

IL PEGNO NON POSSESSORIO EX LEGE N. 119/2016

di STEFANO AMBROSINI

1. L'introduzione del nuovo istituto e le sue finalità.

Il nostro ordinamento codicistico in materia di garanzie mobiliari è basato, in ossequio a una tradizione plurisecolare, sul principio dello spossessamento del debitore. L'art. 2786 c.c., infatti, stabilisce che il pegno si costituisce con la consegna della cosa o del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità¹: la *datio rei*, sia essa effettuata a mani del creditore o di un terzo, impedisce al debitore di disporre del bene oppignorato (il che accade anche quando la cosa è posta in custodia di creditore e debitore, giacché quest'ultimo non è in grado di farne uso senza la cooperazione del creditore²).

Un sistema siffatto è apparso non da oggi connotato da eccessiva rigidità, specie nel caso in cui il debitore rivesta la qualità di imprenditore, dal momento che lo spossessamento sottrae i beni oggetto di garanzia a un loro possibile ulteriore impiego nel processo produttivo. Allo stesso modo, è da lungo tempo diffusamente avvertita l'esigenza di rendere più elastiche le norme volte a individuare l'oggetto della garanzia e il credito garantito, senza con ciò pretermettere il bisogno di certezza, anche dei

¹ In tema di garanzia pignorizia v., *ex aliis*, RUBINO, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, vol. XIV, tomo I, Torino, 1956; GORLA-ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche, Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1992; GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 329 ss.; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, pp. 149 ss.; REALMONTE, *Il pegno*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIX, tomo I, Torino, 1997.

² Sull'ipotesi di c.d. concustodia v. PROVINCIALI, *Pegno mediante concustodia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, I, pp. 243 ss.

terzi, in ordine alla situazione giuridica dei beni offerti in garanzia.

Com'è noto, fino all'odierna riforma si è cercato di porre rimedio a tali criticità attraverso "incursioni" della legislazione speciale³: è il caso dell'art. 46 del Testo Unico Bancario, che ha introdotto un privilegio speciale sui beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, la cui opponibilità non è subordinata allo spossessamento, bensì alla trascrizione dell'atto da cui risulta il privilegio nel registro di cui all'articolo 1524 del codice civile; nonché dei decreti legislativi n. 170 del 2004 e n. 48 del 2011 in materia di garanzie finanziarie, i quali delineano una disciplina più permissiva e flessibile in ordine sia all'oggetto e alle modalità di costituzione della garanzia, sia alle condizioni di realizzo.

Nel settore alimentare, poi, da oltre trent'anni è prevista la costituzione senza spossessamento di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata (legge n. 401/1985)⁴, più di recente estesa ai prodotti lattiero-caseari per effetto della legge n. 122/2001.

E' nondimeno mancata, fino all'odierna legge n. 119/2016, una riforma di tipo organico, mentre altri ordinamenti di *civil law* hanno da tempo messo mano al complessivo sistema delle garanzie reali mobiliari⁵, com'è accaduto in Francia (con le svariate figure di *gage sans dépossession*)⁶ e in Olanda e come sta avvenendo attualmente in Belgio; e ciò in linea con i più recenti sviluppi registrati nel contesto giuridico internazionale, specie in ambito UNCITRAL. Per non dire del referente normativo per eccellenza in materia, rappresentato dall'istituto anglosassone della *floating charge*⁷.

³ V., fra gli altri, DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004.

⁴ Cfr., in luogo di altri, GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, *passim*.

⁵ Per un'ampia panoramica sulle principali legislazioni straniere v. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; GABRIELLI, *I diritti reali - Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, vol. V, Torino, 2005.

⁶ Su cui v., fra gli altri, PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XII, *Suretés Réelles, Première partie*, a cura di BECQUÉ, Paris, 1953; GROSLIÈRE, voce *Gage*, in *Répertoire de droit civil*, tome V, Paris, 1972.

⁷ In argomento v. l'illuminante, ancorché risalente, contributo di PENNINGTON, *The genesis of a floating charge*, in M.L.R., 1960, p. 630, cui *adde*, più di recente, GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, London, 1988, p. 46 ss.; sull'istituto in questione il contributo in lingua italiana più approfondito resta quello di

I tempi erano quindi maturi per una rivisitazione organica della materia. Non a caso, la c.d. Commissione Rordorf per la riforma delle procedure concorsuali aveva suggerito, al termine dei propri lavori a fine 2015, di istituire un sistema di garanzie mobiliari non possessorie. E l'art. 11 del disegno di legge n. 3671 recante delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, presentato alla Camera dei Deputati l'11 marzo 2016, ha previsto testualmente di "introdurre una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause i prelazione".

Questa parte di disciplina, come pure quella sul c.d. patto marciano, è stata anticipata dalla ridetta legge n. 119/2016, che ha appunto introdotto, all'art. 1, l'istituto del pegno non possessorio⁸, diretto a garantire crediti concessi agli imprenditori, determinati o determinabili, anche relativi a rapporti futuri⁹, con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa.

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*, n. 51, Roma, 2000, p. 15 e ss., cui adde GABRIELLI-DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 633; PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, in particolare pp. 18 e ss., ove altri riferimenti.

⁸ Tra i primi commenti alla nuova fattispecie cfr. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 maggio 2016; ORLANDO, *Prime riflessioni sul DL 59/2016 (c.d. "Decreto Banche")*, in *Il Fallimentarista*, 9 maggio 2016; DI MARCO-CAMPIDELLI, *Convertito in legge il Decreto banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 giugno 2016; LAMANNA, *"Decreto banche": ipertutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il Civilista*, Milano, 2016; ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida Normativa - Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 3.

⁹ Sul tema si veda in dottrina, anche per riferimenti, G. STELLA, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003.

Le finalità dell'intervento legislativo in esame sono rese palesi dal tenore della Relazione illustrativa, ove vengono menzionati i seguenti criteri ispiratori:

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.

In particolare, in virtù del principio testé enunciato *sub* lett. a), risulta d'ora in avanti possibile costituire in garanzia non soltanto i beni che costituiscono il c.d. capitale fisso (macchinari, impianti, ecc.), bensì anche le materie prime e le merci acquistate per il funzionamento del ciclo produttivo.

Da quanto precede si evincono dunque con chiarezza i profili marcatamente distintivi del nuovo istituto rispetto al pegno "ordinario" (su cui si tornerà nel prosieguo); anche se va precisato, dal punto di vista della disciplina applicabile, che il comma 10-*bis*, introdotto dalla legge di conversione del decreto n. 59/2016, stabilisce, con una norma "di chiusura", l'applicabilità delle disposizioni codicistiche sul pegno in quanto compatibili.

2. Il profilo soggettivo: debitore e creditore

Il primo comma dell'art. 1 della legge n. 119/2016 stabilisce che gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti inerenti all'esercizio dell'impresa concessi a loro o a terzi, presenti o futuri, determinati o determinabili, purché con la previsione dell'importo massimo garantito.

Lo strumento in questione è dunque riservato agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, sicché può trattarsi di un imprenditore commerciale oppure agricolo, esercente la propria attività in forma individuale o societaria. Si è in tal modo al cospetto di un doppio requisito, l'uno formale (l'iscrizione nel registro di cui all'art. 2188 c.c.), l'altro sostanziale (il concreto svolgimento di un'attività di impresa), entrambi necessariamente compresenti.

In base a ciò, dovrebbero ricadere nel perimetro applicativo della fattispecie, oltre alle imprese testé menzionate, i consorzi con attività esterna di cui all'art. 2612 c.c., le società consortili *ex art. 2615-ter*, gli enti pubblici economici e i gruppi economici di interesse europeo, mentre non dovrebbero rientrarvi le società irregolari e le quelle tra professionisti¹⁰.

Come si è visto, l'imprenditore può costituire pegno non possessorio nell'interesse di altro soggetto, nel qual caso egli assume la veste di terzo datore di pegno; e tale espressa previsione è destinata a risultare senz'altro utile, in particolare nell'ambito dei cc.dd. rapporti *intercompany*.

La legge nulla dice, invece, in ordine alla qualità soggettiva del creditore beneficiario della garanzia, che può quindi ben essere (come nella maggior parte dei casi sarà) un intermediario autorizzato alla concessione di finanziamenti *ex art. 106 TUB*, ma anche un imprenditore non bancario e persino un non imprenditore.

¹⁰ Cfr. ZANOTELLI, *cit.*, p. 5.

3. Il profilo oggettivo: beni suscettibili di costituzione in pegno

Ai sensi del secondo comma della norma in esame, la garanzia può essere costituita su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e su crediti derivanti da, o inerenti a, tale esercizio, ad 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.

Ne deriva che il pegno non possessorio non può avere ad oggetto autoveicoli, motoveicoli, navi e aeromobili, rendite dello Stato di cui al Gran libro del debito pubblico, nonché titoli europei di sovvenzione all'agricoltura di cui al Regolamento UE n. 1307/2013 (per i quali è peraltro possibile una diversa forma di pegno). Il dubbio può porsi con riferimento alle partecipazioni (quote o azioni) di società iscritte presso il registro imprese, dal momento che la società è in effetti soggetta a iscrizione, ma a rigore non lo è la partecipazione sociale, che non parrebbe quindi rientrare nella nozione di bene mobile registrato *stricto sensu* intesa¹¹.

Il riferimento ai beni immateriali, inserito dalla legge di conversione, mal si concilia, a ben vedere, con l'esclusione dei beni mobili registrati dalla sfera applicativa della norma. Il punto è stato colto da uno dei primi commentatori, il quale ritiene evidente che la rilevanza economica dei beni immateriali sia "strettamente correlata proprio alla loro inclusione in pubblici registri (...) dalla cui iscrizione dipende in massima parte il diritto di privativa. Su tali presupposti, non pare possibile pensare che il legislatore abbia voluto limitare la possibilità di iscrivere pegno non possessorio unicamente su beni immateriali non registrati (e quindi presumibilmente di scarso valore, in quanto poco tutelabili), anche avendo a mente che la specificazione (di per se non necessaria, posto che la categoria "bene mobile", già include in sé la sottocategoria dei "beni mobili immateriali") è stata introdotta in fase di conversione del decreto. Al fine di dare quindi un possibile senso alla specificazione del legislatore, dovrebbe sostenersi – prosegue l'autore – che l'inciso vada a derogare

¹¹ *Contra*, ma senza approfondire il punto, ZANOTELLI, *cit.*, p. 4.

all'ordinario requisito richiesto per la generalità dei beni rilevanti per l'iscrizione di pegno non possessorio, abilitando il debitore (o terzo datore) a concedere in garanzia anche beni immateriali registrati; siffatta interpretazione, se restituisce senso alla previsione normativa, è tuttavia in evidente contrasto con la lettera della norma"¹².

Per quanto concerne il nesso che deve intercorrere fra bene oppignorato ed esercizio dell'impresa, la norma chiarisce che il bene dev'essere destinato a tale esercizio (come accade, tipicamente, per tutti i cespiti inseriti nel processo produttivo) e, con riguardo ai crediti, che essi debbono derivare dall'attività d'impresa o comunque inerire ad essa (locuzione, quest'ultima, volutamente più ampia rispetto al rapporto strettamente derivativo).

Dalla mancanza del predetto nesso dovrebbe verosimilmente discendere l'invalidità della costituzione di pegno (per violazione di norma imperativa)¹³ e comunque la sua inopponibilità ai terzi.

Riguardo al profilo probatorio in ordine alla strumentalità del bene rispetto all'esercizio dell'impresa, parrebbe sufficiente l'inclusione nel libro degli ammortamenti/cespiti di cui all'art. 16 del d.p.r. n. 600/1973, quanto meno a livello presuntivo, nel senso che dovrebbe pur sempre essere possibile dimostrare, in concreto, l'effettiva insussistenza di tale requisito di funzionalità.

4. Costituzione e opponibilità della garanzia

Il terzo comma della norma in esame disciplina la forma del contratto costitutivo del pegno mobiliare non possessorio, richiedendo – analogamente al pegno possessorio¹⁴ – la forma scritta a pena di nullità. Quanto al contenuto del negozio, esso deve indicare il debitore (o il terzo concedente il pegno), la descrizione del bene oppignorato, il credito assistito da garanzia e l'importo massimo garantito.

¹² ZANOTELLI, *cit.*, p. 6.

¹³ Nello stesso senso BROGI, *cit.*, p. 2.

¹⁴ Dove però la forma *ad substantiam* è richiesta solo ai fini dell'esercizio della prelazione: art. 2787, c. 3°, c.c.

Dunque il pegno non possessorio rientra fra i negozi formali ai sensi dell'art. 1350 c.c., nonché fra quelli consensuali *ex art.* 1372, 1° comma, c.c. (a differenza del pegno “ordinario”, che – come già ricordato – si costituisce con la consegna della cosa o del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità),

Dalla venuta ad esistenza della garanzia va distinta la sua opponibilità ai terzi, con riguardo alla quale il quarto comma stabilisce che il pegno ha effetto verso i terzi esclusivamente con l'iscrizione in un registro informatizzato, costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori».

In virtù di detta iscrizione e a partire dal momento in cui essa è effettuata la garanzia pignorizia prende grado ed è opponibile ai terzi, nonché nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali. Si tratta dunque di pubblicità dichiarativa ai sensi dell'art. 2193 c.c.¹⁵

La norma affida a un decreto del Ministro dell'Economia, da adottare di concerto con il Ministro della Giustizia, la disciplina delle modalità informatiche di iscrizione, consultazione e cancellazione dei contratti nel registro, nonché degli obblighi di chi effettua tali operazioni e le modalità di accesso al registro stesso, unitamente alla determinazione degli oneri di copertura dei costi di tenuta. Tale provvedimento si sarebbe dovuto emanare entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 59/2016 (vale a dire entro il 2 agosto 2016), ma a tutt'oggi non se ne ha notizia, sicché l'istituto non è ancora operante.

Sempre relativamente all'iscrizione, il sesto comma precisa che essa deve indicare il creditore, il debitore, il terzo datore del pegno (ove presente), la descrizione del bene dato in garanzia e

¹⁵ *Contra* LAMANNA, *cit.*, pp. 19-20, il quale afferma trattarsi invece di pubblicità costitutiva: «che non sia sufficiente il solo atto scritto, occorrendo anche l'adempimento della specifica formalità pubblicitaria dell'iscrizione, che ha dunque efficacia costitutiva, è dimostrato dall'inequivoco tenore dell'art. 1, comma 4: “Il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori»”. Tale previsione induce a ritenere che il pegno non possessorio non si costituisca per effetto del solo accordo dei contraenti, suggellato nell'atto scritto, ma che occorra anche l'iscrizione nel registro. [...] Si tratta, dunque, di pubblicità costitutiva, che produce anche l'opponibilità verso i terzi». L'assunto tuttavia non risulta fondato, essendo basato su un testo normativo contenuto bensì nel decreto legge, ma oggetto di successiva modifica ad opera della legge di conversione, all'esito della quale la previsione recita appunto “è opponibile ai terzi”: donde il carattere dichiarativo della pubblicità in questione.

del credito garantito (conformemente a quanto stabilito nel primo comma) e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l'acquisto di un bene determinato, la specifica individuazione del medesimo bene. L'iscrizione ha una durata di dieci anni, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione nel registro, da effettuarsi prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione della iscrizione può essere richiesta di comune accordo da creditore pignoratizio e datore del pegno, ovvero domandata in sede giudiziale.

Come già segnalato, in sede di conversione è stato inserito il comma 10-*bis*, diretto a estendere alla nuova disciplina del pegno mobiliare non possessorio l'applicazione, delle disposizioni dedicate dal codice civile al pegno (libro sesto, titolo III, capo III, artt. 2784-2807 c.c.), in quanto compatibili e per quanto non diversamente disposto.

5. I possibili conflitti tra creditori

La garanzia pignoratizia – si diceva – prende grado dal momento della sua iscrizione nel registro dei pegni non possessori. Ne consegue che, in deroga alla regola della priorità del conseguimento del possesso della cosa tipica del pegno “ordinario”, nel pegno non possessorio i conflitti tra più creditori pignoratizi sono regolati in base al criterio dell'antiorità dell'iscrizione, cioè al rispetto della prescritta formalità pubblicitaria.

Un'eccezione a tale principio è tuttavia rappresentata, ai sensi del quinto comma, dall'ipotesi del finanziatore dell'acquisto di un bene destinato all'esercizio dell'impresa, considerata meritevole di particolare tutela. Ed infatti, la norma stabilisce che il pegno non possessorio, anche se anteriormente costituito e iscritto, non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo, ovvero da un pegno, anche non possessorio, successivo, a condizione che il pegno non possessorio sia regolarmente iscritto nel registro e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

Il *favor legis* nei confronti del soggetto finanziatore è evidente e non privo di una sua giustificazione (specie in virtù della strumentalità del finanziamento all'acquisto di cespiti destinato all'inserimento nel processo produttivo), anche se in dottrina si è levata una voce, fortemente critica, secondo la quale, addirittura, la scelta del legislatore relativamente al conflitto fra più creditori pignorati "non può che lasciare interdetti, creando una preferenzialità poco giustificata e che può minare alla base la tenuta dell'istituto. Ci si chiede infatti quale incentivo possa avere un creditore ad accedere ad una forma di garanzia che potrebbe risultare del tutto inutile allo scopo, essendo concesso ad altri creditori successivi di essergli preferito. A (debole) tutela del creditore perdente, il legislatore prevede l'obbligo per il creditore finanziatore di allertare i precedenti titolari di pegni non possessori sullo specifico bene acquistato attraverso il finanziamento erogato. In tal modo (pare di intendere) il creditore perdente potrà agire per la tutela del proprio credito anche nelle forme (attraverso un'applicazione analogica, consentita dal 10-bis, inserito in sede di conversione) di cui all'articolo 2843 del codice civile"¹⁶.

6. Utilizzo, sostituzione, trasformazione e cessione del bene

La novità più rilevante della disciplina in commento, oltre naturalmente al superamento del principio codicistico dello sposessamento, risiede nella facoltà, attribuita al concedente il bene in pegno, di trasformarlo, alienarlo e comunque disporre senza l'autorizzazione del creditore garantito, a condizione che nel contratto costitutivo della garanzia non sia diversamente stabilito.

¹⁶ ZANOTELLI, *cit.*, p. 11, il quale, con riferimento alla regola circa il conflitto tra creditore garantito e terzo titolare di riserva di proprietà, osserva che, "se il bene è (ancora) in proprietà di terzi perché acquistato con patto di riservato dominio, esso non potrà essere oggetto di pegno da parte del debitore. [...] La regola ora introdotta dal legislatore parrebbe quindi regolare i conflitti tra terzo titolare della riserva di proprietà ed eventuale creditore titolare di pegno non possessorio, derogando alla disciplina ordinaria, e ammettendo così che la prova dell'esistenza del patto di riservato dominio prescinde dal requisito della "data certa" anteriore alla costituzione della garanzia".

Se il debitore o il terzo datore alienano il bene o ne dispongono in altro modo, il vincolo pignoratorio si trasferisce, rispettivamente, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia. Con il che risulta definitivamente riconosciuta la legittimità della c.d. clausola rotativa, secondo un modello da tempo propugnato da autorevole dottrina¹⁷ e ripetutamente adottato dal legislatore, negli ultimi lustri, in materia di strumenti finanziari (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 170/2004; art. 34, co. 2, d.lgs. n. 213/1998 e art. 87, co. 1, d.lgs. n. 58/1998)¹⁸, al quale anche la Suprema Corte ha posto, ancora di recente, il proprio “sigillo”¹⁹, sancendo i seguenti principi di diritto: “Come affermato, tra le ultime, nella pronuncia 2456/2008, richiamando le precedenti sentenze 4520/2004, 16914/2003, 10685/1999, il patto di rotatività del pegno si attua mediante una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito; ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione. La sostituzione pertanto costituisce soltanto il

¹⁷ V., in luogo di altri, GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, *passim*.

¹⁸ Come ricorda anche BROGI, *cit.*, p. 3.

¹⁹ Cass., 1° luglio 2015, n. 13508, in *Diritto & Giustizia*, 2015, le cui massime recitano: (i) “Il patto di rotatività del pegno costituisce fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito; ne consegue, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, che la continuità dei rinnovi fissa la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione”; (ii) “In tema di pegno rotativo, l'atto con cui si provvede alla sostituzione dell'oggetto della garanzia costituisce attuazione della prevista rotatività, sicché i relativi effetti risalgono alla consegna dei beni originariamente dati in pegno”.

meccanismo attuativo della prevista rotatività, senza determinare alcun effetto novativo del rapporto e la certezza della data, pertanto, va riferita solo alla convenzione originaria prevedente la sostituzione e non già alla scrittura o alle scritture con le quali la stessa in concreto si attui. Va a riguardo rilevato che il carattere rotativo del pegno deve riscontrarsi alla stregua dell'originario atto costitutivo (e nel caso tale carattere è indiscusso), e non avuto riguardo ai movimenti successivi, per i quali si deve soltanto verificare che i titoli non siano di importo superiore a quello dei titoli sostituiti, e per il resto, per quanto sopra già evidenziato, per l'atto di sostituzione non occorre la data certa”.

E in proposito si è osservato che il pegno non possessorio “deve considerarsi *naturaliter* rotativo, proprio perché manca *in re ipsa* un interesse al possesso del bene, che viene assunto non in sé, nella sua materialità, ma come valore. E questo spiega perché il diritto alla trasformazione o alla disposizione venga lasciato alla autonomia contrattuale”²⁰.

Il carattere surrogatorio reale, connaturato al meccanismo rotativo, fa sì che non si verifichi alcun effetto novativo neppure nel caso di trasformazione del bene (come accade, tipicamente, nell'ipotesi di materie prime), giacché il pegno si trasferisce al prodotto risultante da essa. Ove poi tale prodotto – ha precisato la legge di conversione del decreto – inglobi, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà previste dal settimo comma spettano a ciascun creditore pignoratizio, con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime ritualmente effettuate, il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate²¹.

²⁰ LAMANNA, *cit.*, p. 19. Nello stesso senso già ZANOTELLI, *cit.*, p. 9.

²¹ In chiave critica cfr. ZANOTELLI, *cit.*, pp. 9-10, secondo il quale, “a prescindere da oggettivi limiti o difficoltà di identificazione del bene risultante dal processo produttivo, potranno con tutta evidenza insorgere problemi in punto di verifica della congruità del valore del bene trasformato, rispetto alla garanzia originariamente prestata. Di ancora maggiore difficoltà attuativa l'ipotesi di trasformazione in unico prodotto di diversi beni, costituiti in pegno a favore di distinti creditori: anche a voler presagire una capienza del bene trasformato (solitamente di valore maggiore rispetto alla somma del valore dei beni con il quale è stato prodotto) e la sua precisa identificazione all'interno dei beni aziendali, la soluzione adottata dal legislatore in sede di conversione (in un primo momento la fattispecie non era nemmeno normata), non appare appagante. Precisa infatti l'ultima parte del comma 2 che in ipotesi di unione di più beni gravati da garanzia, ogni singolo

La norma sulla rotatività non richiede che il “nuovo” bene op-pegnorato abbia valore identico rispetto al precedente, in ciò discostandosi dall’approdo del dibattito giurisprudenziale in materia. Nell’ottica di bilanciamento degli interessi in gioco, tuttavia, viene opportunamente fatta salva la possibilità, per il creditore, di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell’utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

In dottrina si è osservato che l’autorizzazione alla trasformazione e all’alienazione del bene, “quantomeno se apprezzata nel suo significato testuale, sembrerebbe escludere la facoltà di concessione in locazione o in noleggio che, tuttavia, se non ricostruibile per via interpretativa, costituirebbe una limitazione piuttosto arbitraria ed irragionevole, al limite del vizio di costituzionalità per immotivata limitazione della libertà di iniziativa economica privata, se non altro perché, in questo modo, si finirebbe per negare all’imprenditore la possibilità di stipulare dei contratti che, senza pregiudicare la garanzia del credito, consentano al medesimo di conseguire dei profitti”²².

Va al riguardo ricordato, in ogni caso, che, ai sensi della lettera c) del comma 7, il creditore che, previa intimazione notificata, escuta il pegno, ha diritto, ove pattuito fra le parti e debitamente iscritto nel registro dei pegni non possessori, a concedere in locazione il bene oppegnorato, imputando i canoni a decurtazione (e fino alla concorrenza) del proprio credito.

creditore mantiene autonoma facoltà di escutere (per l’intero) il bene risultante dalla trasformazione, salvo restituire al debitore (e non quindi al creditore co-garantito) quanto ricavato dall’escussione, secondo i criteri di proporzionalità. Si può quindi immaginare che la garanzia del creditore, che non ha esercitato il proprio diritto sul bene trasformato, cadrà sul denaro restituito, ovvero, sui beni con tale denaro acquistati, con possibili problemi di incapienza, rispetto all’originaria garanzia offerta. Anche la sostituzione del bene oggetto di garanzia con il bene acquisito con il corrispettivo derivante dalla cessione del bene appare meccanismo che pone difficoltà e limiti applicativi evidenti. Permangono infatti le difficoltà già riferite in punto di effettiva determinazione, all’interno di una fisiologica dinamica aziendale, dei beni aziendali acquistati per il tramite del denaro proveniente dalla vendita, bene fungibile per eccellenza e destinato all’immediata confusione (o facile distrazione) con le liquidità aziendali.”

²² DI MARCO-CAMPIDELLI, *Convertito in legge il Decreto banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 giugno 2016, p. 2.

7. L'escussione della garanzia

In base al disposto del settimo comma, al creditore che, di fronte all'inadempimento del debitore, abbia proceduto all'intimazione notificata, anche direttamente a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e all'avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, è attribuita la possibilità di procedere:

(i) alla vendita dei beni oggetto del pegno, con facoltà di trattenere il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza;

(ii) all'escussione o alla cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia.

Nell'ipotesi sub (i) la vendita – precisa la norma – è effettuata dal creditore tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime (salvo il caso di beni di non apprezzabile valore) da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso va effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.

La previsione in parola stabilisce altresì, nel caso in cui la relativa facoltà sia prevista nel contratto costitutivo di pegno e iscritta nel registro dei pegni non possessori, che il creditore può far luogo: (a) alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; (b) all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita. In tali eventualità il creditore pignoratizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia stessa,

nell'un caso, il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore, nell'altro, il valore attribuito al bene ai fini dell'appropriazione.

Tornando all'eventualità in cui il creditore faccia luogo alla vendita dei beni oppegnorati trattenendo il ricavato fino a concorrenza dell'importo garantito, va detto che la norma nulla dispone circa le modalità con cui il creditore deve consegnare al debitore la somma ricavata in eccedenza rispetto all'ammontare del credito. Soccorrono quindi – si è osservato – “le regole generali sull'offerta reale e sul deposito con efficacia liberatoria (artt. 1209 e 1210 c.c.). La lacuna principale riguarda però il caso in cui vi siano altri creditori, oltre al creditore pignoratorio. Il comma 7 disciplina infatti la sola ipotesi in cui vi siano “eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto successivamente”. Questa limitazione si spiega con la necessità di evitare che il creditore sia obbligato ad effettuare una vera e propria indagine per accertare se vi sono soggetti che vantano diritti sul bene oggetto del pegno costituito in suo favore. In particolare, considerato che il pegno senza spossessamento può riguardare solo i beni mobili non sottoposti a regime di pubblicità, né il sequestro né il pignoramento risultano da alcun registro pubblico. Tuttavia, la possibilità che sul bene intervenga un sequestro o un pignoramento non è affatto da escludere: nessuna norma vieta l'apposizione di un siffatto vincolo ad un bene oggetto di pegno. Il creditore che agisce a seguito dell'inadempimento ben può venire a conoscenza del vincolo, perché può essere informato dal custode nominato a norma dell'art. 520 c.p.c. Non si intende pertanto per quale ragione si debbano pretermettere i creditori sequestranti o pignoranti che hanno ottenuto, rispettivamente, un sequestro o un pignoramento dopo l'iscrizione del pegno costituito a favore del creditore precedente. Anche costoro, al pari di coloro che hanno un pegno non possessorio trascritto successivamente, sono soggetti che possono avere delle *chances* di soddisfacimento sul bene”²³.

²³ ORLANDO, *cit.*, p. 12, il quale soggiunge: “A maggior ragione, non si intende perché ci si debba disinteressare di coloro che, prima della iscrizione del pegno a favore del creditore che agisce a norma del comma 7 per l'inadempimento del suo debitore, hanno trascritto un altro pegno non possessorio, o di coloro che hanno ottenuto un sequestro o un pignoramento. Inoltre, si pone il problema di come debba comportarsi il creditore che vende un bene sottoposto a pegno e sul quale sia stato iscritto un pegno successivamente al proprio. Non si comprende, cioè, se

La procedura di escussione del pegno è disciplinata dal successivo comma *7-ter*, in base al quale, entro quindici giorni dall'intimazione, il debitore o il terzo devono consegnare il bene oggetto del pegno non possessorio. Se ciò non avviene, il creditore può chiedere, anche verbalmente, all'ufficiale giudiziario di procedere all'apprensione del bene, depositando: a) la nota di iscrizione del pegno nel registro dei pegni non possessori; b) l'intimazione notificata ai sensi del comma 7.

Se il bene mobile oggetto del pegno non è di immediata identificazione (anche tenendo conto delle eventuali operazioni di trasformazione o di alienazione poste in essere a norma del comma 2), l'ufficiale giudiziario può avvalersi di esperti (con spese anticipate dal creditore e liquidate dall'ufficiale giudiziario). Se il pegno si è trasferito sul corrispettivo della vendita del bene, l'ufficiale giudiziario deve ricercare, attraverso l'esame delle scritture contabili o con modalità telematiche, i crediti del datore della garanzia, che vengono poi riscossi in forza del contratto di pegno e del verbale delle operazioni di ricerca redatto dall'ufficiale giudiziario. Il comma precisa che l'autorizzazione del presidente del tribunale a effettuare la ricerca con modalità telematiche – prevista dall'art. 492-bis c.p.c. - deve essere concessa, su istanza del creditore, verificata l'iscrizione del pegno nel registro e la notificazione dell'intimazione.

8. I rimedi a disposizione del debitore

In sede di conversione del decreto legge l'articolo in esame è stato opportunamente integrato con la disciplina del procedimento per l'opposizione all'intimazione.

Ai sensi del comma *7-bis*, il debitore e l'eventuale terzo cedente il pegno hanno diritto di proporre opposizione, con ricorso a mente delle disposizioni di cui al libro quarto, titolo I, capo III-bis, c.p.c., entro cinque giorni dall'intimazione (termine di notevole – e forse eccessiva – brevità, sotto il profilo

deve versare la eccedenza al debitore o al successivo creditore; e, in questo secondo caso, come possa venire a conoscenza dell'effettiva entità del credito di quest'ultimo. In mancanza di una disciplina specifica, è probabile che il dilemma si risolva con il pignoramento, da parte del secondo creditore, della somma residua, purché però si sia nel frattempo munito di un titolo esecutivo; in mancanza, potrà proporre un ricorso per sequestro conservativo”.

dell'effettività del diritto di difesa). Ove concorrano gravi motivi, il giudice, su istanza dell'opponente, può inibire in via di urgenza al creditore di procedere a norma del comma 7.

Accanto a detta opposizione non sono previsti altri rimedi impugnatori, bensì solo la tutela risarcitoria di cui al successivo comma 9, il quale consente al debitore, entro tre mesi dalla comunicazione di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 7, di agire in giudizio per il ristoro del danno (i) quando l'escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità di cui alle predette lettere a), b), c) e d); e (ii) quando non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della disposizione di cui alla lettera d).

Com'è stato rilevato in dottrina, l'operatività della limitazione di cui al predetto comma 9 "presuppone che non sia controverso il diritto di escussione del pegno. Resta da vedere se tale spazio di tutela sia l'unico possibile per il debitore a fronte dell'escussione della garanzia o se il legislatore si sia limitato a prevedere (e contenere nel termine di tre mesi) le eventuali azioni risarcitorie del debitore o del terzo concedente. Diversamente è a dirsi nell'ipotesi in cui il debitore abbia adempiuto alla propria obbligazione o vanti altra modalità alternativa di estinzione del debito (es. compensazione). E' evidente come in tale ipotesi la tutela giurisdizionale non possa patire alcuna forma di limitazione, con la conseguente possibilità per il debitore o l'eventuale terzo concedente di chiedere anche provvedimenti di natura cautelare"²⁴.

9. I rapporti con le procedure esecutive e con quelle concorsuali

L'ipotesi di compresenza di una procedura esecutiva è presa in considerazione dal comma 7-*quater*, in base al quale, quando il bene o il credito già oggetto del pegno iscritto ai sensi del comma 4 sia sottoposto a esecuzione forzata per espropriazione, il giudice dell'esecuzione, su istanza del creditore, lo autorizza all'escussione del pegno, stabilendo con proprio decreto il tempo e le modalità dell'escussione a norma del comma 7.

²⁴ BROGI, *cit.*, p. 5.

L'eventuale eccedenza è corrisposta in favore della procedura esecutiva, fatti salvi i crediti degli aventi diritto a prelazione anteriore a quella del creditore istante.

La disposizione non contempla il caso in cui il bene oggetto del pegno sia sottoposto a pignoramento da parte di un altro creditore già prima che il pegno sia costituito e iscritto. In proposito, si è osservato che, “ragionando *a contrario* rispetto alla testuale previsione che consente al creditore pignoratizio di chiedere al giudice dell'esecuzione di poter escutere il pegno nelle forme previste dal comma 7 quando il pignoramento sia successivo all'iscrizione, debba escludersi la possibilità di escussione speciale, essendosi già consolidato il diritto a procedere ordinariamente *in executivis*. Il creditore pignoratizio potrà dunque al massimo intervenire, facendo valere il suo diritto di prelazione. In tal caso troverà peraltro normale applicazione l'art. 2748, comma 1, c.c., che prevede la prevalenza del pegno sull'eventuale privilegio speciale in concorso”²⁵.

Per quanto concerne l'eventualità in cui il debitore venga dichiarato fallito, in base al comma 8 il creditore può procedere all'escussione della garanzia solo una volta che il suo credito sia stato ammesso al passivo con prelazione pignoratizia.

Come si vede, la norma riproduce solo in parte la corrispondente previsione dettata, per il pegno “ordinario”, dall'art. 53 l. fall. Quest'ultimo, infatti, contempla un'ipotesi di autotutela esecutiva attenuata, stabilendo che il creditore dev'essere autorizzato alla vendita (extraconcorsuale) dal giudice delegato (a meno che si opti per la liquidazione endofallimentare), laddove nell'ipotesi di pegno non possessorio l'autotutela del creditore è piena, come già previsto dalla disciplina sulle garanzie finanziarie²⁶.

Quanto ai profili revocatori, la norma stabilisce, al comma 10, che “agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto 16

²⁵ LAMANNA, *cit.*, p. 27.

²⁶ Cfr. LAMANNA, *op. loc. cit.*, il quale fa “ovviamente salvo il potere del curatore di controllare che l'attività di liquidazione extraconcorsuale si svolga nel rispetto dell'art. 1, anche in relazione all'obbligo di riversare al fallimento l'eccedenza del ricavato rispetto all'ammontare del credito. La scelta normativa – prosegue l'autore – appare non proprio ottimale, se si considera che la vendita extraconcorsuale potrebbe rendere meno agevole sia l'affitto (*ex art. 104-bis*) che la liquidazione delle aziende (caso in cui si applica l'art. 105 l. fall.) ove siano collocati i beni oggetto del pegno non possessorio”.

marzo 1942, n. 267 il pegno non possessorio è equiparato al pegno²⁷.

Da questi espressi richiami consegue che (i) l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento può avere ad oggetto anche l'atto costitutivo di pegno non possessorio; (ii) a tale atto si applicano il 1° e il 2° comma dell'art. 67 l. fall. a seconda che esso sia, rispettivamente, non contestuale o invece coevo al sorgere del debito; (iii) il pegno non possessorio è esente da revoca ove sia posto in essere in esecuzione di un piano di risanamento attestato, ovvero di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, o ancora quando sia stato legalmente costituito dopo il deposito del ricorso *ex art. 161, l. fall.*

²⁷ In tema di azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto atti costitutivi di garanzia sia consentito rinviare, anche per riferimenti, ad AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, *passim*.