

LA CONSACRAZIONE NORMATIVA DEI PEGNI cd. ANOMALI: IL PEGNO MOBILIARE NON POSSESSORIO DEL D.L. 59/2016 CONVERTITO CON MODIFICHE IN L. 119/2016

di Valentina Olisterno

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il pegno mobiliare non possessorio e la confluenza in esso dei pegni anomali. – 3. Costituzione ed efficacia del pegno non possessorio. – 3.1. L’opponibilità ai terzi del pegno non possessorio aventi ad oggetto beni futuri e nel caso di sostituzione dei beni. – 4. L’escussione del pegno non possessorio. – 4.1. Modalità di escussione. – 4.2. Procedura per l’escussione del pegno. – 4.3. Concorso tra la procedura di escussione del pegno con altra procedura esecutiva. – 4.4. Pegno non possessorio e fallimento. – 5. Le forme di tutela del debitore.

1. Premessa.

Con l’art. 1 del D.L. 3 maggio 2016 n. 59, convertito con modifiche in L. 30 giugno 2016 n. 119, trova ingresso nel nostro ordinamento una peculiare ipotesi di garanzia reale mobiliare¹ a tutela dei crediti di impresa, che segna una significativa svolta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla ammissibilità dei pegni cd. anomali².

Il riferimento è a quelle discusse ipotesi di pegno – diffuse nella prassi bancaria – che deviano dal tipico, ma ormai anacronistico, modello di pegno contemplato dal codice civile: si tratta delle fattispecie di pegno senza spossessamento – o *non possessorio*³ –, di pegno cd. rotativo⁴, di pegno di cosa futura e di pegno cd. *omnibus*⁵.

Invero dall’analisi del testo normativo emerge **una confluenza delle figure di pegno cd. anomalo nel pegno mobiliare non possessorio** che si atteggia come garanzia “cangiante e versatile” che consente di superare “gli inconvenienti” connessi alla necessaria perdita da parte del debitore del possesso dei beni oggetto di garanzia.

La scelta del legislatore di positivizzare le figure di pegno anomalo è quanto mai opportuna ove si considerino le ragioni che hanno spinto gli operatori economici ad elaborare nel tempo forme di pegno devianti dal modello codicistico.

¹ L’art. 1 è rubricato “pegno **mobiliare** non possessorio”: l’aggettivo “mobiliare” riferito al pegno appare pleonastico considerato che il pegno è la tipica garanzia reale che ha ad oggetto beni mobili, universalità di mobili, crediti e altri diritti aventi ad oggetto mobili (art. 2784 co. 2 c.c.), differenziandosi per questa via dall’ipoteca che è per definizione la garanzia reale che insiste (tra gli altri) su beni immobili.

² Per un maggiore approfondimento si rinvia a E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2016, p. 724 e ss.

³ Testualmente nell’art. 1 del D.L. n. 59/2016 conv. con modifiche in L. 119/2016.

⁴ Si definisce **pegno rotativo** quel vincolo pignoratorio cui accede un **patto di rotatività** che consente di **sostituire nel tempo l’oggetto della garanzia**, con beni, diritti o valori, aventi caratteristiche omogenee sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, **senza effetti novativi** e senza che sia necessaria ad ogni sostituzione la rinnovazione delle formalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione.

⁵ Nella prassi bancaria il cliente costituisce a favore della banca, a garanzia del credito ricevuto, un pegno su titoli o valori, ma nell’atto viene inserita una **clausola (cd. di estensione)** in virtù della quale la garanzia è estesa a tutti i crediti futuri (pegno cd. *omnibus*). Altre volte la clausola estende in favore della banca la garanzia sui titoli o valori del cliente che pervenissero in seguito nella disponibilità della banca stessa (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 663).

Invero è opinione comune che i principali limiti del modello tradizionale di pegno sono rappresentati dal necessario spossessamento del debitore e dal principio di specialità che esige la specifica individuazione del bene soggetto a garanzia reale. Tali caratteristiche configurano uno schema rigido di garanzia reale che determina un'immobilizzazione dei beni, che può rivelarsi particolarmente pregiudizievole per il debitore quando ha ad oggetto beni produttivi.

L'esigenza di evitare tale fenomeno di immobilizzazione ha indotto gli operatori economici a creare figure di pegno più duttili che si adattino maggiormente al dinamismo dell'attività di impresa: da qui la diffusione endemica delle figure di pegno cd. anomalo o atipico.

La maggiore sensibilizzazione alle esigenze del mercato insieme alla dichiarata finalità di incentivare l'attività e il finanziamento delle imprese mediante l'agevolazione delle forme di recupero del credito hanno determinato il legislatore a creare una nuova forma di garanzia mobiliare che si pone in rapporto di specialità rispetto alla figura generale di pegno.

2. Il pegno mobiliare non possessorio e la confluenza in esso dei pegni anomali.

La garanzia reale mobiliare introdotta dall'art. 1 D.L. n. 59/2016 si connota per **l'inerenza all'esercizio dell'impresa** sia dei crediti garantiti che dei beni o crediti oggetto del pegno.

Invero il comma 1 dell'art. 1 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**.*

L'afferenza dei crediti garantiti all'esercizio dell'impresa rileva, dunque, sia sul piano oggettivo – con conseguente esclusione dalla disciplina in parola dei debiti personali del debitore – che su quello soggettivo, in quanto il debitore garantito deve qualificarsi come imprenditore iscritto nel registro delle imprese.

Va sottolineato che in sede di conversione è stata aggiunta la possibilità di garantire con il pegno speciale anche i crediti concessi a terzi, e quindi ad un'impresa diversa dalla costituente: tale modifica consente di superare, in senso positivo, i dubbi di quanti si sono domandati se tale tipo di garanzia potesse essere prestata tra società appartenenti al medesimo gruppo.

L'inerenza dei crediti garantiti all'esercizio dell'impresa rileva, secondo i primi commentatori, sul piano genetico prima ancora che funzionale, in quanto è opinione comune che l'estraneità del credito garantito alla dimensione imprenditoriale determini **la nullità** della garanzia, ciò in quanto l'afferenza dei crediti garantiti e dei beni o crediti oggetto di pegno alla dimensione imprenditoriale colorerebbe **la causa** del contratto di pegno.

A pena di nullità si deve ritenere prevista – in forza dei principi generali in tema di oggetto del contratto (artt. 1346 e 1348 c.c.) – la determinatezza o la determinabilità dei crediti garantiti ove si tratti di crediti futuri.

La norma richiama il **pegno cd. omnibus**, rispetto al quale – sulla falsa riga di quanto previsto in tema di fideiussione cd. *omnibus* dall'art. 1938 c.c. – esige ai fini della validità della garanzia (art. 1 comma 3) **l'indicazione nel contratto dell'importo massimo garantito**.

Ma l'elemento caratterizzante il nuovo pegno mobiliare è la **non necessarietà dello spossessamento** del debitore del bene oggetto di garanzia.

La dottrina tradizionale ha individuato nello **spossessamento** un requisito essenziale del pegno: la materiale *traditio* della *res* al creditore è funzionale in primis alla costituzione della garanzia, qualificandosi il contratto costitutivo di pegno come un contratto reale; in secondo luogo assolverebbe ad una funzione *latu sensu* pubblicitaria con conseguente opponibilità ai terzi della garanzia e del diritto di prelazione⁶; allo spossessamento sono, altresì, ricollegati l'esercizio del diritto di ritenzione e l'esperibilità delle azioni possessorie⁷.

Dunque, secondo questa impostazione, *lo spossessamento concerne non soltanto la costituzione, ma anche la permanenza del pegno: il pegno sussiste rispetto ai terzi se ed in quanto la cosa rimanga nello stato di spossessamento*⁸.

Come si è detto in premessa, si è sentito da più parti l'esigenza di superare tale requisito per ricorrere a forme di pegno che consentono al debitore di rimanere nella disponibilità materiale dei beni ove questi siano destinati all'esercizio dell'impresa.

In realtà non sono sconosciuti al nostro ordinamento precedenti di contratti di pegno senza spossessamento: si consideri il caso del pegno sui prosciutti *ex art. 1 L. n. 401/1985*⁹ o del pegno sui prodotti lattiero-caseari *ex art. 7 L. n. 122/2001*. Entrambi i casi menzionati evidenziano la **ratio** della costituzione di pegni in assenza di spossessamento: **la necessità di mantenere la destinazione dei beni (strumentali o materiali) all'esercizio dell'attività imprenditoriale**.

È in tale ottica che si è mosso, dunque, il legislatore del 2016 con una **sostanziale generalizzazione della garanzia pignorizia non possessoria** a tutti i beni mobili inerenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, stabilendo al secondo comma dell'art. 1 che: *il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili ((, anche immateriali,)) destinati all'esercizio dell'impresa ((e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio)), a esclusione dei beni mobili registrati. 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*¹⁰.

La norma mette in luce quella commistione di figure di pegno anomalo sopra evidenziata, in quanto il pegno mobiliare del D.L. 2016 cumula in sé quei caratteri additati come devianti dall'archetipo normativo del pegno.

⁶ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 662; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VII, Milano 2012 p. 195.

⁷ Infine l'impossessamento del bene da parte del creditore assicura l'indisponibilità dello stesso da parte del debitore evitando la circolazione del bene dato in pegno.

⁸ M. SANTISE, *op. cit.*, p. 728.

⁹ La legge prevede in luogo dello spossessamento della merce in fase di lavorazione l'apposizione da parte del creditore pignorizio di un contrassegno indelebile (che rende conoscibile ai terzi la garanzia), ferma restando l'annotazione del vincolo su appositi registri, vidimati annualmente. In questo modo si consente all'imprenditore di mantenere la disponibilità dei beni dati in garanzia, potendone disporre solo ai fini della lavorazione.

¹⁰ La norma prosegue – secondo le modifiche apportate in sede di conversione – stabilendo che: *((Se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà previste dal comma 7 spettano a ciascun creditore pignorizio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate. È 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.))*

Invero il pegno mobiliare non possessorio in quanto prescinde dalla *traditio* può avere ad oggetto anche **beni immateriali**; analogamente può avere ad oggetto **beni futuri**.

L'ammissibilità del pegno di cosa futura non ha mai destato particolari dubbi sulla scorta dei principi generali che ammettono i negozi ad oggetto futuro (art. 1348 c.c.) purché si rispetti il requisito della sufficiente determinabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.). Maggiormente dibattuta è stata, invece, la natura giuridica da riconoscere a tale fattispecie di pegno. Parte della dottrina¹¹ e la giurisprudenza hanno qualificato il pegno di cosa futura come una “... **fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti (accordo in base al quale vanno determinate la certezza della data e la sufficiente specificazione del credito garantito), avente meri effetti obbligatori, e si perfeziona con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore, ovvero a un terzo designato dalle parti ...**”¹².

Tuttavia, come si avrà modo di analizzare in seguito la tesi della fattispecie a formazione progressiva potrebbe non adattarsi perfettamente al pegno mobiliare non possessorio (cfr. § 3.1.).

Il legislatore prevede altresì la possibilità di costituire un pegno non possessorio con riferimento a **beni “determinabili (anche) mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo”**. In relazione a tale ipotesi la dottrina afferma che, in ragione del principio di specialità dei diritti reali, può essere concesso il pegno su cose generiche, ma il diritto di garanzia si costituisce solo a seguito dell'individuazione¹³ (tuttavia cfr. § 3.1.).

Dall'analisi del secondo comma dell'art. 1 emerge, altresì, il riconoscimento normativo della cd. **rotatività dei beni oggetto del pegno**, secondo un modello già adottato 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). Invero è espressamente previsto che **in mancanza di previsione contrattuale in senso contrario**, è consentito al debitore o al terzo concedente il pegno di **trasformare o alienare**, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque di **disporre** dei beni gravati da pegno. In tal evenienza **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**.

Il legislatore cristallizza quell'orientamento giurisprudenziale che si compendia nell'affermazione secondo cui “*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*”

¹¹ F. GAZZONI, *op.cit.*, p. 663.

¹² *Ex multis* Cass., 26 marzo 2010, n. 7257.

¹³ C.M. BIANCA, *op.cit.*, p. 158.

*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*¹⁴.

A differenza di tale ricostruzione – che presuppone che le parti abbiano espressamente convenuto la clausola di rotatività¹⁵ – il legislatore, tuttavia, prevede la naturale operatività della clausola di rotatività che è esclusa solo da un'espressa previsione del contratto di senso contrario. La naturale rotatività del pegno non possessorio è evidentemente riconducibile all'intrinseco dinamismo dell'attività d'impresa in cui sono funzionalmente collocati i beni oggetto di garanzia.

È, invece, ribadito che il trasferimento del pegno non possessorio su un bene diverso non comporta effetti novativi con tutto ciò che consegue in tema di opponibilità della garanzia ai terzi (cfr. § 3.1.)

3. Costituzione ed efficacia del pegno non possessorio.

I commi 3 e 4 dell'art. 1 D.L. 59/2016, come modificato in sede di conversione, provvedono a disciplinare le modalità costitutive e i requisiti di efficacia della garanzia mobiliare non possessoria.

In particolare il comma 3 della citata disposizione – rimasto invariato a seguito della conversione in legge – sancisce che *“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”*.

In assenza della necessaria *traditio* della *res* al creditore, la fonte costitutiva della fattispecie pignoratizia cessa di essere un contratto reale (come nel pegno ordinario)¹⁶, per configurarsi come un **contratto consensuale** che deve presentare la forma scritta a pena di nullità (forma *ad substantiam*).

È questa una delle più significative novità introdotte in sede di conversione in quanto il sistema delineato dall'originaria versione dell'art. 1 prevedeva quale modalità costitutiva del pegno non possessorio la duplice formalità dell'atto scritto e dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori.

Invero era previsto che il semplice consenso legittimamente manifestato dalle parti fosse necessario ma non sufficiente a far sorgere la garanzia poiché il legislatore prevedeva espressamente che il pegno non possessorio si costituisse esclusivamente con l'iscrizione nel “registro dei pegni non possessori” presso l'Agenzia delle Entrate.

¹⁴ Cass. 1 luglio 2015 n. 13508; Cass. 1 febbraio 2008 n. 2456. In dottrina E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2005; F. GAZZONI, *op.cit.*, p. 664, secondo cui si sarebbe in presenza di “*un'operazione unica, ma complessa, destinata a svolgersi in più sequenze successive, cosicché l'accordo iniziale sarebbe destinato a disciplinare anche tali sequenze, alla stregua di un negozio di configurazione, [...] perché quel che conta sarebbe non già l'individualità dei beni, ma il loro valore economico che, dunque, andrebbe salvaguardato con la sostituzione di beni di pari valore di quelli inizialmente dati in pegno (surrogazione reale non novativa)*”.

¹⁵ Cass. 26 ottobre 2010 n. 1526 secondo cui “*nel pegno rotativo, l'espressa previsione che la sostituzione dei beni oggetto di garanzia sia accompagnata dalla consegna, e che i beni in sostituzione non abbiano valore superiore ai precedenti, non costituiscono elementi essenziali del patto richiesti a pena di nullità, ma solo condizioni di opponibilità ai terzi del diritto di prelazione del creditore su quanto ricevuto in pegno*”.

¹⁶ F. GAZZONI, *op.cit.*, p. 662; C.M. BIANCA, *op.cit.*, p. 183. *Contra* E. GABRIELLI, *op.cit.* p. 114-115, secondo cui il contratto di pegno sarebbe un contratto consensuale che prescinde dalla *traditio*, che diventa da elemento coperfezionativo del contratto a strumento privilegiato ma non esclusivo dell'attuazione della volontà delle parti. Lo spossessamento, secondo questa diversa impostazione, è un modo di manifestazione della garanzia reale ma non è un effetto necessario.

La rinnovata versione del comma 4 prevede invece che *“il pegno non possessorio ((ha effetto verso i terzi)) esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l’Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessori ((dal momento)) dell’iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure ((esecutive e)) concorsuali”*¹⁷.

Dalla lettura della norma emerge, dunque, **una scissione tra il momento costitutivo e quello di efficacia *inter alios*** del pegno non possessorio in quanto si costituisce con la mera conclusione del contratto per effetto dell’incontro dei consensi delle parti, mentre l’**iscrizione** nel registro, assicurando solo la pubblicità e l’opponibilità della garanzia ai terzi nelle procedure concorsuali ed esecutive, assolve ad una **funzione dichiarativa** similmente alla trascrizione e diversamente dall’iscrizione ipotecaria.

Il comma 4 prevede, come detto, che il pegno prende il grado dalla data di iscrizione: a differenza del pegno ordinario in cui il conflitto tra i terzi è regolato in base alla priorità del conseguimento del possesso della *res*, nell’ipotesi del pegno *ex art. 1 D.L. n. 59/2016* anche in presenza di eventuali contestuali atti costitutivi, l’opponibilità nei confronti dei terzi, così come i conflitti tra più creditori pignoratizi, è regolata, invece, dal grado e dunque dall’iscrizione nel registro dei pegni non possessori.

Tale regola soffre, tuttavia, di un’**eccezione** individuata a favore di chi abbia finanziato l’acquisto del bene determinato destinato all’esercizio dell’impresa e sia garantito da riserva di proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità all’art. 1, comma 6, e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente (art. 1, comma 5, D.L. n. 59/2016).

Il legislatore al comma 6 provvede a tipizzare il contenuto dell’iscrizione con la previsione della necessaria indicazione del creditore, del debitore, del terzo datore del pegno (se presente), della descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito secondo quanto previsto dal comma 1 e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l’acquisto di un bene determinato, della specifica individuazione del medesimo bene.

L’iscrizione ha una durata di dieci anni e può essere rinnovata mediante una nuova iscrizione nel registro da curare prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione dell’iscrizione può essere chiesta di comune accordo dal creditore pignoratizio e dal datore del pegno oppure può essere domandata giudizialmente¹⁸.

3.1. L’opponibilità ai terzi del pegno non possessorio avente ad oggetto beni futuri e nel caso di sostituzione dei beni.

Nel corso della trattazione si è visto come parte della dottrina e della giurisprudenza abbiano qualificato il pegno su beni futuri come una fattispecie a formazione progressiva e si è anche

¹⁷ La precedente versione invece stabiliva che *“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» ...”*

¹⁸ Per la regolamentazione delle operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il registro, gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni nonché le modalità di accesso al registro stesso si dovrà attendere un decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione. In ogni caso è chiarito che l’accesso dovrà avvenire con modalità esclusivamente informatiche.

anticipato come tale ricostruzione non si adatti perfettamente al pegno *ex art. 1* quando abbia ad oggetto beni produttivi futuri.

In primo luogo ai fini del perfezionamento della fattispecie si prescinde dalla consegna del bene non richiedendo tale forma di pegno lo spossessamento del debitore.

Inoltre si è detto che ai fini dell'efficacia *inter alios* della garanzia è necessaria la **iscrizione del pegno nel “registro dei pegni non possessori”, momento nel quale il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure** (art. 1 comma 4).

Tale previsione crea qualche perplessità in relazione al momento in cui il pegno non possessorio di cosa futura possa dirsi opponibile ai terzi e nelle procedure.

Nella “classica” ipotesi di pegno di cosa futura gli effetti tipici del pegno sono subordinati alla venuta ad esistenza e alla consegna del bene, con la conseguenza che la garanzia – in specie il diritto di prelazione – diviene opponibile ai terzi solo a partire dal momento dell'impossessamento della *res* da parte del creditore.

Alla luce della disposizione di cui al citato comma 4, ci si chiede se nel nuovo pegno non possessorio gli effetti che la legge ricollega alla garanzia si producono dal momento della venuta ad esistenza (o dell'acquisto) dei beni produttivi¹⁹ o – come sembra suggerire la norma – se il verificarsi di tale evento faccia “retroagire” l'efficacia del pegno alla data dell'iscrizione nel registro.

Il legislatore ha ommesso di considerare espressamente, sia pure per inciso, tale evenienza, addossando così all'interprete il delicato compito di individuare il momento a partire dal quale il pegno non possessorio avente ad oggetto un bene futuro produce effetto nei confronti dei terzi²⁰.

Al riguardo secondo alcuni uno spunto di riflessione può ricavarsi dalla citata previsione di cui al comma 5 dell'art. 1 ove si prevede un'eccezione alla regola generale della opponibilità ai terzi del pegno regolarmente iscritto.

Secondo i primi commenti la disposizione in questione si riferirebbe proprio al caso in cui il pegno non possessorio – inopponibile, quand'anche anteriormente costituito e iscritto, al creditore che abbia finanziato l'acquisto del bene oggetto della garanzia – sia stato costituito su un bene futuro, vale a dire sul bene per il cui acquisto è stato disposto il finanziamento.

La necessità per il legislatore di prevedere espressamente per tale ipotesi la non opponibilità del pegno non possessorio ha indotto i più a ritenere, *a contrario*, che **di regola, anche quando la garanzia non possessoria abbia ad oggetto beni futuri, il vincolo pignoratizio è sempre opponibile sin dal momento della iscrizione nel registro.**

Ebbene se questo è il meccanismo di operatività del pegno non possessorio su beni futuri è evidente che la tesi della fattispecie a formazione progressiva non calza perfettamente al caso di specie; ciò in quanto la venuta ad esistenza della *res* non sembra più incidere sul perfezionamento della fattispecie quanto piuttosto sull'efficacia della garanzia.

¹⁹ Ovviamente in questo caso si prescinde dalla *traditio*, venendo in rilievo solo la venuta ad esistenza del bene.

²⁰ Va sottolineato che trattandosi la formalità prevista dal comma 3 – come modificato in sede di conversione – di una pubblicità dichiarativa analoga alla trascrizione, non può ricorrersi all'applicazione analogica dell'art. 2823 c.c. – secondo cui l'ipoteca su cosa futura può essere validamente iscritta quando la cosa sia venuta ad esistenza – dal momento che l'iscrizione dell'ipoteca nei registri immobiliari assolve ad una funzione costitutiva della garanzia reale immobiliare.

Si deve allora richiamare quella tesi dottrinale che, in tema di natura giuridica dei negozi ad oggetto futuro, ritiene che gli stessi andrebbero qualificati come negozi sospensivamente condizionati alla venuta ad esistenza del bene, ovvero come fattispecie già perfetta la cui efficacia è sospensivamente condizionata alla venuta ad esistenza della *res*²¹.

Applicando la tesi al caso di specie ne deriverebbe che la garanzia non possessoria su bene futuro – riqualificata in termini pegno *sub condicio* –, ove regolarmente iscritta, sia opponibile, una volta venuto ad esistenza il bene, dalla data dell'iscrizione del registro, in quanto la fattispecie si sarebbe già perfezionata con la stipula del contratto consensuale di pegno.

Il meccanismo così descritto evoca, con tutte le dovute differenze, quel peculiare “effetto prenotativo” tipico della trascrizione del contratto preliminare (e prima ancora delle domande giudiziali) che comportando la retrodatazione dell'efficacia della trascrizione del contratto definitivo alla data della trascrizione del preliminare, consente al promissario acquirente di opporre a terzi il suo diritto – acquistato con il definitivo – sin dal momento della trascrizione del preliminare.

Analoghe considerazioni possono farsi in relazione al caso del pegno non possessorio riferito a **beni “determinabili (anche) mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo”**. Anche in questo caso si pone il problema di stabilire se ai fini dell'opponibilità del pegno non possessorio rileva la data di iscrizione nel registro o il momento dell'individuazione dei beni oggetto di garanzia.

Minori dubbi invece sembrano porsi per l'ipotesi in cui l'oggetto originario del pegno non possessorio sia stato trasformato, alienato o comunque sostituito con un bene diverso. In tal caso il legislatore prevede espressamente che il trasferimento della garanzia sul bene diverso **non comporta la costituzione di una nuova garanzia** (art. 1 comma 2).

Dal combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 1 si deduce che il creditore potrà opporre a terzi la garanzia pignorizia sui beni sostituiti a far data dall'originaria iscrizione nel registro.

4. L'escussione del pegno non possessorio.

4.1. Modalità di escussione.

La disciplina dell'escussione del pegno – prevista al comma 7 dell'art. 1 – è stata parzialmente modificata in sede di conversione, ove si è aggiunto inoltre all'originaria impalcatura della norma (oltre al comma 7 bis) i commi 7 ter e 7 quater concernenti rispettivamente la procedura per la materiale escussione del pegno e la disciplina dell'eventuale concorso della procedura di escussione del credito con altra procedura esecutiva.

In particolare al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore ha innanzitutto l'onere notificare un atto di intimazione (cui può provvedere anche personalmente a mezzo p.e.c.) al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno²² e di avvisare per iscritto gli

²¹ Si rammenti che ai sensi dell'art. 1360 c.c. l'avveramento dell'evento dedotto in condizione fa retroagire gli effetti del contratto al momento della stipulazione.

²² La norma riecheggia l'art. 2797 c.c. in cui è previsto che il creditore prima di procedere alla vendita deve intimare al debitore di pagare il debito e gli accessori, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà alla vendita. L'intimazione deve essere notificata anche al terzo che abbia costituito il pegno. La differenza è che nella disciplina del citato comma

eventuali titolari di un pegno non possessorio “*trascritto*” (ma forse il legislatore voleva dire “iscritto”) nonché al *debitor debitoris* (ossia al debitore del credito oggetto del pegno).

Una volta adempiute tali formalità, il creditore pignoratorio può attivare una serie di rimedi stragiudiziali per il celere soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie; in particolare il legislatore traccia, da un lato, due **ipotesi cd. ordinarie o tipiche** e, dall’altro, due ipotesi che devono essere espressamente contemplate nel contratto di pegno e iscritte nel registro di cui al comma 4.

In generale il creditore può accedere:

1. alla vendita dei beni oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita. A garanzia del debitore e a tutela degli altri creditori che possano vantare diritti sul residuo valore del bene è previsto che a) il creditore ha l’obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell’importo ricavato e di **restituire contestualmente l’eccedenza**; b) la vendita deve avvenire tramite **procedure competitive**, sulla base di stime effettuate da parte di operatori esperti (nominati su accordo delle parti o in mancanza dal giudice) e con **adeguate forme di pubblicità** al fine di consentire la massima partecipazione degli interessati.

2. alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia.

In un’ottica di implementazione dei meccanismi di celere realizzazione del credito, accanto alle indicate modalità “ordinarie” di escussione della garanzia, il legislatore consente di pattuire nel contratto di pegno – iscritto nel registro di cui al comma 4 – che nel caso in cui si verifichi un evento che ne determina l’escussione il creditore possa procedere:

3. alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita. In tale ipotesi, sempre a tutela del debitore e degli altri creditori, il contratto deve prevedere i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; è previsto altresì che il creditore pignoratorio comunichi immediatamente per iscritto al datore della garanzia il corrispettivo e le altre condizioni della locazione; ovvero

4. 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. Il creditore pignoratorio deve comunicare immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell’appropriazione.

4.2. Procedura per l’escussione del pegno.

7, in un’ottica di semplificazione e accelerazione della procedura di realizzazione del credito, si consente che dette formalità possano essere curate direttamente dal creditore senza passare necessariamente per l’ufficiale giudiziario.

Il comma 7 bis dell’art. 1 prevede, inoltre, che “*il debitore e l’eventuale terzo concedente il pegno hanno diritto di proporre opposizione entro cinque giorni dall’intimazione di cui al comma 7. L’opposizione si propone con ricorso a norma delle disposizioni di cui al libro quarto, titolo I, capo III-bis, del codice di procedura civile. Ove concorrano gravi motivi, il giudice, su istanza dell’opponente, può inibire, con provvedimento d’urgenza, al creditore di procedere a norma del comma 7*”.

Come anticipato, in sede di conversione il legislatore ha predisposto al comma 7 *ter* dell'art. 1 una complessa disciplina dell'iter procedurale per la materiale escussione del pegno non possessorio.

È previsto che, salva diversa disposizione delle parti, il datore della garanzia deve consegnare il bene mobile oggetto di pegno al creditore entro quindici giorni dall'intimazione di cui al comma 7.

In caso di mancata consegna nel termine stabilito, il creditore può fare istanza, anche verbale, all'ufficiale giudiziario perché proceda, **anche non munito di titolo esecutivo e di precetto**, a norma delle disposizioni di cui al libro terzo, titolo III, del codice di procedura civile, in quanto compatibili. A tal fine, il creditore presenta copia della nota di iscrizione del pegno nel registro di cui al comma 4 e dell'intimazione notificata ai sensi del comma 7.

L'ufficiale giudiziario, ove non sia di immediata identificazione, si avvale su istanza del creditore di un esperto stimatore o di un commercialista da lui scelto, per la corretta individuazione del bene mobile oggetto del pegno, tenendo conto delle eventuali operazioni di trasformazione o di alienazione poste in essere a norma del comma 2.

Quando risulta che il pegno si è trasferito sul corrispettivo ricavato dall'alienazione del bene, l'ufficiale giudiziario ricerca, mediante esame delle scritture contabili ovvero a norma dell'art. 492-*bis* c.p.c., i crediti del datore della garanzia, nei limiti della somma garantita ai sensi del comma 2. I crediti così rinvenuti sono riscossi dal creditore in forza del contratto di pegno e del verbale delle operazioni di ricerca redatto dall'ufficiale giudiziario.

Nel caso di cui al presente comma l'autorizzazione del presidente del tribunale di cui all'art. 492-*bis* c.p.c. è concessa, su istanza del creditore, verificate l'iscrizione del pegno nel registro di cui al comma 4 e la notificazione dell'intimazione.

Non può non evidenziarsi come **il contratto di pegno è trattato dal legislatore come un titolo esecutivo** in deroga ai principi dell'art. 474 c.p.c.; ciò in quanto se il legislatore consente di agire *in executivis* anche in assenza di titolo esecutivo solo sulla base del contratto di pegno, nella sostanza finisce per elevare lo stesso a titolo esecutivo.

4.3. Concorso tra la procedura di escussione del pegno con altra procedura esecutiva.

Si è visto che dal momento dell'iscrizione il pegno acquista il grado e diviene opponibile sia ai terzi che nelle procedure esecutive e concorsuali.

Il riferimento alle procedure esecutive è una novità introdotta in sede di conversione, in quanto nella versione originaria il D.L. 59/2016 si limitava a disciplinare solo l'ipotesi del fallimento del debitore (comma 8).

In sostanza nel caso di concorso tra procedura di escussione del pegno con altra procedura esecutiva il legislatore sottrae al creditore la scelta in ordine alla modalità di escussione della garanzia che è, invece, rimessa al giudice dell'esecuzione nell'evidente interesse degli altri creditori.

In particolare il comma 7 *quater* stabilisce che, laddove il bene o il credito oggetto di pegno iscritto ai sensi del comma 4 sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, è il giudice dell'esecuzione, che 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**. 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.

4.4. Pegno non possessorio e fallimento.

Il comma 8 dell'art. 1 D.L. n. 59/2016, rimasto invariato a seguito della conversione, prevede che *“in caso di fallimento del debitore il creditore può procedere a norma del comma 7 solo dopo che il suo credito è stato ammesso al passivo con prelazione.”*

A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di pegno ordinario – rispetto al quale l'art. 53 L.F. prevede che il creditore pignoratizio possa vendere la cosa oggetto di pegno solo su autorizzazione del giudice delegato, che può, tuttavia, optare anche per il mantenimento della *res* nell'ambito della liquidazione fallimentare ad opera del curatore (fermo restando il diritto di prelazione) – l'unico requisito chiesto per la realizzazione stragiudiziale del pegno non possessorio è costituito dall'**ammissione allo stato passivo**²³. Pertanto l'ammissione allo stato passivo del creditore pignoratizio lo abilita senza autorizzazione alcuna ad ogni forma di esecuzione stragiudiziale²⁴. L'autotutela esecutiva del creditore è, dunque, piena essendo necessario solo il passaggio prodromico dell'accertamento del credito in sede di formazione dello stato passivo.

Infine degna di nota è anche la disposizione di cui al comma 10 che equipara agli effetti di cui agli artt. 66 e 67 L.F., il pegno mobiliare non possessorio al pegno di cui il curatore deve tenere conto.

5. Le forme di tutela del debitore.

Il comma 9 dell'art. 1 citato configura una responsabilità di tipo contrattuale a danno del creditore pignoratizio per l'ipotesi in cui proceda ad escutere il pegno secondo modalità lesive dei diritti del debitore.

È previsto, invero, che *“entro tre mesi dalla comunicazione di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 7, il debitore può agire in giudizio per il risarcimento del danno quando l'escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità di cui alle predette lettere a), b), c) e d) e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della disposizione di cui alla lettera d)”*.

La norma sembra, quindi, ricavare uno sicuro spazio per la tutela risarcitoria in presenza della violazione dei criteri e delle modalità stabilite dal comma 7 per l'escussione del pegno e in caso di non corrispondenza ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della lettera d).

All'indomani della sua introduzione la disposizione ha posto il problema di stabilire se tale spazio di tutela sia l'unico astrattamente configurabile per il debitore a fronte dell'escussione abusiva della garanzia oppure se a questi sia riconosciuto altro rimedio, specie di natura conservativo/inibitoria a carattere cautelare. Dai primi commenti al D.L. sembrava emergere un'opinione sostanzialmente favorevole all'ammissibilità di altre forme di tutela (soprattutto di carattere cautelare) a favore del debitore²⁵, da esperire innanzi al giudice dell'esecuzione, sebbene ciò sembrasse in distonia rispetto

²³ Spetterà dunque al giudice delegato ogni valutazione in ordine alla validità e all'efficacia della garanzia non possessoria.

²⁴ Nel caso in cui il valore del bene pignorato sia superiore all'entità del credito garantito la differenza verrà appresa all'attivo fallimentare.

²⁵ Si pensi al caso in cui il debitore abbia adempiuto alla propria obbligazione o vanti altra modalità alternativa di estinzione del debito (es. compensazione).

alla *ratio* della norma, che mira all'accelerazione delle procedure di recupero crediti in caso di inadempimento.

Tali riflessioni trovano oggi conferma nella previsione di cui al comma 7 *bis*, introdotta in sede di conversione, che riconosce al debitore e all'eventuale terzo concedente il diritto di proporre (con ricorso secondo il rito sommario di cognizione) opposizione entro 5 giorni dalla notifica dell'intimazione. In tal caso ove ricorrano gravi motivi, il giudice (dell'esecuzione mobiliare) su istanza dell'opponente, può inibire, con provvedimento d'urgenza, al creditore di procedere all'escussione del pegno.

Si noti che sia il breve termine per proporre opposizione che il rito prescelto rappresentano un giusto compromesso per garantire il rapido recupero del credito senza limitare al debitore l'accesso alla tutela giurisdizionale.

6. Il richiamo alla disciplina del pegno ordinario.

Al fine di colmare ogni lacuna normativa, il legislatore, in sede di conversione, ha aggiunto il comma 10 *bis* – come norma di chiusura della disposizione in oggetto – in cui si sancisce che per quanto non previsto dall'art. 1 si applicano le disposizioni codicistiche sul pegno ordinario, nei limiti della compatibilità con la struttura e con il particolare modo di atteggiarsi del pegno mobiliare non possessorio.