⁾ Sul punto, si v. R. LENER, voce *Monte Titoli*, in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 1994, 90 ss. Osserva R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 126 s., nt. 50: "In questo sistema, il trasferimento dei valori si realizzava per il tramite delle scritture contabili, nel nome della semplicità, nel tentativo di eliminare gli oneri derivanti dalla loro consegna materiale e di garantire alle aziende di credito, o agli aderenti in genere, sicurezza e affidabilità". Sul punto, cfr. altresì E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 41 ss. I motivi che, negli anni '70 del XX secolo, indussero la Banca d'Italia, i maggiori istituti bancari e gli organi rappresentativi degli agenti di cambio e sollecitare l'istituzione della Monte Titoli S.p.A. sono generalmente individuati nella necessità di evitare gli inconvenienti, i ritardi, i pericoli e i costi connessi alla circolazione materiale dei titoli oggetto di negoziazione nelle borse valori e nei mercati ristretti, divenuti intollerabili a seguito dell'enorme crescita del numero delle negoziazioni stesse e di quello dei certificati in circolazione (così F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 128 ss.). Sul punto, cfr. G. CARRIERO, *Monte Titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo*, in *Foro it.*, 1986, 259, il quale mette in luce che l'attribuzione al Monte della gestione accentrata dei titoli consente di raggiungere una serie di obiettivi: "a) eliminare lo spostamento fisico dei certificati (conseguente alle transazioni avvenute tra i depositanti) ed i relativi costi e rischi; b) rendere possibile e sicuro il trasferimento giuridico dei valori mobiliari attraverso movimenti contabili; c) ridurre gli onerosi adempimenti connessi alla manipolazione di certificati mobiliari; d) ridurre al minimo la necessità di frazionamento, operazione che causa notevoli ritardi nelle consegne ai successivi acquirenti e perciò intralci nelle ulteriori transazioni; e realizzare economie di scala nella gestione del comparto, con evidenti vantaggi per gli operatori professionale e per gli utenti finali del servizio". In argomento, v. altresì A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata di valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli in Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 289 ss., il quale distingue le motivazioni sottese alla l. 19 giugno 1986, n. 289 in ragione di ordine politico e di ordine più

Quanto alla gestione dei titoli, in virtù del meccanismo regolato dalla legge, il titolare dei valori mobiliari non aveva alcun rapporto diretto con la Monte Titoli S.p.A., ma si limitava ad affidare i titoli ad un intermediario, legittimato dall'apposito regolamento CONSOB ad aderire al sistema, stipulando un contratto di deposito di titoli in custodia o in amministrazione. A sua volta, l'intermediario li sub-depositava presso la Monte Titoli S.p.A., formalizzando questa operazione per le azioni con una speciale girata sui titoli a favore della società affidataria: i titoli venivano quindi immessi nel sistema attraverso un deposito regolare (art. 3, l. 19 giugno 1986, n. 289), alla rinfusa, sicché il depositante non aveva un diritto di credito alla consegna dei titoli, bensì un diritto alla comproprietà sulla massa dei titoli che equivale ad un diritto sulla porzione di quella massa⁽²⁶²⁾.

propriamente tecnico ed osserva come i progressi conseguiti dalle tecniche informatiche siano ormai in grado di offrire il supporto necessario per un “nuovo sistema di trasmissione e memorizzazione delle informazioni concernenti operazioni su titoli”, aprendo il mercato finanziario a nuove esperienze. In linea le riflessioni di A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 50 s., la quale ricorda che già in un contributo risalente si rilevava che “da qualche decennio si tende a superare il tradizionale strumento del *titolo* (inteso come oggetto di proprietà e di possesso) per sostituirvi delle semplici annotazioni in conto, che vengono rilasciate al risparmiatore da parte di intermediari specializzati” (M. LIBERTINI, *Premesse a una revisione unitaria dei titoli di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, I, 218). Sul punto, cfr. altresì S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 193 ss.

⁽²⁶²⁾ Circa la natura del deposito in gestione accentrata, descritto dall'art. 3 della l. n. 289 del 1986 come deposito regolare, si sono formate opinioni divergenti. Una parte della dottrina, muovendo dal rilievo che “non è compito del legislatore qualificare i rapporti ma solo regolarli”, è dell'avviso che la qualificazione giuridica in termini di deposito regolare dei rapporti tra il depositante e il depositario (intermediario), nonché tra quest'ultimo e il sub-depositario (Monte Titoli), comporti una serie di forzature. A siffatto risultato sarebbe di “insuperabile ostacolo la circostanza che i titoli sono immessi nel sistema quali entità *fungibili*, per cui viene meno ogni rapporto di tipo *reale* tra il depositante e i titoli stessi”(così A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata di valori mobiliari*, cit., 300). Al riguardo, si è osservato che, a differenza di quanto avviene per il deposito regolare, ove il proprietario del bene ha diritto di ottenere in restituzione le stesse cose depositate, nella materia in esame il depositario è obbligato a restituire, alla stregua di quanto previsto dalla disciplina del deposito irregolare, soltanto cose della stessa specie e qualità. Di qui l'obiezione che se si trattasse di deposito regolare il depositante avrebbe diritto di ottenere in restituzione gli stessi titoli che ha depositato, il che non accade perché la Monte Titoli può restituirgli anche titoli diversi (in questo senso v. anche A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, cit., 56). Ciò nonostante, non sarebbe corretto qualificare il deposito come deposito irregolare, in quanto la peculiare caratteristica di quest'ultimo risiede nell'attribuzione al depositario del potere di servirsi e disporre della cosa; tale potere, viceversa, non è ravvisabile in capo alla Monte Titoli, che non ha legittimazione a disporre dei titoli e tanto meno ad esercitare i diritti da

I titoli immessi nel sistema, poi, potevano essere costituiti in pegno: all'art. 7 della l. 19 giugno 1986, n. 289, infatti, era espressamente contemplata la possibilità di sottoporre a garanzia pignorizia i predetti valori con una procedura che, inevitabilmente, prescindeva dallo spossessamento.

Proprio a quest'ultimo riguardo, occorre effettuare alcune considerazioni: secondo i principi generali, qualsiasi limitazione del diritto incorporato in un titolo di credito non ha effetto se non si attua sul titolo stesso (art. 1997 c.c.), e questa regola è stata tradizionalmente intesa nel senso che i vincoli sui diritti cartolari non si costituiscono secondo le norme che regolano la costituzione del pegno sui crediti, bensì secondo quelle che disciplinano il pegno sulle *res* mobili. Ne consegue, pertanto, che trovando applicazione l'art. 2786 c.c., lo spossessamento (nonché l'annotazione del vincolo sul titolo e nel registro dell'emittente per i titoli nominativi) è considerato elemento irrinunciabile ai fini della costituzione del pegno sui titoli di credito⁽²⁶³⁾.

Cionondimeno, con l'ingresso del sistema centralizzato della Monte Titoli S.p.A. era chiaro che "l'immissione dei titoli nel sistema di amministrazione accentrata comportava una modificazione della disciplina relativa ai vincoli sui diritti

questi derivanti (A. PAVONE LA ROSA, *op. loc. cit.*). Il carattere "ibrido" del deposito ha indotto alla conclusione che "sarebbe ingiusto racchiudere in schemi "vecchi" un istituto che è senz'altro "nuovo", ciò significando che il richiamo al deposito regolare può assumere una valenza particolare, nuova": A. LIUZZI, *op. cit.*, 57. In quest'ottica, si è prospettata la configurazione del deposito in termini di deposito regolare alla rinfusa, con l'effetto di convertire la proprietà individuale sulle specie in una comunione del diritto sulla totalità delle cose depositate: G. CARRIERO, *Monte Titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo*, cit., 263. Sul punto, cfr. altresì S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 195. La ricostruzione del fenomeno alla stregua di deposito regolare alla rinfusa è criticata da A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata dei valori mobiliari*, cit., 301, il quale nega che i singoli depositanti, aderendo al sistema della gestione accentrata, acquistino una "quota ideale dei valori mobiliari in esso immessi – non dei valori della stessa specie, non essendo questi oggetto di particolare accomunamento; e tantomeno dell'intera massa dei valori immessi nel sistema, giacché in nessun momento della gestione accentrata i diritti dei partecipanti sono ragguagliati a quote ideali della stessa massa – ma rimangono titolari di diritti per la specie e quantità di titoli da ciascuno depositati, sia pure con sostanziale modifica della natura del relativo rapporto". Secondo l'Autore, quindi, l'immissione del titolo nella gestione non trasforma il diritto di proprietà del depositante in quello di comproprietà su di una quota ideale della massa, ma realizza l'effetto, per taluni aspetti più radicale, "della dematerializzazione dei diritti cartolari inerenti ai titoli oggetto di gestione accentrata".

⁽²⁶³⁾ In tal senso, v. S. GATTI, *op. loc. cit.*; E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 105.

incorporali, perché sarebbe stato difficile attuare questi vincoli secondo i principi generali, per l'impossibilità di procedere sia all'annotazione sul certificato, sia allo spossessamento, causato dal fatto che il certificato restava all'interno del sistema di gestione"⁽²⁶⁴⁾.

La soluzione prospettata dal legislatore con la l. 19 giugno 1986, n. 289 e con i successivi regolamenti attuativi, fu quella di rinunciare allo spossessamento (inteso come consegna, *traditio*), per adottare una procedura reputata equivalente, sotto il profilo costitutivo del diritto di garanzia, consistente nell'annotazione del vincolo sul titolo: fermo restando che l'intento del provvedimento fosse quello di garantire, *in primis*, la fungibilità dei titoli immessi nel sistema, l'art. 7, l. 19 giugno 1986, n. 289 "disponeva l'istituzione di un registro sul quale dovevano essere annotati i vincoli già esistenti e quelli creati sui titoli depositati", in modo tale che la predetta iscrizione potesse produrre "gli effetti propri della costituzione del vincolo sul titolo"⁽²⁶⁵⁾.

In altri termini, veniva ad attuarsi nell'ambito del pegno dei titoli immessi in gestione centralizzata un superamento dello spossessamento codicistico, senza che ciò comportasse uno snaturamento della funzione di garanzia propria del pegno.

Orbene, come è noto, se in una prima fase il sistema e la gestione centralizzata erano stati vincolanti per i soli operatori di settore che li avevano accettati, aderendovi contrattualmente, in seguito fu emanata una disciplina apposita: in un primo momento, l'art. 22, l. 2 gennaio 1991, n. 1, integrato dal d.m. 27 maggio 1993, «*Disposizioni sulla gestione centralizzata sui titoli di stato*» e, in seguito, dal d.m. 5 gennaio 1995, «*Ulteriori disposizioni sulla gestione centralizzata sui titoli di stato*».

La speciale disciplina in merito al pegno sugli strumenti finanziari e sui titoli dematerializzati è stata poi ulteriormente integrata e sostituita dagli artt. 87 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico Finanza) e 34 del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (Decreto Euro).

Quanto alla prima disposizione, che ripropone con qualche modifica il testo dell'abrogato art. 7, l. 19 giugno 1986, n. 289, in materia di vincoli gravanti sui titoli sub-depositati in gestione accentrata presso la Monte Titoli S.p.A, essa è destinata ad

⁽²⁶⁴⁾ S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 196.

⁽²⁶⁵⁾ S. GATTI, *op. loc. cit.*

operare in un ambito di applicazione estremamente circoscritto: ciò è dovuto dal fatto che, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, gli strumenti finanziari immessi in gestione accentrata sono, nella maggior parte dei casi, dematerializzati, facendo sì che il pegno si costituisca in forza di quanto stabilito dall'art. 34 di tale ultimo decreto⁽²⁶⁶⁾.

Ora, nonostante conservi operatività esclusivamente con riferimento ai titoli sopravvissuti al processo di dematerializzazione, l'art. 87 Testo Unico Finanza merita di essere esaminato per l'importanza che riveste nel processo evolutivo della disciplina della garanzia pignorizia.

Come è stato attentamente osservato, la disposizione si dimostra del tutto coerente con la principale finalità del sistema di gestione accentrata di consentire la circolazione dei valori mobiliari in esso immessi mediante operazioni di giro-conto e conseguenti scritturazioni contabili e, quindi, senza dar corso a materiali spostamenti *cartula*⁽²⁶⁷⁾.

Proprio in quest'ottica, le modalità di costituzione del pegno su strumenti finanziari in gestione accentrata previste dall'art. 87 mirano a non compromettere la

⁽²⁶⁶⁾ Secondo M. MARCUCCI, *Commento all'art. 87*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, ALPA-CAPRIGLIONE (a cura di), Padova, 1998, 813, con l'art. 87 del d.lg. n. 58 del 1998 "il legislatore si è preoccupato in sostanza, da un lato, di rendere applicabile la peculiare disciplina delle garanzie sui titoli accentrati a tutte le società previste dall'art. 80 t.u. finanza e, dall'altro di assicurare la perdurante vigenza della disciplina stessa in ordine agli strumenti esclusi dall'ambito di applicazione delle imminenti norme sulla dematerializzazione". Mentre il secondo intendimento ha avuto attuazione, il primo può, col senno di poi reputarsi fuori bersaglio: le disposizioni del d.lg. n. 58 del 1998 che avrebbero dovuto, come puntualmente sottolinea G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998, 310, "smantellare il duopolio legale rappresentato dalla società legificata Monte Titoli sul versante dell'amministrazione accentrata di azioni ed obbligazioni private, dalla gestione accentrata dei titoli di stato della Banca d'Italia sul versante della gestione dei titoli del debito pubblico", non si sono rivelate, in concreto, idonee ad introdurre la concorrenza nello svolgimento del servizio di gestione accentrata.

⁽²⁶⁷⁾ A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, cit., 54 osserva che il deposito del titolo in amministrazione accentrata ha la funzione di "congelare il documento", con la conseguenza che i valori, privati del supporto cartaceo, non circolano più mediante la *traditio* del documento, ma attraverso operazioni contabili. L'Autrice evidenzia che detto procedimento attua la dematerializzazione della sola circolazione del titolo di credito: "sostanzialmente si scorpora la circolazione del diritto dalla circolazione del documento, senza scorporare il diritto dal documento", parificando "in modo perfetto la circolazione scritturale alla circolazione per impossessamento".

completa fungibilità dei titoli della medesima specie e qualità all'interno del sistema per l'ipotesi che gli stessi siano gravati da un vincolo reale: il criterio della fungibilità costituisce, infatti, presupposto necessario per la sostituzione della circolazione materiale con il trasferimento virtuale dei titoli da un depositario ad un altro. L'art. 87, conseguentemente, dispone che al momento dell'immissione, con la girata del depositario in favore della società di gestione accentrata, i vincoli esistenti si trasferiscano, senza effetti novativi, sui diritti del depositante⁽²⁶⁸⁾. Da questo momento le annotazioni dei vincoli sui certificati si hanno per non apposte e tutti i titoli nel sistema diventano fungibili. In luogo dell'annotazione si prevede l'iscrizione dei vincoli in un apposito registro tenuto dal depositario secondo le modalità indicate nel codice civile per le scritture contabili dell'imprenditore, nonché, per gli strumenti finanziari nominativi, l'ulteriore obbligo dell'annotazione nel registro dell'emittente⁽²⁶⁹⁾.

Preme evidenziare, ancora una volta, le rilevanti deroghe all'impianto codicistico dettate dalla disciplina speciale: da una parte, infatti, si supera quanto richiesto all'art. 1997 c.c., secondo cui i vincoli non hanno effetto se non attuati sul titolo; e, dall'altra, si delinea un meccanismo segnalativo a carattere scritturale che sostituisce integralmente lo spossessamento, quest'ultimo del resto irrealizzabile essendo i titoli – divenuti fungibili – confusi nel deposito in amministrazione accentrata.

Per i vincoli sorti successivamente all'immissione degli strumenti finanziari nel sistema, il secondo comma dell'art. 87 precisa che l'iscrizione nel registro del depositario equivale alla costituzione del vincolo sul titolo. La disposizione assicura, quindi, la possibilità di costituire nuovi vincoli senza procedere al previo ritiro degli strumenti finanziari dal sistema, stabilendo che la garanzia possa sorgere fuori dalla *chartula*, prescindendo anche dall'iniziale attuazione sul titolo nel senso di cui all'art.

⁽²⁶⁸⁾ A tal proposito, cfr. R. LENER, voce *Monte Titoli*, cit., 97, il quale attribuisce alla girata "efficacia purgativa" dei vincoli gravanti sui titoli.

⁽²⁶⁹⁾ Sul punto (segnatamente con riferimento all'abrogato art. 7 della l. n. 289 del 1986, ma la questione si atteggia negli stessi termini, dato l'identico tenore letterale della previsione contenuta nella disposizione in esame) è stato osservato "che solo la simultanea presenza della duplice risultanza nei registri del depositario e in quello dell'emittente attua il vincolo, con un singolare intreccio di vecchio e nuovo perché si produca l'effetto di tipo cartolare): G. PARTESOTTI, *Profili cartolari del sistema Monte Titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, I, 610.

1997 c.c.

Il terzo comma della disposizione disciplina, infine, l'ipotesi di ritiro degli strumenti finanziari dal sistema di gestione accentrata, prevedendo che il depositario proceda all'annotazione dei vincoli sui relativi certificati indicandone la data di costituzione. In tal modo, al momento dell'uscita dal sistema, i vincoli tornano ad essere "cartolarizzati" secondo le risultanze del deposito⁽²⁷⁰⁾.

Venendo ora alla seconda delle disposizioni sopra menzionate, con l'entrata in vigore del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, il cui titolo V, in attuazione dell'art. 10 della l. 17 dicembre 1997 n. 433,⁽²⁷¹⁾ ha introdotto e disciplinato la dematerializzazione degli strumenti finanziari destinati alla diffusione tra il pubblico⁽²⁷²⁾, il quadro normativo tracciato è risultato parzialmente modificato: tenuto conto del fatto che gli strumenti finanziari ai quali è applicabile la nuova disciplina non possono più

⁽²⁷⁰⁾ In questo senso, cfr. M. MARCUCCI, *Commento all'art. 87*, cit., 817.

⁽²⁷¹⁾ Tale disposizione, in conseguenza dell'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale, ha previsto che le norme delegate disciplinino "la dematerializzazione degli strumenti finanziari pubblici e privati, come individuati dalle vigenti disposizioni, determinandone termini e condizioni anche al fine di agevolare la ridenominazione e la circolazione, tenuto conto dell'esigenza di tutelare la posizione dell'emittente e del possessore e di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni di compensazione, liquidazione, garanzia e pagamento". Al riguardo v. G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, cit., c. 309, il quale osserva come "pochi tratti di penna "abbiano consentito "di affidare alla memoria storica la teoria (o il dogma?) della universalità della disciplina cartolare". L'Autore evidenzia, peraltro, che nella disposizione non è espressamente menzionata la sottrazione degli strumenti finanziari alla disciplina dei titoli di credito né la dematerializzazione di questi titoli fin dalla fase della emissione. L'apparente alternativa di attuazione della delega attraverso la sola stensione quantitativa della previgente dematerializzazione del momento circolatorio è tuttavia esclusa dalla chiara volontà del legislatore rinvenibile nella relazione illustrativa della legge di delega, ove si afferma che "l'art. 10 prefigura una dematerializzazione integrale dei titoli che consenta di sostituire all'emissione e alla circolazione del supporto cartaceo una emissione ed una circolazione tramite mere scritturazioni contabili".

⁽²⁷²⁾ Sulla dematerializzazione attuata dal d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, si v. P. SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, 410 e *passim*, il quale discorre di dematerializzazione in senso forte (distinguendola da quella, introdotta dal Testo Unico Finanza, c.d. debole, perché attinente alla sola circolazione dei titoli di credito), rammaricandosi che essa sia stata *imposta* ai portatori dei titoli, finendo per assomigliare "ad una espropriazione senza indennizzo". Secondo l'Autore, preso atto che lo sviluppo dell'intermediazione finanziaria è "una necessità iscritta nella storia delle istituzioni economiche e della tecnologia", sarebbe stato più rispettoso della libertà economica della proprietà limitarsi a fare della dematerializzazione in senso forte un "onere per accedere ai mercati regolamentari o per restarvi".

esistere in forma materiale, è venuta meno la possibilità del loro ritiro dal sistema, con la conseguenza che i vincoli su di essi gravanti si costituiscono in modo totalmente virtuale, senza alcuna possibilità di annotazione successiva sui certificati⁽²⁷³⁾.

Ciò posto, le modalità di attuazione del vincolo delineate dall'art. 34 del decreto in parola non si discostano da quelle previste dall'art. 87 del Testo Unico Finanza⁽²⁷⁴⁾: secondo il tenore della disposizione, infatti, «*i vincoli di ogni genere sugli strumenti finanziari disciplinati dal presente Titolo V, ivi compresi quelli previsti dalla normativa speciale*

⁽²⁷³⁾ Osserva R. MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 129: “il successivo decreto euro, d. lgs. 213 del 1998, invece ha dato corso alla dematerializzazione *forte* degli strumenti finanziari, eliminando completamente il loro collegamento con la carta, ed ha trovato applicazione per gli strumenti finanziari dematerializzati e non dematerializzati immessi nel regime di gestione accentrata, relegando così l'applicazione della disciplina di diritto comune ai soli strumenti finanziari non dematerializzati e non immessi nel regime di gestione accentrata”.

⁽²⁷⁴⁾ La novità introdotta dalla disposizione è contenuta nel secondo comma, ove si prevede la possibilità di accendere “appositi conti destinati a consentire la costituzione dei vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati : come espressamente si afferma nella relazione al provvedimento, questa disposizione ha inteso disciplinare l'istituto del “pegno flottante” (*rectius*: pegno rotativo) regolare o irregolare nel regime di dematerializzazione dei titoli”, fattispecie che ricorre quando nel negozio costitutivo della garanzia le parti, con apposite convenzioni, prevedono la sostituzione totale o parziale dell'oggetto del vincolo. Sulle problematiche inerenti la configurazione del pegno rotativo ci si soffermerà diffusamente nel prosieguo dello studio; fin d'ora, però, si può anticipare che la disciplina attuativa dell'art. 34 comma 2, decreto euro, contenuta nell'art. 46 del Regolamento adottato dalla CONSOB con delibera 23 dicembre 1998, n. 11768, precisa che “per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati”. Il mutamento dei beni costituenti la garanzia non impedisce, quindi, la permanenza del vincolo, purché dette sostituzioni o integrazioni siano effettuate al fine di conservare immutato il “valore” soggetto a vincolo. La disposizione riecheggia quanto, con riferimento al pegno di titoli in genere, ha affermato la giurisprudenza di legittimità ritenendo “valido ed efficace il “pegno rotativo”, che ricorre quando nel negozio costitutivo della garanzia le parti con apposite convenzioni prevedono la sostituzione totale o parziale dell'oggetto del vincolo salvaguardando la continuità del rapporto”: Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Corr. giur.*, 1998, 1320, con nota di D. PORRARO, *Pegno. Garanzia rotativa e revocatoria fallimentare nel sistema delle garanzie mobiliari*. Affinché la sostituzione dell'oggetto della garanzia possa realizzarsi salvaguardando la continuità del vincolo, è comunque, necessario, ad avviso della segnalata giurisprudenza, “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.

sui titoli di debito pubblico, si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario».

Peraltro, è opportuno evidenziare come la portata innovativa del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, non è da individuare soltanto nel fatto che, con esso, il legislatore ha ammesso la possibilità – ricorrendone i presupposti – di costituire un pegno senza spossessamento, ma ha altresì inteso dare riconoscimento, per la prima volta, all'idea che il pegno possa essere costituito su una cosa intesa non più nella sua materialità, bensì nel suo valore economico⁽²⁷⁵⁾.

La dematerializzazione del titolo, quindi, al pari della sua immissione nel deposito ingestione accentrata, condiziona la legittimazione all'esercizio dei diritti inerenti lo stesso titolo non più al possesso della *chartula*, ma alla titolarità della registrazione⁽²⁷⁶⁾. In altri termini, “nella realtà fenomenica i titoli sono sostituiti (ormai fin dall'inizio) da *iscrizioni* e *registrazioni* contabili presso una società di gestione accentrata che accende, in corrispondenza, conti a nome dell'emittente e a

⁽²⁷⁵⁾ Sul punto, cfr. R. MARSEGLIA, *op. cit.*, 131 s. La dottrina, soprattutto avendo riguardo a quella formatasi nel contesto tedesco, ha visto nel pegno un diritto reale ma, con varietà di sfumature, lo ha considerato un diritto al valore, ossia un diritto a ricavare un determinato valore dalla cosa impegnata, mettendo in evidenza l'aspetto economico e la funzione del pegno, attraverso i quali ha giustificato alcuni punti; favorevole all'idea del pegno come diritto al valore, v. G. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino, 1894, 59 ss.; sul punto, cfr. anche D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., 183, il quale sottolinea come l'idea di un diritto al valore non si discosti dall'insegnamento tradizionale, che considera il contenuto del diritto di pegno il potere di espropriare *erga omnes* il bene: “quando si tratta di precisare quale sia il contenuto di questo diritto al valore, si finisce col vedere che altro non sarebbe che un diritto di esproprio esercitabile *erga omnes*”. Sulla costruzione di una garanzia reale mobiliare in cui il bene che ne costituisce oggetto venga in considerazione non nella sua individualità, bensì per il suo valore economico, cfr.: E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 115; analogamente, ID., *Il pegno anomalo*, cit., 74 ss.; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., 188

⁽²⁷⁶⁾ L'indennità del fenomeno da regolare (gestione accentrata) ha indotto l'autorità amministrativa ad emanare una disciplina secondaria unitaria, emessa sia ai sensi del Testo Unico Finanza che decreto Euro, oggi contenuta nel regolamento n. 11768, approvato con deliberazione CONSOB 23 dicembre 1998. Segnatamente, l'art. 87 e l'art. 34 sono attuati dall'art. 45 del regolamento ove, in considerazione della circostanza che ai fini della costituzione del vincolo, il primo (sulla falsa riga dell'art. 7 l. n. 289 del 1986) prevede un apposito registro ed il secondo un apposito conto, si impongono entrambi gli adempimenti; ciò, se da un lato postula una duplicazione di oneri, dall'altro consente di mantenere in funzione il registro dei vincoli, con l'avvertenza, tuttavia, che secondo quanto disposto dalla normativa primaria, la costituzione del vincolo dovrebbe conseguire all'adempimento in essa specificamente indicato, vale a dire dalla registrazione per i titoli “smaterializzati” dall'iscrizione in conto per quelli dematerializzati.

nome dell'intermediario autorizzato, tramite il quale deve avvenire l'esercizio del relativo diritto da parte del titolare; intermediario che, a sua volta, registra in conti separati tra loro (e distinti dai propri), per ogni titolare, gli strumenti finanziari e i loro trasferimenti e vincoli⁽²⁷⁷⁾.

Volendo a questo punto mettere un punto fermo alle valutazioni che precedono, occorre constatare come, in materia di titoli e strumenti finanziari dematerializzati, il vincolo di garanzia si costituisce unicamente tramite la registrazione, dunque mediante una tecnica alternativa allo spossessamento del costituente, capace di produrre i medesi effetti caratterizzanti la funzione di garanzia del pegno: in tal modo, come evidenziato in precedenza in ordine alle altre forme di gestione accentrata, la tecnica scritturale della registrazione del vincolo sostituisce integralmente lo spossessamento, inteso come *traditio rei*, “senza peraltro in tal modo alterare la qualificazione del contratto secondo il tipo legale *pegno*”⁽²⁷⁸⁾.

In chiusura, ancorché il tema non possa essere esaustivamente affrontato in questa sede, non è inutile domandarsi se le scelte compiute dal legislatore in tema di dematerializzazione segnino davvero l'abbandono della disciplina cartolare con la

⁽²⁷⁷⁾ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 128 ss.

⁽²⁷⁸⁾ E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 139; in tal senso, cfr. altresì: ID., *Il pegno anomalo*, cit., 123 ss.; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 79 s.; S. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., 200 s.: “emerge chiaramente che, sul piano della configurazione della disciplina e della circolazione dei beni sottoposti a garanzia, le nuove normative sulla gestione accentrata hanno intaccato i canoni della tradizionale figura del pegno come regolato dal diritto comune. In queste fattispecie, infatti, l'effetto di regola perseguito con lo spossessamento [...] si raggiunge attraverso tecniche alternative [...] sicché la mancanza di tale elemento – poiché è la stessa struttura del sistema a gestione accentrata che o esclude – non incide in alcun modo sulla realizzazione della figura del pegno”; A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, cit., 66: “la mancata attuazione dello spossessamento non incide affatto sulla funzione di garanzia dato che la struttura del sistema, attraverso procedure diverse per l'iscrizione dei vincoli sui titoli di stato, garantisce lo stesso le finalità tipiche del pegno”. Una diretta conferma circa il fatto che “con l'art. 87 T.U.F. e più compiutamente con l'art. 34 del d. lvo n. 213/1998, il vincolo di garanzia si può costituire con registrazioni in apposito conto e, quindi, [...] con una tecnica alternativa, ma funzionalmente equivalente, allo spossessamento del costituente, di modo che la tecnica scritturale (della registrazione del vincolo) sostituisce il meccanismo della *traditio rei* (spossessamento), senza peraltro in tal modo alterare la qualificazione del contratto secondo il tipo legale pegno”, è possibile rinvenire anche nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, II, 308 ss.

creazione di un autonomo *corpus* normativo o se, invece, non si limitino, come da taluno osservato, ad identificare il “documento – dato dalla realtà fattuale che integra la fattispecie già nota come titolo di credito (ora chiamata strumento finanziario) – con la registrazione sui conti dell’intermediario, a nome di un determinato soggetto, di determinati strumenti finanziari”⁽²⁷⁹⁾. In quest’ultimo senso sembra porsi uno delle prime pronunce giurisprudenziali in materia: la Suprema corte, infatti, ha avuto modo di affermare che la dematerializzazione “supera la fisicità del titolo, consentendone forme di consegna e di trasferimenti *fictae* o virtuali (agli effetti ad esempio della costituzione del pegno, senza movimentazione o addirittura creazione del supporto cartaceo), ma non elimina con ciò, anche la necessità della individuazione, a norma dell’art. 1378 cod. civ. attraverso meccanismi sia pure alternativi di scritturazione, del titolo stesso come bene immateriale (configurandosi, altrimenti, in relazione a questo, un credito e non più un titolo di credito)”⁽²⁸⁰⁾.

In altri termini, il superamento della fisicità del titolo di credito non sembra comportare il superamento della sua logica di funzionamento: i relativi diritti si trasferiscono e si costituiscono comunque attraverso la individuazione di una *res* che,

⁽²⁷⁹⁾ Così M. RESCIGNO, *La nuova disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, 217, il quale, premesso che la conclusione raggiunta richiederebbe un maggiore approfondimento, “trattandosi della principale sfida dogmatica posta dalla nuova normativa”, osserva che così interpretata la legge in esame introduce una strappo “più apparente che reale, risolvendosi in una sostituzione per volontà legislativa della registrazione in conto al documento, con la rafforzata esigenza sistematica di rendere il più possibile omogenea la nuova disciplina alla disciplina cartolare”. Secondo l’Autore “la disciplina “dematerializzazione” rappresenta in realtà la vittoria della disciplina cartolare come modello di regola dell’esercizio e della circolazione dei diritti sul mercato finanziario ed anzi con evidenti potenzialità espansive essendo destinata a regolare l’esercizio e la circolazione di ogni diritto derivante da strumenti finanziari negoziati sui mercati regolarmente, anche di quelli ai quali non era riconosciuta la qualità di titolo di credito: estensione conquistata con il limitato (se pure statisticamente rilevante) sacrificio dell’esclusione del documento come requisito formale della fattispecie titoli di credito”. Nello stesso senso P. SPADA, *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio*, cit., 409, per il quale dematerializzazione significa “a) sostituzione all’appartenenza di un documento della documentazione (tipicamente informatica) presso un intermediario degli “estremi” del diritto documentato e b) equipollenza, ai fini dell’applicazione del regime dei titoli di credito, di questa a quella”.

⁽²⁸⁰⁾ Cass. 14 giugno 2000, n. 8107, in *Giur. it.*, 2001, 86.

perduta la sua materialità, è divenuta *res scritturale*⁽²⁸¹⁾.

11. Il “nuovo” pegno mobiliare non possessorio.

L’art. 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 («*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*»), successivamente convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto nell’ordinamento italiano una nuova figura di garanzia reale mobiliare, contraddistinta dall’assenza dello spossessamento: si tratta del cosiddetto “pegno mobiliare non possessorio”⁽²⁸²⁾.

Il legislatore, con la dichiarata intenzione di venire incontro alle esigenze legate all’esercizio dell’impresa, ha voluto mettere a disposizione dell’autonomia privata uno strumento che sia in grado di assicurare la tutela del credito concesso e che allo stesso tempo lasci il debitore (imprenditore iscritto nel registro delle imprese) la disponibilità materiale del bene gravato dal vincolo pignoratorio; così marcando una netta discontinuità rispetto ai principi cardine in materia di garanzie reali e, in particolar modo, del pegno.

Dall’analisi del dato normativo emerge la figura di una garanzia mobiliare che viene espressamente assimilata dal legislatore alla categoria del pegno sia mediante la nomenclatura utilizzata, sia per il tramite di un espresso rinvio all’applicazione della disciplina codicistica relativa al pegno per tutto quanto non previsto dalla l. 30 giugno 2016, n. 119 (art. 1, comma 10-*bis*).

Tali le premesse, non sfugge come dallo stesso dato normativo emergano

⁽²⁸¹⁾ Cfr. F. DELL’ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 140 s.

⁽²⁸²⁾ Per un’approfondita analisi in ordine alla novità legislativa, si segnalano: R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit.; R. MARSEGLIA, *L’evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, cit., 151 ss.; E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 241 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, II, 231 ss.; F. DELL’ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con l. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, cit., 1 ss.; C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. «decreto banche»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 19 ss.

molteplici tratti differenziali che la fattispecie in esame manifesta a confronto proprio con il richiamato pegno codicistico. Trattasi differenze certamente non trascurabili, le quali si specificano nei numerosi commi di cui si compone l'art. 1 della legge in parola e che possono essere così efficacemente sintetizzate:

- il pegno in esame può essere costituito solo da imprenditori, individuali o collettivi, iscritti nel registro delle imprese, al fine di garantire l'adempimento di debiti inerenti all'esercizio dell'impresa;
- può avere ad oggetto solo beni o crediti inerenti o destinati all'esercizio dell'impresa, seppur determinabili o futuri, che nel corso del rapporto pignoratizio non devono essere distolti dalla loro destinazione economica;
- prescinde dallo spossessamento del debitore concedente o del terzo datore, i quali conservano la disponibilità di quanto dato in garanzia e possono continuare a farne uso;
- è naturalmente rotativo poiché, ove non diversamente disposto nel contratto, al datore della garanzia risulta *ex lege* riconosciuta la facoltà di trasformare o alienare o comunque disporre di quanto oppignorato, nel rispetto della sua destinazione economica;
- è assoggettato ad un regime di pubblicità dichiarativa da attuarsi mediante l'iscrizione in un apposito «Registro dei pegni non possessori»; pertanto, dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado, e diviene opponibile ai terzi e alle procedure esecutive e concorsuali;
- può essere escusso dal creditore a mezzo di speciali strumenti di autotutela esecutiva, che, in sostanza, consentono al creditore di procedere alla vendita, alla locazione o all'appropriazione del bene dato in garanzia ovvero alla cessione o riscossione del credito oppignorato, purché risulti adeguatamente determinato il valore dell'oggetto della garanzia e della obbligazione garantita; conseguentemente, il creditore ha diritto di trattenere il corrispettivo, l'importo riscosso o il bene appreso, e ha l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza al debitore concedente o al terzo datore.

L'insieme di queste caratteristiche e la variabilità delle possibili combinazioni che

tra loro è possibile ottenere, fa sì che la fattispecie in esame si strutturi come uno schema elastico di garanzia mobiliare, che può atteggiarsi diversamente a seconda del tenore delle pattuizioni delle parti.

Infatti, dal modo con attraverso cui viene identificato il bene o il credito offerto in garanzia; dal fatto che quest'ultimo sia determinato, determinabile o futuro; dalla circostanza che le parti abbiano (o meno) escluso in tutto o in parte la rotatività della garanzia, dipendono i diversi gradi di svalutazione del sostrato oggettivo della garanzia e, pertanto, la diversa ampiezza che possono assumere i tratti differenziali del pegno in esame rispetto a quello codicistico. I tratti morfologici della fattispecie, talora, si incentrano sulla mera assenza di spossessamento del concedente; talaltra, si ampliano e si approfondiscono in dipendenza della maggiore o minore genericità dei criteri di identificazione di quanto dato in garanzia, ovvero delle modalità di funzionamento dei meccanismi rotativi. E tutto ciò comporta lo stabilirsi di una distanza maggiore o minore tra il pegno non possessorio concretamente pattuito ed il modello codicistico⁽²⁸³⁾.

Per altro verso, ad ogni ampliamento dei tratti differenziali tra il pegno in esame e quello tradizionale, inevitabilmente corrisponde, in una sorta di rapporto di proporzionalità inversa, l'estensione dei profili di convergenza tra il primo e le varie figure di garanzia mobiliare non possessoria da tempo largamente in uso nel commercio internazionale ovvero in molti paesi industrializzati⁽²⁸⁴⁾. È opportuno ricordare, infatti, che i peculiari caratteri attribuiti al pegno in esame della l. 30 giugno 2016, n. 119 si spiegano con l'intento del legislatore di introdurre in Italia una garanzia mobiliare assimilabile a quelle già utilizzate in campo internazionale, al fine di favorire lo sviluppo del mercato creditizio italiano ed il suo rilancio in una dimensione (anche) transnazionale.

Ma procediamo con ordine.

Anzitutto, volendo avere un approccio maggiormente analitico rispetto alla fattispecie in parola, occorre individuare con sufficiente precisione quello che è il

⁽²⁸³⁾ Sul punto, cfr, L. CAPUTO-M. CAPUTO, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017, 112 ss.

⁽²⁸⁴⁾ In tema, v. *retro*, Cap. I, § 3 e ss.

perimetro di applicazione del nuovo pegno mobiliare non possessorio.

Muovendo dal dato testuale e soffermandosi sull'ambito soggettivo, il primo comma dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119 recita: «*Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti concessi a loro o a terzi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa*». Dal tenore letterale della norma, emerge con sufficiente chiarezza che, quanto al costituente del pegno, l'operatività della fattispecie in esame, venga limitata ai soli debitori (o terzi datori in garanzia) che soddisfino alcune, specifiche caratteristiche: l'una di carattere formale, ossia l'iscrizione nel registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c.⁽²⁸⁵⁾; l'altra di carattere sostanziale, consistente nell'effettivo svolgimento dell'attività di impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁽²⁸⁶⁾. Nulla, invece, viene detto circa la posizione del creditore

⁽²⁸⁵⁾ Può trattarsi tanto di imprenditore commerciale, quanto di imprenditore agricolo. A quest'ultimo riguardo, pare superfluo ricordare come per circa mezzo secolo si sia individuato nell'esonero dell'impresa agricola dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese il più rilevante indice di diversità dello *status* di imprenditore agricolo rispetto a quello dell'imprenditore commerciale; ciò posto, la l. 29 dicembre 1993, n. 580, istitutiva del registro delle imprese, all'art. 8 aveva introdotto, accanto alla sezione ordinaria prevista per le imprese commerciali, alcune sezioni speciali destinate, tra gli altri, agli imprenditori agricoli ex art. 2135 c.c. Il quinto comma della norma in parola, poi, aveva provveduto a specificare che «[l]’iscrizione nelle sezioni speciali ha funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia, oltre agli effetti previsti dalle leggi speciali»; successivamente, l'art. 2 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, ha introdotto una novità riguardante l'efficacia da attribuire all'iscrizione nel registro delle imprese che, a seguito della novella, «*oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile*»: in tal modo, quindi, è stata attribuita all'iscrizione nella sezione speciale degli imprenditori agricoli (oltre a coltivatori diretti e società semplici) la stessa efficacia dichiarativa riconosciuta all'iscrizione delle imprese commerciali; sul punto, cfr. F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del “nuovo” pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, 161 s.

⁽²⁸⁶⁾ Si osserva come la limitazione a favore dei soli imprenditori circa la possibilità di fare ricorso al nuovo strumento di garanzia, non costituisce una novità per il nostro legislatore, il quale si è orientato allo stesso modo anche nell'atto di definire l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina del contratto di finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento sospensivamente condizionato di beni immobili (art. 2, l. 30 giugno 2016, n. 119) o ancora nell'ambito delle regole circa il contratto di rete tra imprese (art. 3, comma 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in l. 9 aprile, 2009, n. 33). Come è stato attentamente osservato, queste ultime scelte operate dal legislatore e volte a predisporre un insieme sempre più ampio di norme dirette a regolare, in deroga alla disciplina comune, i rapporti di cui sia parte l'impresa, sembrano “evocare l'antica distinzione tra Codice civile e Codice del commercio, e pone l'interprete dinanzi alla necessità di verificare se e in che misura esso sia in grado di fare sistema” (R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n.*

pignoratizio che, secondo l'opinione prevalente, può tranquillamente essere ricoperta da chiunque⁽²⁸⁷⁾.

Sempre con riguardo al costituente, poi, la norma non chiarisce quali siano le conseguenze, in un'ottica di sopravvivenza della garanzia, laddove quest'ultimo perda i requisiti legali soggettivi (si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui venga disposta la cancellazione dal registro delle imprese), in un momento antecedente all'escussione del pegno ovvero all'adempimento del debito garantito. Nel silenzio dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, è stato tuttavia osservato come debba "ritenersi poco convincente ogni soluzione che, in un qualche modo, finisca per pregiudicare la posizione del creditore, poiché quest'ultimo, evidentemente, non è responsabile delle vicende imprenditoriali del concedente e, di conseguenza, non può risentirne nocimento"⁽²⁸⁸⁾. Ne consegue, pertanto, che la soluzione maggiormente condivisibile rispetto al problema suesposto pare essere quella secondo cui i requisiti soggettivi richiesti dalla legge per l'operatività della garanzia in parola debbano sussistere soltanto nel momento in cui viene concluso il contratto di pegno (non possessorio) e della successiva sua iscrizione, essendo perciò del tutto irrilevante ciò che – sotto quest'ultimo punto di vista – accadrà in seguito al perfezionarsi del

119/2016, cit., 14).

⁽²⁸⁷⁾ Sul punto, cfr. R. CATALANO, *op. cit.*, 9; E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., 252; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit. 239; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, I, 2017, 588; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con l. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, cit., 11.

⁽²⁸⁸⁾ R. CATALANO, *op. cit.*, 12, la quale aggiunge: "ad avvalorare quanto appena osservato, vi è un'altra rilevante considerazione. Se si ritenesse che la perdita dei requisiti legali soggettivi comporta la sopravvenuta inefficacia del pegno mobiliare non possessorio, si offrirebbe al debitore ovvero al terzo datore un modo facile ma sleale di soddisfare i propri interessi in pregiudizio di quelli del creditore [...]. Infatti, essi potrebbero, dapprima, convincere il creditore a concedere la sovvenzione nella convinzione di potersi avvalere dei più efficaci meccanismi di garanzia previsti dalla l. n. 119/2016, e poi, una volta ottenuto il finanziamento, dismettere l'attività imprenditoriale esercitata ed agire giudizialmente ai sensi del sesto comma dell'art. 1 per ottenere la cancellazione della garanzia dal registro a causa del venire meno dei requisiti legali soggettivi. È vero che la diminuzione o la perdita della garanzia comporta la decadenza del debitore dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.), ma non bisogna dimenticare che il pegno in esame, non prevedendo lo spossessamento del debitore finanziato (o del terzo datore), non è convertibile in pegno codicistico, almeno nelle ipotesi in cui ha ad oggetto beni materiali. Conseguentemente, il creditore verrebbe a trovarsi privo di tutela quando ha ormai concesso il finanziamento".

rapporto di garanzia.

Procedendo oltre, e soffermandosi ora sull'ambito oggettivo di applicazione della fattispecie, l'art. 1, secondo comma, l. 30 giugno 2016, n. 119, nell'occuparsi dei beni che possono essere sottoposti a garanzia, stabilisce: «*Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo*»⁽²⁸⁹⁾.

A tal ultimo riguardo, nel precisare che, anche da un punto di vista oggettivo, la garanzia in esame subisce un'importante limitazione, potendo i beni offerti in garanzia essere soltanto quelli necessariamente destinati all'esercizio d'impresa, due sono gli spunti che – ancorché non strettamente attinenti al presente discorso – mi pare meritino quantomeno un cenno.

Anzitutto preme evidenziare come nella versione originale del decreto (d.l. 3 maggio 2016, n. 59), prima della sua conversione in legge, la disposizione in parola menzionava esclusivamente i beni mobili materiali, rivolgendosi, a titolo esemplificativo, sia ai beni costitutivi il capitale fisso, quali beni strumentali, gli impianti, l'azienda o un suo ramo, sia a quelli costitutivi il capitale circolante, quali le materie prime, i prodotti in corso di lavorazione o le merci; in sede di conversione in legge, invece, si sono aperte le porte anche ai beni immateriali. A tale ultimo riguardo, sono sorti alcuni dubbi interpretativi: ponendo in relazione l'inciso della norma in esame, che nega dall'ambito di applicazione del pegno mobiliare non possessorio i beni mobili registrati (ossia quelli indicati all'art. 2683 c.c.)⁽²⁹⁰⁾, con le parole «*anche immateriali*», ben si potrebbe pervenire ad un'interpretazione volta a escludere dall'operatività dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119 tutti i beni mobili, compresi quelli immateriali, iscritti nei pubblici registri. Si tratta di una questione di

⁽²⁸⁹⁾ Sottolinea R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., 15, come sia sovrabbondante l'ultimo inciso della norma che esclude dalla disciplina della garanzia i beni mobili registrati, dal momento che, come è noto, l'art. 2810, secondo comma, c.c. annovera questi ultimi (navi, aeromobili, autoveicoli, etc.) tra quelli assoggettabili all'ipoteca, non già al pegno.

⁽²⁹⁰⁾ È chiaro il parallelismo con l'art. 46, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, (T.U.B.): sul punto, v. *retro*, Cap II, § 3.

non poco conto, dal momento che i beni immateriali maggiormente appetibili da un punto di vista economico (e quindi idonei ad essere offerti in garanzia) sono proprio quelli iscritti nei pubblici registri, come il marchio, i brevetti industriali e così via. Ne consegue, pertanto, che una siffatta soluzione ermeneutica parrebbe essere del tutto irragionevole, poiché sminuirebbe *ab origine* le possibilità di successo della fattispecie in esame: è quindi da condividere l'interpretazione offerta dai primi studiosi che si sono interessati alla novità legislativa, secondo cui – anche avendo riguardo alla *ratio* dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119 – il pegno mobiliare non possessorio può avere ad oggetto tutti i beni mobili, materiali e immateriali, ad esclusione di quelli elencati all'art. 2683 c.c., in materia di ipoteca mobiliare⁽²⁹¹⁾.

Un secondo aspetto che emerge dal dato normativo, ed è questo forse uno tra quelli di maggior rilievo, consiste nel fatto che, prendendo a prestito le parole del legislatore, il nuovo pegno mobiliare non possessorio può essere costituito su beni mobili esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante il riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo: ciò permette di centrare appieno quell'obiettivo (espressamente perseguito dal legislatore, come si evince dalla «*Relazione tecnica del Governo*» alla presentazione del d.d.l. n. 2362 sul d.l. 3 maggio 2016, n. 59) di affievolimento del principio di specialità, attraverso la

⁽²⁹¹⁾ Così L. CAPUTO-M. CAPUTO, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, cit., 130; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit. 246 ss. Sul punto, cfr. R. CATALANO, *op. cit.*, 15 s.: l'Autrice, dopo aver sottolineato come quest'ultima ricostruzione (favorevole all'inclusione nell'oggetto della garanzia di beni mobili immateriali, ancorché iscritti in pubblici registri) colga “nel segno se si guarda agli obiettivi avuti di mira dal legislatore del 2016, nonché ai profili economici connessi all'introduzione della nuova garanzia mobiliare”, evidenzia altresì come non tutti i dubbi ermeneutici a riguardo riescano ad essere sgomberati, dal momento che “al di fuori del caso specifico del pegno regolato dalla l. n. 119/2016, tra gli studiosi è sempre più diffusa l'opinione alla cui stregua la categoria di beni mobili registrati deve essere ampliata fino a comprendervi, oltre ai beni elencati all'art. 2683 c.c., tutti i beni assoggettati ad un regime di pubblicità realizzato a mezzo dell'iscrizione in pubblici registri”. Ad ogni modo, non deve sfuggire la circostanza che il riferimento ai beni immateriali sia stato aggiunto soltanto in sede di conversione del decreto: nella formulazione originaria, quindi, l'esclusione dei beni mobili registrati si riferiva esclusivamente a quelli materiali, sicché non è difficile ipotizzare che, aggiungendo l'inciso in parola solamente in un momento successivo, il legislatore abbia inteso mantenere fede all'impostazione originaria (ossia escludere dall'operatività della disciplina i beni di cui all'art. 2683 c.c.) al tempo stesso non trovando un felice raccordo tra il vecchio secondo comma e le modifiche occorse in sede di conversione.

previsione di una garanzia mobiliare avente ad oggetto beni individuati anche per tipologie o categorie funzionali e, appunto, in relazione al loro valore (fermo restando il requisito della determinabilità per l'ipotesi di beni futuri).

A tal proposito, parte della dottrina ha salutato la novità legislativa osservando che il testuale riferimento alla determinazione dell'oggetto avendo riguardo al «*valore complessivo*» dei beni offerti in garanzia darebbe vita “ad un nuovo concetto di garanzia che si appunta su un valore, piuttosto che su un bene determinato; una garanzia in grado di rimanere *immutata*, indipendentemente dal bene che, nel corso del rapporto pignoratorio, è espressione del valore vincolato”⁽²⁹²⁾. Ad una siffatta ricostruzione, seppur suggestiva, si è obiettato che, a ben vedere, essa non pare essere pienamente aderente al complessivo dettato dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, che al terzo comma stabilisce: «*Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto con indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito*». La norma in esame, infatti richiede espressamente la descrizione del bene (oltre che del credito garantito) a pena di nullità e stabilisce, come già detto, che il pegno mobiliare non possessorio può riguardare esclusivamente beni «*destinati all'esercizio dell'impresa*», regolando altresì l'ipotesi della loro trasformazione in costanza del rapporto di garanzia (secondo comma) e della loro consegna e liquidazione in sede di escussione (settimo comma e comma 7-ter). Pertanto, avendo riguardo ai riferimenti testuali, ben può evincersi che essi “depongono chiaramente nel senso che le parti, all'atto della costituzione del pegno, non possono limitarsi a determinare il valore economico-monetario della garanzia, ma devono anche identificare, almeno mediante l'indicazione del genere di appartenenza, quali beni o crediti inerenti all'esercizio dell'impresa vengono dedotti in garanzia”; a favore di tale ricostruzione, poi, depongono altresì due ulteriori circostanze: da una parte, il richiamo ai requisiti di determinatezza o determinabilità dell'oggetto della garanzia e al fatto che la loro mancanza comporterebbe la nullità del negozio costitutivo del pegno; e, dall'altra, l'espressione «*destinati all'esercizio dell'impresa*», in quanto “il

⁽²⁹²⁾ C. ABATANGELO, *Una nuova figura di pegno nel c.d. «decreto banche»*, cit., 24 s. In tema di pegno quale un diritto al valore, si rimanda alle considerazioni svolte in precedenza: v. *retro*, § 10, nt. 171.

concetto stesso di destinazione” presuppone “l’esistenza di un bene, materiale o immateriale, da vincolare funzionalmente alla realizzazione dell’attività d’impresa”, non potendo tale tipo di destinazione desumersi “in relazione ad una entità astratta qual è un valore economico”⁽²⁹³⁾.

A conti fatti, dunque, pare corretto convenire sul fatto che il pegno in esame indubbiamente abbia dato luogo ad una “svalutazione del sostrato materiale” della garanzia⁽²⁹⁴⁾, ma che, allo stesso tempo, sarebbe quantomeno inappropriato ritenere che il suo oggetto possa essere identificato *sic et simpliciter* in un valore economico⁽²⁹⁵⁾.

Procedendo oltre, l’affievolimento del principio di specialità, unitamente all’assenza dello spossessamento, comporta in prospettiva un’ulteriore implicazione di notevole interesse: alla luce della nuova disciplina del pegno non possessorio, infatti, non sembra azzardato immaginare una nuova linfa per il pegno di azienda o di ramo d’azienda.

A tal proposito, occorre anzitutto premettere che l’astratta possibilità di costituire un pegno di azienda viene ammessa da larga parte della dottrina⁽²⁹⁶⁾ e dalla

⁽²⁹³⁾ R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., 21. L’Autrice individua un ulteriore argomento a sostegno di tale ricostruzione nel fatto che, a norma di legge, l’oggetto della garanzia può essere esclusivamente un bene mobile o un credito, “sicché sarebbe nullo il contratto costitutivo del pegno non possessorio che avesse ad oggetto una somma di denaro”, aggiungendo che se “è pur vero che la l. n. 119/2016 prevede per il pegno in esame peculiari meccanismi di rotatività in virtù dei quali il debitore o il terzo datore possono anche giungere a trasformare, alienare e disporre dei beni dati in garanzia” è altrettanto vero che “il tenore letterale complessivo dell’art. 1 del d.l. 59/2016, come convertito dalla l. n. 119/2016, non sembra consentire la costituzione di un contratto di pegno avente ad oggetto un mero valore economico” (*ivi*, 22-23).

⁽²⁹⁴⁾ L’espressione viene utilizzata da D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., 812.

⁽²⁹⁵⁾ In tal senso, cfr. R. CATALANO, *op. cit.*, 24.

⁽²⁹⁶⁾ In quest’ultimo senso, cfr.: S. CICCARELLO, voce *Pegno (dir. prin.)*, cit., 686; G.E. COLOMBO, *L’azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, III, GALGANO (a cura di), Padova, 1979, 296 ss.; E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit. 103 s.; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 44 ss.; M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 164 ss.; T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell’impresa*, cit., 330 ss. consentirebbe la costituzione in pegno del bene azienda. Avendo poi riguardo ad un ordinamento giuridico strettamente vicino al nostro, e non soltanto per ragioni geografiche, può osservarsi come in Francia sia ammesso pacificamente il pegno di azienda senza spossessamento: sul punto, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, cit., 157 e v. *retro*, Cap. I, § 5, nt. 51.

giurisprudenza⁽²⁹⁷⁾, alla luce della disciplina codicistica del pegno che, all'art. 2784, secondo comma, c.c., stabilisce: «*Possono essere dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili*»⁽²⁹⁸⁾. Ai sensi dell'art. 2555 c.c. l'azienda consiste nel complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa: ora, come è noto, a differenza della universalità di mobili, l'azienda può tuttavia essere composta anche da beni immobili, e pertanto, in tali circostanze, il pegno di azienda non potrebbe che riferirsi al solo complesso di beni mobili e crediti: cionondimeno, occorre altresì considerare come, dati statistici alla mano, l'azienda frequentemente si compone esclusivamente di beni mobili, stante il fatto che l'imprenditore – come accade di norma – svolge la propria attività economica presso un immobile oggetto di locazione, in qualità di conduttore.

Data per assodata la possibilità di dar vita a un pegno di azienda, occorre ora considerare come, attraverso la sua costituzione, il creditore teoricamente disporrebbe del potere di gestire l'intera azienda e, quindi, di condurre in prima persona l'attività economica d'impresa: l'art. 2792 c.c., infatti, prevede espressamente che il creditore pignoratizio può, con il consenso del costituente, utilizzare la cosa offerta in garanzia; ma proprio a tale ultimo riguardo, tocca constatare come la necessità dello spossessamento del debitore e del conseguente passaggio della gestione dell'azienda sotto il controllo del creditore, così come richiesto dalla disciplina codicistica (art. 2786 c.c.), rappresenti un ostacolo pratico di non poco conto al ricorso della fattispecie in esame, poiché difficilmente il debitore accetterà di buon grado, al fine di ottenere le risorse necessarie allo svolgimento dell'attività produttiva, di rinunciare alla gestione in prima persona dell'azienda a favore di quel creditore che gli ha concesso i finanziamenti di cui abbisogna⁽²⁹⁹⁾.

Orbene, tornando all'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, non è difficile immaginare

⁽²⁹⁷⁾ Si v. Cass. 28 novembre 1961, n. 2748, in *Giur. it.*, 1962, I, 134 ss., secondo cui l'art. 2784 c.c. consentirebbe la costituzione in pegno del bene "azienda".

⁽²⁹⁸⁾ L'art. 816 c.c. definisce l'universalità di mobili come una pluralità di cose che appartengono a una stessa persona e hanno una destinazione unitaria.

⁽²⁹⁹⁾ Oltre a ciò, poi, occorre altresì considerare come nemmeno il creditore, di regola, avrebbe l'interesse a vedersi investito della responsabilità di svolgere un'attività imprenditoriale nell'interesse personale, oltre che del proprio debitore, con tutte le implicazioni derivanti dagli obblighi di amministrazione e conservazione dell'efficienza aziendale.

come, alla luce della nuova disciplina sul pegno mobiliare non possessorio, il mantenimento del possesso in capo al debitore dei beni offerti in garanzia ben potrebbe favorire nella prassi l'utilizzo su vasta scala del pegno di azienda, anche in considerazione del fatto che la vendita del complesso aziendale, in sede di escussione della garanzia, in certi casi sia molto più appetibile della vendita di singoli strumenti o prodotti dell'impresa: a favore poi dell'applicazione della garanzia in parola al complesso dei beni aziendali, intesi come componenti di un'entità unitaria e produttiva, gioca altresì l'ampiezza del suo oggetto, resa possibile proprio dall'affievolimento del principio di specialità di cui si discorreva in precedenza.

In altri termini, il pegno mobiliare non possessorio ha tutti i connotati per poter risultare idoneo ad avere ad oggetto l'azienda dell'imprenditore, ovvero una parte unitariamente considerata della stessa, e ciò grazie al fatto che ai fini della sua costituzione risulta necessaria solamente una generica descrizione dei beni (quando abbia ad oggetto beni non specifici, ma descritti per l'appartenenza a categorie merceologiche, come accade per le scorte o le materie prime): questa scelta legislativa, quindi, denota la volontà del legislatore non solo di attenuare il grado di indicazione del bene dato in garanzia, ma anche di prendere (finalmente) atto della natura dei beni dell'imprenditore quali beni in continua evoluzione e modificazione.

Orbene, giunti a questo punto e delineato il suo ambito applicativo, non essendo possibile in questa sede esaurire le considerazioni in merito a tutti i numerosi profili di novità introdotti dal nuovo pegno mobiliare non possessorio⁽³⁰⁰⁾, mi pare opportuno focalizzare l'attenzione sul tema che in questa sede è di maggior interesse, ossia sulla costituzione della garanzia, sulla sua efficacia e sui requisiti richiesti dalla legge per l'opponibilità del vincolo.

La garanzia in parola si costituisce mediante un contratto scritto caratterizzato da rigorosi requisiti formali e la sua opponibilità ai terzi è subordinata all'iscrizione del vincolo in un apposito registro. Ai fini della validità del contratto costitutivo è

⁽³⁰⁰⁾ Tra i numerosi profili innovativi, meritano particolare attenzione il tema del prolungamento ed estensione della garanzia e, in particolar modo, quello dell'escussione in autotutela (settimo comma) da parte del creditore pignoratizio, con tutti i riflessi che esso comporta in ordine al divieto del patto commissorio e al patto marcano: sul punto, si rimanda alle approfondite considerazioni di R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit. 72 ss. e 99 ss.

necessario, a pena di nullità, che esso risulti da atto scritto (la forma scritta, pertanto, è chiaramente richiesta *ad substantiam*) contenente l'indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, nonché la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito.

Rispetto al contratto costitutivo del pegno tradizionale, quello del pegno mobiliare non possessorio presenta un'importante differenza: mentre il primo, ai sensi degli artt. 2786 e 2787, terzo comma, c.c., può essere validamente costituito anche a mezzo di accordo verbale, giacché la documentazione del consenso mediante la redazione di una scrittura privata avente data certa è prescritta allorché il credito ecceda il valore di Euro 2,58 e al sol fine di rendere opponibile ai terzi lo *ius prelationis*⁽³⁰¹⁾, il secondo, viceversa, è un negozio solenne, che a pena di nullità deve sempre risultare da atto scritto.

L'assenza di spossessamento, poi, consente chiaramente di inquadrare il contratto costitutivo del pegno mobiliare non possessorio nell'ambito dei contratti consensuali: sotto quest'ultimo aspetto, ogni suggestione diretta ad evidenziare una dissonanza tra il pegno *ex art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119* e il pegno tradizionale, pone, a ben vedere, un falso problema, dal momento che, come già si è avuto modo di spiegare, alla luce della disciplina codicistica è necessario distinguere tra titolo costitutivo e costituzione del diritto di garanzia, sicché il pegno trae origine da un contratto (ovvero da un atto unilaterale) idoneo a produrre l'effetto di obbligare le parti (o meglio, il costituente) a consegnare la *res* che ne costituisce l'oggetto, operazione, quest'ultima, necessaria a rendere effettivo l'acquisto dello *ius prelationis*⁽³⁰²⁾.

L'effetto della garanzia verso i terzi, e quindi l'opponibilità del vincolo, si produce esclusivamente a seguito dell'iscrizione in un registro informatizzato, costituito presso l'Agenzia delle entrate, denominato «Registro dei pegni non possessori»: solo dopo quest'ultimo adempimento il vincolo prende grado e diviene opponibile ai terzi. Il meccanismo descritto, pertanto, riprende quello tipico del pegno su strumenti finanziari dematerializzati, dove l'iscrizione del vincolo nel

⁽³⁰¹⁾ In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Riv. not.*, 2010, 262.

⁽³⁰²⁾ Sul punto, v. ampiamente *retro*, § 3.

registro – come già illustrato: v. *retro*, § 10 – è destinata ad assumere un valore funzionalmente sostitutivo al meccanismo dello spossessamento⁽³⁰³⁾.

Ciò posto, la domanda che ci si pone è se la più immediatamente percepibile tra le peculiarità della fattispecie in parola, ossia l'assenza dello spossessamento sostituito dalla tecnica iscrizionale, sia in grado di segnare in modo netto la distinzione rispetto al modello pignoratorio offerto dal codice civile, così impedendo l'assimilazione tra le due fattispecie e, al tempo stesso, facendo sì che attraverso la disciplina dettata dal legislatore del 2016 si sia venuto a configurare un nuovo modello ibrido di garanzia (a metà strada tra pegno e ipoteca); ovvero, se la stessa peculiarità di cui si discorre sia destinata a realizzare una mera variazione rispetto allo schema legale tipico del pegno codicistico, continuando tuttavia il pegno mobiliare non possessorio a conservare quel nucleo essenziale che, da un punto di vista funzionale, caratterizza il meccanismo pignoratorio⁽³⁰⁴⁾.

Orbene, a tale ultimo riguardo non pare possibile ritenere *sic et simpliciter* che il mero rinvio alla disciplina codicistica del pegno, operato dal comma 10-*bis* dell'art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119⁽³⁰⁵⁾, sia di per sé solo sufficiente ad indirizzare l'interprete ad accogliere (del tutto acriticamente) la seconda tra le prospettate alternative.

Tale previsione, infatti, potrebbe stare a significare “sia che il pegno non possessorio [...] è un sotto-tipo del pegno codicistico, sia che il legislatore del 2016 ha voluto identificare in anticipo l'ambito normativo cui fare riferimento per colmare, in via analogica, le lacune della disciplina di una fattispecie di garanzia mobiliare, che rimane comunque diversa ed autonoma da quelle previgenti”⁽³⁰⁶⁾.

⁽³⁰³⁾ Cfr. E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., 254.

⁽³⁰⁴⁾ Sul punto, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 80 s., il quale distingue tra le mere variazioni dallo schema legale che “non assumono un'entità tale da produrre una vera e propria alterazione causale dell'atto di autonomia”, e le vere e proprie alterazioni a tale schema; l'Autore altresì precisa che la semplice non coincidenza delle regole non è “sufficiente ad escludere la qualifica del contratto secondo quel tipo: per quest'ultimo fine è necessario accertare la compatibilità della funzione con il limite, oltre il quale la disciplina del contratto non può essere derogata senza alterare il tipo legale può essere appurato e segnato solo “con riferimento al significato dell'operazione economica espressa dal contratto tipico”.

⁽³⁰⁵⁾ Art. 1, comma 10-*bis*, l. 30 giugno 2016, n. 119: «Per quanto non previsto dal presente articolo, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al libro sesto, Titolo III, Capo III, del codice civile».

⁽³⁰⁶⁾ R. CATALANO, *op. cit.*, 91.

Ad ogni modo, è allo stesso tempo indubbio il fatto che il rinvio operato dal legislatore speciale non possa lasciare del tutto indifferente l'interprete, ma che, all'opposto, esso sia comunque destinato a costituire un importante elemento ermeneutico, da valutare unitamente a tutte le altre indicazioni desumibili dal dato normativo, al fine di trovare l'esatta collocazione della fattispecie in parola all'interno del sistema delle garanzie reali.

Ma procediamo con ordine.

Occorre anzitutto premettere come, a seconda della soluzione accolta rispetto alla questione poc'anzi accennata, sia possibile non solo pervenire ad un'esatta qualificazione della fattispecie in esame, ma altresì ampliare e rafforzare quella riflessione dottrinale diretta a mettere in luce e valorizzare quello che è il nucleo essenziale della funzione pignorizia: ponendosi in tale ultima prospettiva, il confronto tra la novità legislativa del 2016, da una parte, e il modello codicistico del pegno, dall'altra, può essere utile all'individuazione (e ad un'ulteriore conferma) di quelli che sono i tratti morfologici e funzionali qualificanti il tipo garanzia pignorizia e, in particolar modo, a delineare con sufficiente precisione quello che è il ruolo assunto dallo spossessamento nell'ambito del schema configurativo del pegno⁽³⁰⁷⁾.

Giova a questo punto richiamare le considerazioni già abbondantemente svolte in precedenza: da tempo, infatti, più di una voce in dottrina si è levata per mettere in evidenza – e dimostrare – come lo spossessamento, inteso come *traditio*, non possa in alcun modo essere annoverato tra gli elementi essenziali dello schema tipico del

⁽³⁰⁷⁾ V. *retro*, § 5 e ss. Sul punto, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 82 s., il quale precisa come debba “essere considerato essenziale ogni elemento in assenza del quale il perseguito assetto di interessi non potrebbe realizzarsi nelle sue linee fondamentali”. Con queste osservazioni l'Autore si allinea alle osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 259, secondo il quale a mezzo del procedimento di qualificazione “si giunge ad individuare l'essenziale di un istituto, cioè a cogliere il *quid* senza il quale non si è più in presenza di quell'istituto, ma di un altro diverso tipo. Essenziali, dunque, sono gli effetti caratterizzanti l'istituto, quelli che nella loro sintesi, cioè nel loro particolare collegamento, qualificano una fattispecie”; pertanto “la funzione di un istituto è data dalla sintesi dei suoi effetti essenziali”, mentre “accanto agli effetti essenziali se ne producono normalmente altri, per così dire accessori, pur se tipici, che [...] non ne contraddistinguono la funzione”.

pegno⁽³⁰⁸⁾.

Preso atto di ciò, quindi, il problema che si pone innanzi al legislatore sta nel definire un modo comunque capace di conservare il diritto di garanzia del creditore pignoratizio e di preservarlo a fronte di eventuali acquisti compiuti dai terzi di buona fede: in tal senso, se la disciplina codicistica del pegno ha affrontato e risolto tale problema imponendo lo spossessamento del datore della garanzia, il legislatore del 2016, invece, è pervenuto a un medesimo risultato, diretto a tutelare il creditore pignoratizio, per il tramite di un meccanismo diverso, ma al tempo stesso idoneo a privare il terzo *accipiens* del requisito richiesto ai fini dell'applicabilità dell'art. 1153 c.c., ossia la buona fede⁽³⁰⁹⁾.

E tale tecnica, come precedentemente illustrato, è stata individuata nell'iscrizione del pegno non possessorio in un apposito registro: iscrizione che non ha alcuna efficacia costitutiva propria dell'iscrizione ipotecaria, ma che, al pari dello spossessamento, è preordinata a rendere opponibile ai terzi il diritto di prelazione e impedire al tempo stesso il sorgere di prevalenti diritti in capo a terzi, così da pregiudicare le ragioni del creditore pignoratizio (l'art. 1, quarto comma, l. 30 giugno 2016, n. 119, stabilisce infatti che il pegno diviene opponibile e prende grado a partire dal momento della iscrizione).

L'identità del risultato così ottenuto e l'idoneità della disciplina in commento ad una applicazione generalizzata a tutti gli imprenditori, altro non fanno se non corroborare (ulteriormente) l'ormai diffusa convinzione secondo cui lo spossessamento non è requisito strutturale indispensabile del pegno e ad affermare,

⁽³⁰⁸⁾ Sul punto si rimanda alle considerazioni già ampiamente svolte: v. *retro*, § 3 e ss.; cfr., su tutti: E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 127 ss.; ID., voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 89 ss.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit.; ID., *Rotatività della garanzia*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., 187 ss.; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, *ivi*, cit., 69 ss.

⁽³⁰⁹⁾ Cfr. R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., 92 ss.: l'Autrice osserva come il cuore del problema risieda nella necessità di approntare dei validi strumenti alternativi allo spossessamento per evitare il formarsi delle condizioni di applicabilità delle regole dettate dall'art. 1153 c.c.: una volta escluso lo spossessamento, mezzo pubblicitario assai rudimentale, in certa misura ambiguo ma certamente efficace, per salvaguardare l'effettività della garanzia, impedendo il formarsi delle condizioni di applicabilità indicate negli articoli in questione, la via escogitata dal legislatore del 2016 è stata quella della iscrizione del contratto di pegno in un apposito registro informatizzato.

invece, la piena compatibilità con lo schema e con la funzione tipica di tale garanzia reale mobiliare di ogni altro strumento o tecnica – come, appunto, l’iscrizione in pubblici registri ovvero l’apposizione sulle merci oppignorate di appositi contrassegni distintivi (prevista ad esempio, dalla l. 24 luglio 1985, n. 401 in materia di pegno dei prosciutti: v. *retro*, § 9) – in grado di assicurare la permanenza del diritto in capo al creditore, nonostante eventuali successive vicende (atti dispositivi, azioni esecutive, etc.) che possono interessare il bene offerto in garanzia. In altri termini, trova ulteriore conferma il fatto che lo schema strutturale tipico del pegno deve comprendere non lo spossessamento in sé e per sé, ma una qualsiasi tecnica che, al pari dello spossessamento, consenta di conservare il diritto reale di garanzia (e lo *ius prelationis*) in capo al creditore pignoratizio; circostanza, quest’ultima, che, come osservato in precedenza, rappresenta un elemento indispensabile al pieno raggiungimento della funzione di garanzia propria del pegno⁽³¹⁰⁾.

12. Osservazioni conclusive: i pegni senza spossessamento quali variazioni anomale del pegno tradizionale.

All’esito dell’indagine condotta ai paragrafi che precedono, si è avuto modo di valutare approfonditamente la funzione assolta dallo spossessamento nell’ambito dello schema configurativo del pegno, nonché quali siano le finalità che in concreto il legislatore ha inteso affidargli; e, parimenti, come la fenomenologia delle garanzie

⁽³¹⁰⁾ In tal senso, cfr. F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del “nuovo” pegno mobiliare non possessorio*, cit., 192 s., la quale parla di confluenza del pegno mobiliare non possessorio nelle varie figure di pegno anomalo (sul concetto di anomalia v. *infra*, § 12). Sul punto, cfr. altresì E. GABRIELLI, *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., 12; l’Autore, tuttavia, prendendo spunto dal rinvio contenuto nel comma 10-*bis* dell’art. 1, l. 30 giugno 2016, n. 119, esclude che il nuovo pegno non possessorio consista in un variante anomala del pegno, bensì “un sotto-tipo del pegno di diritto comune, come risulta dalla circostanza che, secondo la teoria che distingue tra tipo e sotto-tipo, la figura presenta rispetto al tipo delle caratteristiche ulteriori, le cc.dd. note extra-tipiche, le quali non sono presenti nel tipo legale del pegno, e tanto meno nella sua forma rotativa”; nello stesso senso ID., *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 7, 2017, 1717.

pignoratorie risulti essere ben più articolata rispetto a quella risultante dalla tradizionale lettura delle disposizioni codicistiche.

L'evoluzione legislativa, infatti, ha delineato una pluralità di modelli legali di garanzia pignoratoria, ai quali – come visto – si ricollegano altrettanti statuti normativi; e, il dato immediatamente percepibile dalla legislazione speciale in materia di pegno, sta nella progressiva perdita della centralità dello spossessamento, sostituito da tecniche tese ad evitare immobilizzazioni antieconomiche dei beni comunque capaci di assicurare la realizzazione della funzione di garanzia.

Volendo a questo punto tirare le fila del discorso, pare propizio il momento di provare a formulare alcune riflessioni conclusive.

Per quanto concerne la rilevanza dello spossessamento nell'ambito dello schema configurativo del pegno, si è avuto modo di vedere come la consegna della *res* evocata all'art. 2786 c.c., non sia in alcun modo qualificabile come elemento costitutivo del contratto di pegno: invero, nel momento in cui il legislatore afferma che il «*pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa*», questi ha inteso riferirsi non già al titolo costitutivo del rapporto di garanzia, bensì al diritto reale di garanzia e alla sua opponibilità *erga omnes*. Tanto basta, quindi, ad escludere: da una parte, che il contratto di pegno rientri tra le fila dei contratti reali, non richiedendo ai fini del perfezionamento la *traditio* della *res* offerta in garanzia oltre al consenso già prestato dai paciscenti; e, dall'altra, che la *traditio* possa rivestire un ruolo essenziale nella configurazione della struttura esterna del pegno⁽³¹¹⁾.

Chiarito dunque che lo spossessamento – sempre inteso come *traditio* – è destinato ad assumere rilievo esclusivamente in rapporto al sorgere dello *ius prelationis* e, allargando l'angolo di visuale, al perfezionamento di un vincolo di garanzia opponibile *erga omnes*, si è poi voluto focalizzare l'attenzione sugli scopi che, effettivamente, il legislatore ha inteso ricondurre e ascrivere allo spossessamento.

A tale ultimo riguardo, si è avuto modo di appurare come gli obiettivi a cui mirano le parti mediante lo spossessamento, nel momento in cui danno vita al rapporto di garanzia, siano: *in primis*, quello di produrre l'indisponibilità del bene per

⁽³¹¹⁾ V. *retro*, § 3.

impedire al costituente di potersi servire di quest'ultimo ai sensi dell'art. 1153 c.c. (e con le conseguenze che tale norma comporta); in secondo luogo, quello di esteriorizzare la sussistenza del vincolo di garanzia⁽³¹²⁾ – pur rimanendo chiara, per le ragioni esposte, la differenza rispetto alla funzione di pubblicità costitutiva assolta dall'iscrizione nell'ambito della disciplina ipotecaria – in modo tale che i terzi siano messi in condizione di conoscere che su quel bene grava il diritto del creditore pignoratorio; infine, assicurare la tutela preferenziale al creditore pignoratorio mediante lo *ius prelationis*⁽³¹³⁾.

Tuttavia, si è avuto altresì modo di spiegare come, nel momento in cui si discorre di indisponibilità del bene offerto in garanzia, di esteriorizzazione del rapporto di garanzia o, ancora, di acquisizione del diritto di prelazione da parte del creditore pignoratorio⁽³¹⁴⁾ – effetti, questi ultimi, tradizionalmente conseguiti proprio mediante lo spossessamento – non si riesca a cogliere appieno il significato stesso di *funzione di garanzia* da associare al pegno, ma ci si limiti ad individuare, da una parte, soltanto una specifica modalità – lo spossessamento appunto – attraverso cui quella stessa funzione può tecnicamente realizzarsi, e, dall'altra, i possibili effetti scaturenti da quest'ultimo meccanismo, prodromico all'attuazione della funzione di garanzia medesima.

Ne è derivata, pertanto, la necessità di impostare il discorso riguardo alla funzione di garanzia – discorso, quest'ultimo, essenziale al fine di poter valutare l'asserita centralità dello spossessamento nello schema configurativo del pegno – in una prospettiva differente, scindendo preliminarmente il piano della *funzione tout court*, da quello dei suoi *effetti*⁽³¹⁵⁾.

Operata tale scissione e, conseguentemente, una volta proceduto all'analisi degli specifici effetti conseguenti allo spossessamento, sempre inteso come *traditio*, si è valutato quali tra essi siano destinati a rivestire un'assoluta centralità nell'ambito della

⁽³¹²⁾ Ma si tratta di una funzione che, come visto, è stata associata allo spossessamento solamente in epoca recente, a partire dal XIX secolo, grazie alla dottrina francese formatasi, in un secondo momento, sotto la vigenza del *Code Napoléon*: v. *retro*, Cap. III, § 5.

⁽³¹³⁾ V. *retro*, § 5 e ss.

⁽³¹⁴⁾ In particolare, v. *retro*, § 7.

⁽³¹⁵⁾ Cfr. E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., 77.

funzione di garanzia; e, in un secondo momento, si cercato di rispondere alla domanda se, per il prodursi di tali ultimi effetti, la consegna della *res* offerta in garanzia, al creditore pignoratizio o al terzo individuato di comune accordo tra le parti, risulti essere indispensabile, oppure se i medesimi effetti, configuranti la funzione di garanzia associata al pegno, possano essere ottenuti altresì attraverso tecniche alternative allo spossessamento, capaci di prescindere, dunque, dalla *traditio rei*.

Ebbene, alla luce dei dati che sono emersi all'esito dell'indagine condotta, è stato possibile acquisire tutti gli elementi necessari ad offrire una risposta adeguata alla domanda che si era posta in apertura del presente capitolo: ossia, se lo spossessamento sia in grado, di per sé solo, di assurgere a elemento essenziale e irrinunciabile nello schema con figurativo del pegno, sempre in una prospettiva di realizzazione della funzione di garanzia⁽³¹⁶⁾.

A tal proposito, tuttavia, può solidamente affermarsi che alla domanda dianzi posta non possa che essere data risposta negativa: infatti, se è pur vero che attraverso lo spossessamento le parti del rapporto di garanzia (debitore o terzo costituente, da una parte, creditore pignoratizio, dall'altra) intendono centrare obiettivi ben precisi, costitutivi il nucleo essenziale della funzione di garanzia associata al pegno – quali l'indisponibilità del bene offerto in garanzia, l'esteriorizzazione del vincolo, la tutela preferenziale del creditore pignoratizio – è parimenti vero che i medesimi risultati possono tranquillamente essere conseguiti anche attraverso tecniche e strumenti diversi dallo spossessamento, purché comunque in grado di assicurare che la *res* oggetto di pegno venga sottratta, mediante la costituzione del vincolo, al potere dispositivo del costituente. E cioè, senza che venga minimamente scalfita quell'esigenza di rafforzamento delle aspettative creditorie di veder realizzato il proprio diritto.

Il che equivale a dire, in definitiva, che rinunciando allo spossessamento e, contestualmente, sostituendolo con meccanismi diversi (come ha provveduto a fare il legislatore speciale in determinati ambiti), non si snatura l'istituto pignoratizio, dal

⁽³¹⁶⁾ V. *retro*, § 1.

momento che non viene meno alcun elemento idoneo a qualificarlo da un punto di vista funzionale.

Né tantomeno, è il caso di precisare, si viene così a creare una nuova garanzia reale, ibrida e da tenere distinta rispetto al pegno. All'opposto si perviene semplicemente alla costruzione di una variante anomala del pegno: ove per anomalia non si intende la presenza di un risoluto distacco rispetto al modello tradizionale offerto a livello codicistico, bensì l'intervenuta alterazione, all'interno dello schema di riferimento, di taluni elementi strutturali, giustificata – è il caso specifico del pegno – alla luce di esigenze pratiche particolarmente avvertite negli scambi commerciali e nel settore del credito all'impresa⁽³¹⁷⁾.

In ultima analisi, pertanto, da tutte le precedenti considerazioni è possibile addivenire alla seguente conclusione: tra i pegni senza spossessamento, occorsi in sede di legislazione speciale, e la disciplina codicistica dell'istituto pignoratizio, si registra, pur a fronte di innegabili divergenze strutturali, una piena compatibilità e omogeneità funzionale⁽³¹⁸⁾: escluso lo spossessamento, che non viene annoverato tra gli elementi essenziali per identificare lo schema legale tipico del pegno, il legislatore ha voluto rinunciare solamente ad una tra le molteplici tecniche attraverso le quali è possibile considerare effettivamente realizzata la funzione di garanzia nel pegno, senza con ciò modificarne la sua struttura essenziale.

⁽³¹⁷⁾ Così G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 202 s.; sul punto si v. altresì E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 123 ss., spec. 129, ove si afferma: “Nel pegno anomalo, pertanto, l'effetto di regola perseguito con lo spossessamento [...] viene conseguito, senza alterare lo schema tipico, da tecniche alternative che, rispetto alla funzione propria del tipo, non costituiscono requisiti, né danno luogo ad effetti extra-tipici”. Sul concetto di sotto-tipo e sulla sua differenza rispetto a quello di anomalia, v. *ivi*, 77 ss.

⁽³¹⁸⁾ Cfr. E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 74 ss., il quale, esaminando le diverse fattispecie pignoratorie esistenti nel nostro ordinamento giuridico, mette in luce la loro omogeneità funzionale a fronte di una pluralità di strutture.

Indice bibliografico

- ABATANGELO C., *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012.
- ABATANGELO C., *Una nuova figura di pegno nel c.d. «decreto banche»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017.
- ALPA G., voce *Credito al consumo*, in *Digesto (disc. priv.)*, V, Torino, 1989.
- ALPA G., *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2005.
- AMBROSINI S., *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Il caso.it*.
- ANDRIOLI V., *Dei privilegi*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1945.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.
- ANGELICI C., *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, XXII, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1985.
- ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Studi in onore di Messineo*, VI, Milano, 1959.
- ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017.
- BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017.
- BARALIS G., *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. not.*, 2009.
- BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.
- BARBIERA L., *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1992.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, 2^a ed., in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da), BUSNELLI (diretto da), Milano, 2010.
- BARILLÀ G.B., *Alcune osservazioni a margine del recepimento del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017.
- BARILLÀ G.B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, I, 2017.
- BARONTINI R., *Il ruolo delle garanzie nella protezione del credito bancario: un'analisi empirica su un campione di piccole e medie imprese*, in *Le garanzie del credito alle imprese*, CAPRIO-PRESTI (a cura di), Torino, 2001.
- BARTOLI S., *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trust*, in *Trusts*, 2005.
- BATTISTONI FERRARA F., *Cessione di credito "a garanzia" e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, I, 1961.
- BETTI E., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1931.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000.

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.
- BIANCA C.M., *Il riservato dominio*, in *La vendita e la permuta*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile*, VII, T. 1, VASSALLI (diretto da), VII, Torino, 1993.
- BIANCA M., *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006.
- BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U., *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989.
- BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1986.
- BISCONTINI G., *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993.
- BONFATTI S., *Il privilegio dei finanziamenti bancari a medio e lungo termine alle imprese*, in *Il Fallimento*, 2002.
- BOVE L., voce *Pegno (diritto romano)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 2016.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 1991.
- BRODI E., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di economia e finanza (Banca d'Italia)*, 2016.
- BRUNI G.B., *La garanzia «fluttuante» nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986.
- BURDESE A., voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997.
- BUSSANI M., *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.
- CALLEGARI M., *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004.
- CAMPITELLI A., voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018.
- CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990.
- CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.
- CAPALDO L., *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, in *Dir. banc.*, I, 1987.
- CAPUTO L. - CAPUTO M., *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017.
- CARNACINI T., *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1935.
- CARNEVALI U., voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- CARNEVALI U., voce *Negoziio giuridico. III) Negoziio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

- CARRIERE P., *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2005.
- CARRIERO G., *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998.
- CARRIERO G., *Monte Titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo*, in *Foro it.*, 1986.
- CASTRONOVO V., *Storia dell'economia mondiale*, IV, *Tra espansione e recessione*, Bari, 2000.
- CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018.
- CENINI M., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 2009.
- CENINI M., voce *Garanzie atipiche*, in *Digesto (disc. priv.)*, VIII Agg., Torino, 2013.
- CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.
- CICCARELLO S., voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- CICERO C., voce *Ipoteca*, in *Digesto (disc. priv.)*, X Agg., Torino, 2016.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli 2000.
- COLESANTI V., *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Il Fallimento*, 1984.
- COMPORZI M., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.
- COMPORZI M., *Diritti reali in generale*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2011.
- COMPORZI M., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006.
- CORRIAS P., *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2014.
- COSTANTINO G. - JANNARELLI A., *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Nuove leggi civ.*, 1986.
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981.
- COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, Vol. I, Milano, 1980.
- D'ADDA A., *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti*, ROPPO-BENEDETTI (diretto da), Milano, 2014.
- D'AMICO G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), Bologna, 2013.
- D'AMICO G. - PAGLIANTINI S. - PIRAINO F. - RUMI T., *I nuovi marciali*, Torino, 2017.
- D'ORIO M.E., *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui trusts*, in *Giur. comm.*, 1998.
- DE IULIIS F., *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum salvianum*, Torino, 2017.
- DE MARCHI P., *L'ipoteca navale: considerazioni e raffronti con l'ipoteca immobiliare*, in *Vita not.*, 1987.
- DELL'ANNA MISURALE F., *La nuova garanzia mobiliare introdotta con l. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018.
- DELL'ANNA MISURALE F., *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004.

- DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2^a ed., Torino, 2000.
- DI FILIPPO A. - VIGNALE M.R., *La responsabilità patrimoniale. Privilegi - Pegno. Commento agli artt. 2740-2807 del Codice Civile*, Roma, 1966.
- DI LANDRO A.C., *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, in *Trust*, 2010.
- DI MARCELLO T., *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, Milano, 2010.
- DOLMETTA A.A. - PORTALE G.B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, e tit. cred.*, I, 1999.
- DOMAT J., *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, (traduzione di V. ALOJ), Napoli, 1786.
- EBNER M., voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007.
- FERRARA Jr. F., *Ipoteca mobiliare ed insieme un contributo alla teoria della pubblicità*, Roma, 1932.
- FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- FIORENTINI F., *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, V, *Diritti reali di garanzia*, GAMBARO-MORELLO (diretto da), Milano, 2014.
- FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006.
- FIORENTINI F., *Le garanzie mobiliari nel diritto europeo e internazionale*, in *Trattato dei diritti reali*, V, *Diritti reali di garanzia*, GAMBARO-MORELLO (diretto da), Milano, 2014.
- FONTANA A., *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1991.
- FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, 1952.
- FRAGALI M., voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969.
- FRANCESCA M., *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003.
- FREZZA P., *Le garanzie reali*, Padova, 1963.
- FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.
- GABRIELLI E., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.
- GABRIELLI E., *Garanzia e garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E., *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *Trusts*, 2002.
- GABRIELLI E., *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO (diretto da), Torino, 2005.
- GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.
- GABRIELLI E., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1996.
- GABRIELLI E., *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2017.
- GABRIELLI E., *«Pinocchio» il «grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E., *Rotatività della garanzia*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.

- GABRIELLI E., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.
- GABRIELLI E., *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017.
- GABRIELLI E., voce *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E. - DANESE G.A., *Le garanzie sui beni d'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1995.
- GALANTI E., *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2000.
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1975.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2002.
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1995.
- GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002.
- GATTI S., *Il credito su pegno*, 2^a ed., Milano, 2002.
- GAZZONI F., *Il vestito dell'imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002.
- GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (Lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015.
- GAZZONI F., *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, II, 2000.
- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001.
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968.
- GIUFFRÈ V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992.
- GORLA G. - ZANELLI P., *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Commentario del Codice Civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), 4^a ed., Bologna-Roma, 1992.
- GRISI G., *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.
- GUARNIERI A., *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corr. giur.*, 1985.
- JAEGER P.G., *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, I, 1984.
- JANNARELLI A., *"Proprietà", "immateriale", "atipicità": i nuovi scenari di tutela*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, RESTA (a cura di), Torino, 2010.
- LA ROSA F., *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988.
- LAMANNA F., *"Decreto banche": iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il Civilista*, 2016.

- LASCIALFARI M., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004.
- LEICHT P.S., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato: diritti reali e successioni*, II, Milano, 1960.
- LICINI C., *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996.
- LIUZZI A., *Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992.
- LOBUONO M., *Il pegno bancario*, in *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), CAPOBIANCO (a cura di), Padova, 2016.
- LUCCI M., *Brevi note in tema di pegno rotativo e nuovo pegno senza spossessamento*, in *Foro it.*, 2016.
- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990.
- LUMINOSO A., *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da), BUSNELLI (diretto da), Milano, 1987.
- LUPOI M., *I trusts nel diritto civile*, Torino, 2005.
- LUPOI M., *Introduzione ai Trusts*, Milano, 1994.
- LUPOI M., *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corr. giur.*, 1995.
- LUPOI M., *Parere su una ipotesi di trust di garanzia*, in *Trusts*, 2002.
- LUPOI M., *Trust e riflessi sul sistema delle garanzie*, in *Il Fallimento*, 2002.
- MACARIO F., *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- MAIORCA C., *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938.
- MANNINO V., voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992.
- MARCUCCI M., *Commento all'art. 87*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, ALPA-CAPRIGLIONE (a cura di), Padova, 1998.
- MARINO R., *Recepimento della direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria. Le innovazioni nel diritto delle garanzie reali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005.
- MARRONE M., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004.
- MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018.
- MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995.
- MASTROPAOLO F., *I singoli contratti. I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, SACCO (diretto da), Torino, 1999.
- MASTROPAOLO F. - DE VECCHIS P. - MASTROPAOLO E.M., *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda. I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006.
- MENGGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, 3^a ed., Milano, 1994.
- MESSINEO F., *Costituzione di pegno mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1949.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1959.

- MESSINETTI R., voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir.*, III Agg., Milano, 1999.
- MINNITI G.F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997.
- MOLINARI M., *Il trust di garanzia e il suo impiego per un finanziamento imprenditoriale*, in *Trust: opinioni a confronto: atti dei congressi dell'Associazione "Il trust in Italia". III Congresso nazionale, Roma, 2005. I trust per la famiglia, Firenze, 2005*, BARLA DE GUGLIELMI (a cura di), Milano, 2006.
- MONTEL A., voce *Garanzia (diritto reale di)*, in *Noviss. dig. It.*, VII, Torino, 1961.
- MONTEL A., voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007.
- MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 2017.
- NACCARATO F., *Tecnica di finanziamento d'impresa*, Torino, 2017.
- NAPOLETANO V. - BARBIERI E.M. - NOVITÀ M., *I contratti reali*, Torino, 1965.
- NATOLI U., *I contratti reali: appunti delle lezioni*, Milano, 1975.
- NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, 2ª ed., Padova, 1988.
- OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre, riv. dir. priv.*, 1984.
- OCCORSIO V., *Finanziamento d'impresa e possesso in garanzia*, Napoli, 2018.
- OPPO G., *Recensione a Rubino, la responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino, 1943, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944.
- PAGLIANTINI S., *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.
- PADOA SCHIOPPA A., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1992.
- PAOLI U.E., voce *Pegno (diritto greco)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- PARTESOTTI G., *Profili cartolari del sistema Monte Titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1987.
- PAVONE LA ROSA A., *La gestione accentrata di valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli in Banca borsa tit. cred.*, I, 1988.
- PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.
- PERLINGIERI G., *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017.
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri, I, La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.
- PIAZZA L., voce *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- PIEPOLI G., *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Contr. impr.*, 2009.
- PIEPOLI G., *Garanzie sulle merci e spopolamento*, Napoli, 1980.
- PIPITONE M., voce *Monte di credito su pegno*, in *Digesto (disc. priv.)*, X, Torino, 1994.
- PISCITELLO P., *Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spopolamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2001.

- PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999.
- POTHIER R.J., *Le pandette di Giustiniano riordinate*, (traduzione di A. BAZZARINI), 1835.
- POTHIER R.J., *Raccolta dei diversi trattati sulle ipoteche, l'anticresi ed il pegno*, 2^a ed., (trad. it.), Napoli, I, 1820.
- PRESTI G., *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1995.
- PRETE F., *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2017.
- PROTO C., *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in *Il Fallimento*, 2002.
- PUGLIATTI S., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1957.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- RAVAZZONI A., *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1987.
- RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2006.
- RAVAZZONI A., *Privilegi e parità di trattamento*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi. Congresso dei civilisti italiani. Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991.
- RAVAZZONI A., voce *Garanzia (diritto reale di)*, in *Digesto (disc. priv.)*, VIII, Torino, 1992.
- REALMONTE F., voce *Pegno, I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1991.
- REALMONTE F., *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, 2^a ed., RESCIGNO (diretto da), Torino, 1997.
- RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984.
- RESCIGNO M., *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 e tit. cred.*, I, 1999.
- RESCIGNO M., *La nuova disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari* in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1999.
- RESCIGNO M., *Le garanzie «rotative convenzionali»: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2001.
- RESCIGNO P., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.
- RICCA L., *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974.
- RICCI R., *La moderna tecnica bancaria*, Torino 1992.
- ROMANO A., voce *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992.
- ROPPA E., «Par condicio creditorum», in *Le garanzie dell'obbligazione. Scritti scelti*, CHIANALE (a cura di), Torino, 2015.
- ROPPA E., *Par condicio creditorum, sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981.

- RUBINO D., *La compravendita*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 1962.
- RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1956.
- SACCO R., voce *Consensualismo*, in *Dig. disc. priv.*, IV Agg., Torino, 2009.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1975.
- SACCO R. - CATERINA R., *Il possesso*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (diretto da), MENGONI (continuato da), Milano, 2014.
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016.
- SENIN A., voce *Monte di pegno*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- SERICK R., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, (traduzione di P.M. VECCHI), Milano, 1990.
- SCHLESINGER P., *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995.
- SCHWARZENBERG A., voce *Pegno (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- SPADA P., *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1999.
- SPINELLI M., *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962.
- STEFINI U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.
- STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003.
- STELLA G., *Le garanzie del credito*, I, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 2010.
- TAMBURRINO G., *Della tutela dei diritti: delle ipoteche. Artt. 2808-2899*, 2^a ed., in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1976.
- TAMBURRINO G., voce *Comodato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- TARZIA G., *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005.
- TRAPANI G., *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Milano, 1963.
- TRIMARCHI V.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- TROPLONG R.T., *Commentario dei privilegi e delle ipoteche*, I, (trad. it.), Napoli, 1858.
- TROVATORE G., *I nuovi confini delle garanzie reali immobiliari*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002*, PARADISO (a cura di), Milano, 2005.
- TUCCI G., *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in M. PELLEGRINI-M. SEPE-V. TROIANO, *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, 3^a ed., Tomo I, CAPRIGLIONE (diretto da), Padova, 2012.
- TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974.
- TUCCI G., *Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37-nonies, introdotto dalla Merloni-ter)*, in *Giur. it.*, 1999.

- TUCCI G., *Il particolarismo legislativo del privilegio industriale*, in *Foro it.*, I, 1980.
- TUCCI G., voce *Garanzia* in *Digesto (disc. priv.)*, VIII, Torino, 1992.
- TUCCI G., voce *Garanzia*, III) *Diritti di garanzia – dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- TUCCI G., *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, I, RESCIGNO, (diretto da), Torino, 1985.
- VALENTINO D., *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008.
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968.
- VENEZIANO A., *La garanzia sull'intero patrimonio dell'imprenditore della nuova legge bancaria italiana al confronto con i modelli stranieri: una riforma a metà?*, in *Dir. comm. int.*, 1996.
- VENEZIANO A., *La riforma delle garanzie per il finanziamento alle imprese negli ordinamenti dell'Est europeo: spunti per una comparazione*, in *Dir. comm. int.*, I, 1997.
- VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.
- VENEZIANO A., voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Digesto (disc. priv.)*, IX Agg., Torino, 2015.
- ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.
- ZECCHIN F., *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativo di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Europa e dir. priv.*, 2017.
- ZOPPINI A., *Garanzie più "moderne" senza lo spossessamento*, in www.andreazoppini.it.