

ROBERTA MARINO\*

*Autonomia privata e nuove forme di realizzazione del credito  
garantito da pegno non possessorio\*\**

*Sommario:* 1. Le linee evolutive del sistema delle garanzie del credito. La funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata. - 2. Il percorso di rinnovamento del diritto delle garanzie reali. Le alienazioni in funzione di garanzia e il divieto del patto commissorio. - 3. L'affermazione dei "modelli marziani". - 4. Il pegno non possessorio: brevi cenni ai caratteri morfologici. - 5. Le quattro modalità di realizzo della garanzia in autotutela previste dal comma 7, art. 1 della legge n. 119. - 6. Opponibilità della garanzia alle procedure concorsuali e rilevanza dell'interesse collettivo della massa dei creditori.

*1. Le linee evolutive del sistema delle garanzie del credito. La funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata*

Migliorare l'efficienza del mercato del credito in termini di velocità di erogazione dei finanziamenti alle imprese a minor costo è obiettivo dal quale dipende il grado di sviluppo economico di ciascun Paese.

Partendo dall'esame degli interessi sottesi al rapporto di finanziamento tra banca e impresa, sono preminenti le esigenze, per un verso, di superare l'immobilità dell'oggetto della garanzia, nel nostro codice civile stabilmente vincolato alla garanzia del bene, in quanto bene utilmente impiegabile nel processo produttivo<sup>1</sup>; per l'altro, di consentire la più rapida realizzazione della garanzia, avendo riguardo alla circostanza che la modalità con la quale le banche

---

\* Ricercatrice confermata di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

\*\* Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

<sup>1</sup>In tema ampiamente E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 653. Sul punto anche L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

valutano il merito creditizio non si basa più sul valore del bene dato in garanzia ma sul grado di solidità finanziaria dell'impresa, vale a dire sulla sua capacità di rimborso delle somme in prestito e, in ipotesi di inadempimento del debitore, sulla esistenza di una garanzia del credito immediatamente esperibile.

Su questa ultima esigenza convergono gli indirizzi evolutivi del sistema delle garanzie del credito, lungo i quali si muovono sia il legislatore comunitario che i singoli legislatori nazionali.

In ambito europeo la Commissione ha pubblicato un Libro Verde dal titolo “*Building a Capital Markets Union*”<sup>2</sup>, che ha avviato una Consultazione pubblica da cui è scaturito un *Action Plan* a medio-lungo termine volto ad individuare le azioni necessarie a migliorare l'accesso ai finanziamenti da parte delle PMI, perseguendo l'ulteriore finalità di ridurre il costo e diversificare le fonti<sup>3</sup>.

Ebbene durante le consultazioni pubbliche è emersa la centralità, nell'ambito del rapporto di finanziamento, del ruolo delle garanzie reali e la priorità, in quanto propedeutici alla realizzazione di un mercato paneuropeo dei capitali, di obiettivi quali la velocità di realizzazione del credito e la costituzione di garanzie non possessorie<sup>4</sup>.

Risulta chiaro come quest'ultima esigenza si è oramai imposta come priorità dal legislatore comunitario anche ai fini della gestione dei crediti deteriorati accumulati dalle banche europee e d'Italia. Per comprendere la portata di tale fenomeno occorre tener conto che la possibilità di una agevole dismissione di crediti deteriorati tramite cessione, o per meglio dire il prezzo di cessione sul mercato, dipende dal tempo di realizzazione del diritto di credito, nonché dalla incertezza giuridica sull'esito dei procedimenti esecutivi. In tale ottica si pone la recente proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali<sup>5</sup> che, al titolo V (artt. 23-33) «Escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie», mira a introdurre uno strumento armonizzato di escussione accelerata e

---

<sup>2</sup> Libro Verde, *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*. COM(2015) 63 final del 18 febbraio 2015.

<sup>3</sup> *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*. COM(2015) 468 final del 30 settembre 2015.

<sup>4</sup> Per un commento v. V. SICLARI, *European Capital Markets Union e Ordinamento Nazionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 48 ss.; 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 n. 356, 2016.

<sup>5</sup> Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio COM (2018)135, inserita in un pacchetto di misure volte ad accelerare la riduzione dei crediti deteriorati, tra cui il già approvato regolamento (UE) 2019/630 che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 sulla copertura minima delle perdite su esposizioni deteriorate.

stragiudiziale delle garanzie reali nei rapporti di finanziamento tra banche e imprese. Il legislatore attraverso la riduzione delle incertezze del processo esecutivo e la possibilità dell'escussione di un bene situato in un diverso Stato membro, mira all'incremento della concessione transfrontaliera dei prestiti. In estrema sintesi nella proposta di direttiva si attribuisce al creditore la possibilità di soddisfare il proprio diritto a seguito di un patto di escussione stragiudiziale per iscritto e con l'indicazione dell'evento al quale è subordinata la facoltà concessa al creditore. Alle modalità prescelte dalle parti quali la vendita o appropriazione il legislatore applica le cautele del marciano, laddove demanda alle determinazioni pattizie la nomina di un esperto indipendente che operi la stima del bene volta ad evitare un ingiustificato arricchimento del creditore<sup>6</sup>.

L'iniziativa di apertura del legislatore comunitario all'autonomia privata nella realizzazione del credito garantito si pone nel solco di una linea di tendenza già ben radicata nell'ordinamento italiano, ove il processo di rinnovamento si segnala per il passaggio dalla tutela esecutiva coattiva all'autotutela esecutiva governata dall'autonomia privata. La rilevata convergenza di approcci seguiti dal legislatore comunitario e interno si esplicita, dunque, nella concessione al creditore di strumenti che (in caso di inadempimento) rafforzano la tutela del diritto di credito o aprono la possibilità di esercizio di forme di autotutela esecutiva.

Nell'ambito interno, numerosi sono gli interventi legislativi nel settore delle garanzie del credito che hanno inciso sui rapporti tra autonomia privata, responsabilità patrimoniale e procedimento esecutivo. Ciò detto, è bene sottolineare in limine che le importanti trasformazioni che sta sperimentando il settore delle garanzie del credito sono calate in uno scenario di crisi economica e pertanto contrassegnate da interventi legislativi emergenziali, settoriali e dunque non di portata sistematica.

L'itinerario di rinnovamento, articolato in un quadro eterogeneo e frammentario di regole sull'escussione della garanzia si è posto all'attenzione degli studiosi, impegnati nella definizione del significato dei diversi statuti normativi e della loro portata sistematica.

---

<sup>6</sup> Per un primo commento, v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1039.

Pertanto, compito dell'interprete è verificare se tale particolarismo legislativo sia riconducibile ad un ordine giuridico coerente e logico, secondo gli indirizzi costituzionali, al contrario correrebbero il rischio di non riuscire a tradursi nella realizzazione di valori e principi ordinamentali<sup>7</sup>. Si abbia riguardo infatti che nel rapporto di finanziamento, garantire l'accessibilità al credito da parte delle imprese, è interesse meritevole di tutela essendo espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 cost. Così come, il medesimo interesse sottende la tutela del lavoro, sancita dall'art. 35 cost.<sup>8</sup>

Alla luce di queste prime osservazioni il metodo della ricerca, una volta individuate chiaramente le direttive entro le quali il legislatore sta realizzando interessi meritevoli di tutela, dovrà indagare sulla coerenza sistematica di tali soluzioni e verificare che esse siano di agevole applicazione concreta. Si partirà dal delineare il percorso che ha caratterizzato le trasformazioni del settore delle garanzie del credito al fine di evidenziare che la garanzia pignorizia e quella ipotecaria hanno oramai perso la loro tipica. Esse non sono più funzionalizzate a garantire l'adempimento, quanto piuttosto all'esercizio dell'autotutela soddisfattiva del creditore.

Data la centralità ed il ruolo propulsivo svolto dalle garanzie del credito nel mercato della produzione e dei capitali, non stupisce che i legislatori e l'autonomia privata siano fortemente impegnate nel loro ammodernamento.

Il percorso di revisione del diritto delle garanzie reali è originato da spinte provenienti dal basso, dalle regole della prassi o dai lavori delle organizzazioni sovranazionali, quali le

---

<sup>7</sup> Sull'autonomia privata quale strumento di attuazione dei principi fondamentali, ma anche di sintesi tra i valori e le regole liberamente stabiliti e i principi prioritari, indicati nella Carta Costituzionale, si v. ampiamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ult. ed. V. anche P. PERLINGIERI e M. MARINARO, Art. 42, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, p. 296. Sul rapporto tra principi e regole, si v. pure G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), Roma-Bari, 2013, p. 204. Più in generale, sull'autonomia dei privati garantita nella misura in cui la stessa risulti funzionale o, per meglio dire, preordinata al perseguimento di altri valori, direttamente tutelati dalla Carta Costituzionale, quali l'iniziativa economica privata (art. 41 cost.) e la proprietà (art. 42 cost.), v. L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, Padova, 1996; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.

<sup>8</sup> Già autorevolmente affermato da G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, p. 70 e ss. Si v. anche R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali* a cura di R. Nania, P. Ridola, I, Torino, 2001, p. 69 ss.; più recentemente S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2011. Sul rapporto tra principi e regole, più recentemente G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, cit., p. 204.

associazioni indipendenti che lavorano per l'unificazione del diritto privato. Per lungo tempo l'autonomia privata ha rappresentato il traino del processo evolutivo.

Se sul piano negoziale, l'autonomia privata si è cimentata nella costruzione di modelli di garanzie reali e personali idonei a soddisfare le istanze innovative del mercato; sul piano legislativo, invece, gli interventi di settore hanno rappresentato l'esito di linee evolutive già molto radicate nella prassi.

Posto che ad individuare una regolamentazione comune per ridurre le differenze di regime giuridico tra gli ordinamenti (si pensi ai regimi di pubblicità negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*), si è cimentata soprattutto la dottrina attraverso le organizzazioni internazionali Uncitral e Unidroit<sup>9</sup>, tali lavori si sono tradotti in Convenzioni, strumenti dimostratisi in realtà inadeguati ai fini della creazione di una normativa uniforme per via dei lunghi tempi di attuazione e in quanto contenenti regole che hanno effettività solo se ratificate da tutti i Paesi<sup>10</sup>.

Senza dubbio allora una spinta significativa alla realizzazione di un sistema comune di garanzie mobiliari è giunta dalle regole di armonizzazione<sup>11</sup> a seguito dell'emanazione della Direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria<sup>12</sup>.

Il recepimento nel nostro ordinamento ha introdotto regole che, ancorché applicabili alle sole garanzie costituite su strumenti finanziari, non erano da considerarsi quali semplici leggi di settore. In altro scritto sostenni che la portata innovativa di tali regole avrebbe determinato dirompenti ricadute sul piano sistematico<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Sul tema ampiamente ALB. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.

<sup>10</sup> R. GOODE, *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Unidroit Convention in International Interest in Mobile Equipment*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 373 e ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; A. FRIGNANI, *Le garanzie internazionali e la convenzione di diritto uniforme Uncitral del 1995*, in *Dir. impr.*, 2005, p. 531.

<sup>11</sup> G. FERRARINI, *The Growing Number of Calls for the Creation of Non-Possessory Security Interest in Continental Europe: an Italian View*, *Convegno Unidroit (International Bar Association), Current Trends in the Modernization of the Law Governing Personal Property Security*, Roma, 1994; B.C. SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 576 ss.; A. FRIGNANI, *Le garanzie internazionali e la convenzione di diritto uniforme Uncitral del 1995*, cit., p. 531.

<sup>12</sup> A. GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 263; N. CIPRIANI, *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Milano, 2006, p. 251; E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria nella prospettiva europea*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, III, 1, Torino, 2007, p. 300.

<sup>13</sup> Sia consentito un rinvio al mio, *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006.

Basti qui solo accennare che, mentre il dibattito sulla compatibilità con le regole dell'ordinamento delle alienazioni in funzione di garanzia era incandescente, il d.lgs. n. 170 del 2004, all'interno dell'ampio *genus* di contratti di garanzia finanziaria, tipizza figure contrattuali che programmano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie in funzione di garanzia, sottraendo la fattispecie all'applicazione del divieto del patto commissorio.

Si pensi ancora all'introduzione di regole che accordano al creditore il potere di realizzare il *collateral* attraverso l'appropriazione degli strumenti finanziari, purché ciò sia previsto nel contratto di garanzia finanziaria e all'accordo tra le parti sia demandata la valutazione degli stessi.

Da tali regole si percepì che ampio è lo spazio conferito all'autonomia privata, sol che si abbia riguardo alla circostanza che sono i patti contrattuali a disciplinare le modalità di escussione della garanzia. Inoltre, l'espressa deroga al divieto sancito dall'art. 2744 c.c. condusse taluni a ritenere che la scelta di *opt in* del legislatore interno avrebbe costituito un *vulnus* alla sua portata generale. Ad oggi, in realtà, la disciplina introdotta dal d.lgs. 170 rimane l'unica a disapplicare il divieto del patto commissorio.

Tuttavia, la previsione di una forma di autotutela consensuale autorizzata dalla legge ha aperto la via ad una rimeditazione di quell'orientamento ostile all'assoggettamento del debitore ai poteri di autotutela del creditore che sarebbe desumibile, secondo larga parte della dottrina, proprio dal divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.<sup>14</sup>.

Premesso che il nostro ordinamento, segnatamente il nostro codice civile, non contiene alcun riferimento esplicito all'autotutela, con tale espressione si intende generalmente indicare tutte quelle situazioni eccezionali nelle quali è consentito al soggetto interessato di realizzare *ex se* la difesa delle proprie ragioni senza fare ricorso all'autorità giudiziaria<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Il d.lgs. 170 che (art. 4, comma 1) al verificarsi di un evento determinate l'escussione della garanzia finanziaria dà facoltà al creditore pignoratorio di: a) vendere le attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) di appropriarsi delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) di utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

<sup>15</sup> Lo sforzo ricostruttivo-sistematico della nozione di autotutela ha distinto quella convenzionale da quella unilaterale, avendo riguardo al fatto che la prassi col tempo ha generato diverse forme di autotutela. Inoltre, se ne individuato tre diverse funzioni: accertamento, satisfattoria e cautelare. Si parta da E. BETTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 523. *Ex multis*, v. A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937. A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della*

Invero, tradizionalmente l'autotutela è venuta in rilievo in termini negativi, come divieto al privato di farsi giustizia da sé e ciò discenderebbe dalla necessità di reprimere forme primitive di giustizia privata quali la vendetta o il sequestro del debitore.

A ben vedere numerosi sono gli interventi normativi che derogano alla mediazione pubblica nella fase esecutiva smantellando, di fatto, la concezione incline a ravvisare la presenza nel sistema di un divieto generale di giustizia privata. Pertanto la dottrina più recente ha sottoposto a critiche queste ricostruzioni teoriche sostenendo che non c'è alcuna disposizione che, in materia di diritti disponibili, sancisca l'esercizio esclusivo della giurisdizione da parte dello Stato<sup>16</sup>. Le spinte, verso la valorizzazione di forme di mediazione esterne al processo, confluite peraltro nelle recenti riforme legislative contenenti previsioni pattizie di modalità di soddisfazione secondaria del credito ha sottoposto a revisione critica<sup>17</sup> anche le ricostruzioni che considerano l'autotutela, quale istituto eccezionale e ammissibile solo se espressamente previsto dalla legge<sup>18</sup>.

## *2. Il percorso di rinnovamento del diritto delle garanzie reali. Le alienazioni in funzione di garanzia e il divieto del patto commissorio*

L'urgenza di un cambio di passo era avvertita anche da un altro fenomeno: la fuga del mercato del credito dalle garanzie reali verso le garanzie personali, dimostratesi certamente più duttili alle già richiamate esigenze di speditezza e di facile realizzazione del credito.

---

*ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 249; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 15.

<sup>16</sup> Incentrata, per un verso, sull'art. 2907 c.c., ove si afferma che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria, per altro, sugli artt. 101 e 102 cost., i quali affidano al potere giudiziario l'esercizio della funzione giurisdizionale.

In tema, v. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689; C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1971, p. 1027 ss.; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1440; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 263.

<sup>17</sup> Sulle posizioni della giurisprudenza nel dialogo con la dottrina, si v. F. PARENTE, *Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Camerino-Napoli, 2016, p. 408. Per un'approfondita analisi del fenomeno dell'autotutela nelle regolamentazioni negoziali, si v. A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019.

<sup>18</sup> E. BETTI, *Autotutela*, cit., p. 529.

Del resto, il sintomo evidente è la diffusione di clausole tendenti a erodere l'operatività della regola di accessorietà. Si ponga mente al contratto autonomo di garanzia, in cui l'autonomia privata è riuscita a elaborare schemi negoziali che consentono la elisione del vincolo di accessorietà e la scissione della garanzia dal rapporto di valuta<sup>19</sup>. Ma si abbia, altresì, riguardo alle vicende interpretative che hanno interessato la sorte della fideiussione *omnibus*. Non è un caso allora che il mercato si sia rivolto per lungo tempo ai suddetti schemi negoziali a scapito dell'impiego delle garanzie reali, considerato che sia il pegno che l'ipoteca presentano problemi legati al principio di accessorietà, di specialità e, non da ultimo, alla lentezza nelle procedure di realizzazione.

Il contributo dell'autonomia privata al rinnovamento delle garanzie reali è contrassegnato dall'affermarsi delle garanzie atipiche e dei contratti a scopo di garanzia, vale a dire di tutti quei contratti a causa neutra, di alienazione, deposito o riporto, che l'autonomia privata, utilizzando la categoria del contratto indiretto, ha piegato a una funzione di garanzia.

Quanto alle prime, la giurisprudenza ne ha più volte negato validità sulla base della mancanza di una loro astratta configurabilità, in ossequio al principio del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia. Di conseguenza l'autonomia privata è riuscita a guadagnare spazi molto stretti, sempre costretta a muoversi soltanto entro i limiti degli schemi contrattuali già esistenti. Quanto alla compatibilità delle alienazioni in funzione di garanzia con il divieto del patto commissorio, è ben noto che la giurisprudenza ha attribuito al divieto una portata più ampia di quella desumibile dal tenore letterale degli artt. 2744 e 1963 c.c. considerandole norme materiali, nel senso che esprimono il divieto di un determinato risultato. Ragion per cui la nullità ha finito col travolgere tutti gli schemi contrattuali che, pur se in taluni casi astrattamente leciti, perseguissero il risultato vietato dall'ordinamento. Di qui le Corti hanno applicato la sanzione della nullità al patto commissorio autonomo, al patto commissorio obbligatorio, nonché a quello immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> G. CHINÉ, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, p. 93 ss.; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1994, p. 69 ss. Sulle recenti evoluzioni della prassi, per tutti N. CIPRIANI e G. CAZZETTA, *Le clausole "in deroga" nella fideiussione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 421.

<sup>20</sup> Si v. recentemente A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 14.

È noto che la ragione giustificatrice di tale divieto è stata lungamente indagata dalla dottrina proprio al fine di stabilire l'estensione del suo perimetro applicativo, senza tuttavia giungere a soluzioni condivise<sup>21</sup>.

La sua *ratio* si è appuntata, ora sull'esigenza di difendere il debitore da illecite coartazioni da parte del creditore<sup>22</sup>; ora sulla esigenza di salvaguardia della *par condicio creditorum*<sup>23</sup>; ora nell'impedire che il creditore, facendo propria la cosa data in garanzia, consegua un indebito vantaggio in danno al debitore, nonché in danno all'intera comunità ove il patto si diffondesse diventando clausola di stile<sup>24</sup>; ora individuata congiuntamente nella tutela del debitore contro le pressioni del creditore e nella salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*<sup>25</sup>. Infine la tesi prima richiamata è fondata sul rispetto di un presunto principio di ordine pubblico che riserverebbe allo Stato i poteri di realizzazione coattiva della pretesa creditoria<sup>26</sup>.

Se si vuole andare più a fondo, però, assieme alle suddette ragioni, occorre evidenziare che a condizionare fortemente il processo di rinnovamento del diritto delle garanzie reali è la costante tutela degli interessi del ceto creditorio. Se è vero che al momento dell'entrata in vigore del codice civile del '42 l'esigenza era assicurare al creditore una efficiente tutela del suo diritto, è altrettanto innegabile che il nostro ordinamento ha tutelato il creditore nella dimensione collettiva piuttosto che in quella individuale.

Per argomentare quanto detto, vanno analizzate le due principali categorie di creditori che compongono il ceto ed i relativi interessi protetti dall'ordinamento.

Anzitutto i privilegiati, per i quali l'interesse protetto è stato, per un verso, assicurare l'opponibilità ai terzi del vincolo, onde consentire l'esercizio del diritto di prelazione (la rilevanza esterna del pegno lo connota del requisito di absolutezza); per altro verso, consentire agli stessi di utilizzare i rimedi conservativi della garanzia con la revocabilità degli atti di alienazione compiuti dal debitore sul bene oggetto della garanzia, se posti in essere in pregiudizio della realizzazione delle pretese creditorie.

---

<sup>21</sup> A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219.

<sup>22</sup> F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 94.

<sup>23</sup> V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ. Scialoja -Branca* (a cura di), artt. 2740-2899, II ed., Bologna-Roma, 1955, p. 53.

<sup>24</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957.

<sup>25</sup> S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 316.

<sup>26</sup> E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689.

La tutela dei chirografari, invece, è garantita dal paritario soddisfacimento sul patrimonio del debitore che rappresenta un punto di riferimento delle aspettative del creditore: è la responsabilità patrimoniale a garantire in concreto la posizione attiva del credito di tale categoria. Di qui il convincimento che la realizzazione coattiva da parte del creditore è garantita dall'adeguatezza (la capienza) del patrimonio inteso da sempre in senso statico. Ne discendono le suddette problematiche legate all'immobilità dell'oggetto della garanzia.

Quanto alla garanzia generica è utile sottolineare che essa, così come è improntata nella nostra disciplina codicista, delineata dall'art. 2740 c.c. e dalle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale (artt. 2740-2744 c.c.), è preordinata all'esecuzione forzata nel senso che il creditore non gode di poteri sostanziali per la tutela del suo diritto soggettivo, quanto piuttosto di poteri processuali che, peraltro, sono attribuiti dalla legge agli organi giurisdizionali<sup>27</sup>. Dunque la tutela accordata dalla responsabilità patrimoniale non garantisce più l'efficienza del mercato del credito. Di qui le problematiche legate alla realizzazione coattiva del diritto di credito che, passando per un processo esecutivo di lunga durata, non soddisfa più le esigenze del sistema e di qui, la generale tendenza verso la disintermediazione giudiziaria.

Quanto alla regola della *par condicio creditorum*, scolpita nell'art. 2741 c.c., occorre ricordare che, proprio nello stesso periodo, essa veniva elevata al rango di vero proprio principio in virtù di una reiterata interpretazione giurisprudenziale estensiva.

Vero è che la *par condicio* col tempo è stata attuata dalla legislazione speciale in misura sempre più limitata, tanto da non potersi più considerare un "dogma" incontestabile nel nostro ordinamento giuridico. Certamente la nuova prospettiva che degrada il suddetto principio a regola operativa "o principio debole"<sup>28</sup> ha consentito di rimeditare il rapporto tra garanzie del credito e *par condicio*.

---

<sup>27</sup> Interessanti le riflessioni sul sistema della responsabilità patrimoniale alla luce della disciplina sull'insolvenza di F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 59.

<sup>28</sup> Così definito da S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciante bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, T. RUMI e F. PIRAINO, *I nuovi marcianti*, Torino, 2017, p. 42.

D'altro canto va evidenziato che la possibilità accordata al creditore dalla legge di soddisfare il proprio interesse in via individuale, sia esso in forma di autotutela soddisfacente consensuale che tramite esecuzione forzata in autotutela, trova il suo principale ostacolo nelle regole del concorso.

Pertanto la questione va rimeditata quando ci si sposta nel perimetro dell'attività di liquidazione. Si pensi alla procedura di liquidazione ai fini all'esdebitazione del debitore civile; si abbia riguardo, inoltre, alla procedura di liquidazione dell'impresa insolvente, in entrambe le situazioni tornano ad operare le regole del concorso. Con ciò si intende affermare che la rilevanza di nuovi interessi da tutelare, in particolare degli interessi del mercato creditizio, la cui efficienza è come più volte rilevato legata all'accelerazione del recupero del credito attraverso l'autotutela, deve contemperare la tutela dell'interesse del ceto creditorio alla integrità della garanzia generica.

Ciò premesso, alla luce anche della recente introduzione della disciplina del pegno non possessorio, occorre domandarsi in che misura l'obiettivo di ammodernamento delle garanzie reali e delle forme di realizzazione ad esse connesse sia stato effettivamente raggiunto.

### *3. L'affermazione dei "modelli marziani"*

Si è prima rilevato che l'ampliamento del perimetro applicativo del divieto del patto commissorio e l'ossequio al principio del numero chiuso dei diritti reali di garanzia si è manifestato con l'atteggiamento restrittivo delle corti nei confronti delle figure di garanzia create in concreto dalla prassi. Ciò di per sé aveva generato delle diseconomie, in quanto la declaratoria di nullità dei trasferimenti in garanzia travolgeva l'intera operazione di finanziamento con effetti assai controproducenti, sia in capo al debitore, costretto a restituire immediatamente il finanziamento, che per il creditore il quale subiva la perdita degli interessi sul finanziamento.

Di qui il lavoro della dottrina che, sulla scorta del dibattito già sorto in Germania, ha operato una distinzione tra la parte della disciplina del rapporto che assolve a una funzione di garanzia (vale a dire il contratto di pegno cui accede il patto) da quella del patto commissorio vero e proprio che assolve (solo in ipotesi di inadempimento del debitore), tramite il

trasferimento della proprietà del bene, a una funzione solutoria<sup>29</sup>. Le tesi hanno avuto il sicuro pregio di arginare la declaratoria di nullità dell'intera pattuizione, limitandolo al solo meccanismo di definitiva appropriazione del bene.

Tuttavia la citata impostazione non è riuscita a mettere in discussione la valenza generale del divieto del patto commissorio.

A ben vedere, l'unica eccezione all'ostracismo delle corti nei confronti delle alienazioni in funzione di garanzia è da sempre rappresentata dalla cessione del credito a scopo di garanzia<sup>30</sup>. La compatibilità di tale figura col divieto di patto commissorio è riconosciuta, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, sulla base dell'assunto che le modalità con le quali l'alienazione in funzione di garanzia viene a realizzarsi raggiunge un risultato affine a quello posto in essere dalla convenzione marciaria<sup>31</sup>. Quest'ultima, strutturandosi in un accordo col quale il debitore acquista la proprietà della cosa ricevuta in garanzia in caso di inadempimento del debitore, impegnandosi a versargli la differenza tra ammontare del credito e valore del bene, dietro stima di un terzo, è considerato meccanismo lecito in quanto realizza il controllo della misura dell'assoggettamento del debitore alla responsabilità patrimoniale.

Di qui il precipitato logico che il patto marciano si sarebbe potuto utilizzare, quale meccanismo di riequilibrio economico all'interno del rapporto. La tesi ha trovato recente riscontro anche nelle pronunce giurisprudenziali secondo le quali, ogni qual volta la pattuizione contenga la previsione della stima secondo criteri oggettivi, la convenzione è valida, elevandosi così il patto a correttivo di quei negozi invalidi per violazione del patto commissorio<sup>32</sup>.

Ecco che la via del marciano è la strada battuta anche dalla legislazione speciale che sempre più spesso vi ricorre per legittimare il potere del creditore di escutere privatamente la garanzia. Si può allora affermare che la convenzione marciaria costituisce un'applicazione dell'autotutela esecutiva nel senso che sarà ammissibile il trasferimento del bene (o la vendita;

<sup>29</sup> N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.

<sup>30</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; A.A. DOLMETTA e G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 282 s.; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 361.

<sup>31</sup> Sul tema ampiamente F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 253.

<sup>32</sup> Circa i tratti qualificanti del marciano individuati dalla giurisprudenza, si veda la pronuncia della Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, p. 791, con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*.

o l'appropriazione) solo utilizzando un meccanismo che, a seguito dell'inadempimento verifichi l'equivalenza tra la concreta soddisfazione del creditore e quanto egli aveva diritto ad ottenere in base al rapporto obbligatorio<sup>33</sup>.

Si osservi anzitutto che mentre la disciplina dell'escussione ipotecaria è largamente affidata al processo esecutivo (tranne le specifiche deroghe previste dalla legislazione speciale), le garanzie pignoratorie si sono rivelate più flessibili in quanto presentano già una disciplina nella trama del codice che può essere letta in chiave di autotutela esecutiva.

Per quanto concerne il pegno, il nostro ordinamento non ha mai stigmatizzato l'autotutela soddisfacente, si pensi, all'interno del nostro codice, alla vendita coattiva stragiudiziale, di cui agli artt. 2796 e 2797 c.c. e all'assegnazione in pagamento di cui all'art. 2798 del c.c.; alla vendita e la compera in danno, rispettivamente disciplinati dagli artt. 1515 e 1516 e dall'art. 1796 c.c.

Anche la *datio in solutum ex art. 1197 c.c.*<sup>34</sup> è ricondotta all'autotutela esecutiva e spesso comparata con la figura del patto commissorio per sottolineare che la prima è ritenuta ammissibile in quanto l'esecuzione (la dazione) è immediata e non genera alcuna sottomissione da parte del debitore alle coartazioni del creditore.

Si pensi, ancora alla figura del pegno irregolare, ove l'autotutela privata a carattere convenzionale è assai marcata differenziandosi dal pegno tradizionale perché la proprietà del bene fungibile (del *tantundem eiusdem generis*) non passa al creditore a seguito dell'inadempimento, per di più, si consente al debitore di pretendere la parte eccedente l'ammontare dei crediti garantiti<sup>35</sup>.

Anche nella recente legislazione speciale si rinviene una trama di disposizioni nelle quali la realizzazione coattiva dei diritti in via di autotutela è ammessa. Con riferimento all'ipoteca, si abbia riguardo al d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, di attuazione della Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali; la normativa in materia di prestito vitalizio ipotecario, modificata a seguito della l. 2 aprile 2015,

---

<sup>33</sup> *Ex multis*, v. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, T. RUMI e F. PIRAINO, *I nuovi marciano*, Torino, 2017, p. 8; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 995; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sotto tipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1398; A.A. DOLMETTA, *Alla scoperta del «marchiano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 811.

<sup>34</sup> In tema, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, rist., Napoli, 2019.

<sup>35</sup> G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 155.

n. 44; alla disciplina contenuta nel nuovo art. 48 *bis* TUB sul finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore.

Infine, con riferimento alle garanzie pignoratorie, oltre alla già citate disposizioni in materia di garanzia finanziaria, quelle in materia di pegno non possessorio con legge 119 del 2016, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 recante: «Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione». Queste ultime ammettono la possibilità per le parti di convenire ben quattro modalità di realizzazione della garanzia in autotutela, in caso di inadempimento, su beni mobili che rimangono nella titolarità e nel possesso del debitore.

#### 4. *Il pegno non possessorio: brevi cenni ai caratteri morfologici*

Nel segno di un adeguamento delle garanzie mobiliari al mutato quadro economico-sociale può dunque ascriversi la l. 119 che introduce all'art. 1 l'istituto del pegno non possessorio al quale, in realtà, non è ancora stata data attuazione in mancanza del decreto ministeriale che istituisce il Registro dei pegni non possessori. Occorrerà dunque ancora attendere prima di dare un giudizio sulla reale valenza applicativa dell'istituto. Di qui il tentativo di porre rimedio allo stallo attraverso l'azione congiunta dell'Associazione bancaria italiana e della Confederazione generale dell'industria italiana che nel febbraio 2018 hanno sottoscritto un "Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia" al fine di favorire l'attuazione<sup>36</sup>.

Il pegno non possessorio è figura senza dubbio innovativa, in quanto, oltre a creare una figura di pegno slegata dallo spossessamento del creditore, racchiude in sé i caratteri del pegno rotativo, del pegno *omnibus*, costituibile su beni e crediti futuri<sup>37</sup>. I connotati sono in

<sup>36</sup> Ciò è originato dal Consiglio di Stato che, con provvedimento 2880 del 14 dicembre 2018, ha sospeso l'adozione del parere richiesto, reputando necessario un supplemento di istruttoria da parte del Ministero dell'economia e delle finanze. In particolare, il Consiglio di Stato ha formulato alcuni rilievi, evidenziando, tra l'altro, l'opportunità di una audizione degli *stakeholder*, considerato l'impatto della normativa sul traffico dei beni di impresa, gli effetti della garanzia nonché le esigenze di certezze sottese alla circolazione del bene vincolato.

<sup>37</sup> Tra i primi commenti S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, p. 7; E. BROGI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa- Il sole 24 ore*, luglio 2016, p. 4; F. MURINO, *Prime considerazioni sul cd pegno non possessorio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 234; F. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto mariano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583; F.

verità assai peculiari, nonostante il rinvio residuale alla disciplina codicistica del pegno operato dal comma 10 *bis*, art. 1 della legge, tanto che taluni lo hanno ricondotto alla matrice del pegno classico, quale sottotipo di pegno, altri hanno affermato che avrebbe natura e funzione differenti<sup>38</sup>.

La disciplina è connotata da limitazioni soggettive e oggettive. Il debitore deve rivestire la qualifica di imprenditore iscritto al Registro delle Imprese ed è necessario che i beni o i crediti dati in garanzia siano inerenti all'esercizio d'impresa. Il credito garantito può essere presente e futuro, determinato o determinabile, e con la previsione dell'importo massimo garantito.

In assenza di spossessamento, la conoscenza legale verso i terzi è assicurata dall'iscrizione al Registro dei beni non possessori, istituito presso l'Agenzia delle Entrate. Da quel momento il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi (sulla opponibilità alle procedure esecutive e concorsuali, si v. oltre) e prevale su eventuali contestuali atti costitutivi, sì che l'opponibilità nei confronti dei terzi, così come i conflitti tra più creditori pignoratizi, è regolata dal grado e dunque dall'iscrizione nel registro dei pegni non possessori.

L'iscrizione deve indicare il creditore, il credito garantito, il debitore, l'eventuale terzo datore di pegno, la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito. Inoltre, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento di un bene determinato occorre altresì la specifica individuazione di tale bene. L'iscrizione ha una durata di dieci anni, per cui prima della scadenza del decimo anno si potrà rinnovare per mezzo di una nuova iscrizione.

È evidente che si sostituisce la registrazione al tradizionale meccanismo della *traditio* e del possesso della *res*, il che costituisce evidentemente una deroga alla disciplina di cui all'art. 2786 c.c. che richiede lo spossessamento per far sorgere l'effetto tipico in capo al creditore dello *ius praelationis*.

La disciplina in commento recepisce il consolidato orientamento per cui l'assenza dello spossessamento non determina la nullità del vincolo bensì la sua inopponibilità ai terzi. La giurisprudenza ha più volte affermato che lo spossessamento non è presupposto indefettibile

---

DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei beni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 6.

<sup>38</sup> Sul punto E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 257; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 703.

ai fini della valida costituzione del pegno, coerentemente con l'affermazione normativa del concetto della indisponibilità che comporta, non già la sottrazione del bene al suo titolare, ma la conservazione del suo valore economico. Dunque il futuro Registro sarà chiamato a svolgere una funzione di pubblicità sempre più accessibile a tutti<sup>39</sup>.

Il contratto costitutivo del pegno non possessorio deve assumere la forma scritta a pena di nullità 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 forma scritta è requisito sostanziale dell'atto costitutivo differenziandosi così dalla disciplina generale che all'art. 2787, comma 2, c.c. prescrive la forma scritta e l'identificazione del credito garantito e dei beni assoggettati alla garanzia solo ai fini della prelazione.

Nel pegno non possessorio il carattere dell'assolutezza è fortemente ridimensionato in quanto il debitore, salvo patto contrario, mantiene il potere di disposizione del bene attraverso l'alienazione o la sua trasformazione. In tali casi opera il meccanismo della rotatività per cui il pegno si trasferisce al corrispettivo della cessione o al prodotto trasformato senza che ciò determini la novazione della garanzia. Attraverso la sostituibilità dell'oggetto della garanzia si consente, dunque, la prosecuzione del rapporto in virtù dell'originario contratto costitutivo del pegno in risposta alle già richiamate esigenze di impiegare produttivamente o economicamente i beni oggetto di garanzia<sup>40</sup>.

*5. Le quattro modalità di realizzazione della garanzia in autotutela previste dal comma 7, art. 1 della legge n. 119*

Il legislatore attribuisce al creditore il potere di agire in autotutela esecutiva attraverso quattro modalità, quali la vendita in danno del bene; l'escussione o la cessione dei crediti; l'appropriazione dei beni oggetto del pegno ed infine, la possibilità della locazione del bene

---

<sup>39</sup> Fino ad ora il legislatore speciale a salvaguardia dell'effettività della garanzia, ha proposto molteplici meccanismi segnalativi ai terzi del vincolo, proponendo forme diverse di pubblicità. Si pensi alla normativa speciale sui prosciutti a denominazione di origine controllata, la l. 4 luglio 1985, n. 401, estesa poi anche ai prodotti lattiero caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura di cui all'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122.

<sup>40</sup> In tema ampiamente R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, p. 5.

oggetto del pegno con l'imputazione dei canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita.

Le ultime due modalità possono essere concordate solo pattiziamente tra debitore e creditore alla stipula del contratto di pegno innestandosi così nel più generale indirizzo evolutivo che utilizza l'autonomia privata quale strumento per realizzare il fine dell'autotutela. Senza dubbio la portata delle disposizioni è innovativa rispetto alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria in quanto introduce la modalità della locazione.

Arrivati a questo punto dell'indagine, si intende verificare se la disciplina del pegno non possessorio sia effettiva nell'accordare al creditore l'utilizzo di poteri esecutivi predisposti a tutela dell'interesse alla celere soddisfazione del singolo creditore. A tal fine è opportuno confrontare le modalità ordinarie di esecuzione del pegno previste dal codice, in particolare la vendita coattiva stragiudiziale di cui all'art. 2797 c.c. con quelle di cui al comma 7, art. 1 della l. 119 per verificare fino a che punto le regole introdotte accelerano e semplificano il realizzo<sup>41</sup>.

Diversamente da quanto previsto dall'art. 2797 c.c., il creditore può agire in escussione del pegno senza l'obbligo di intimazione di pagamento a mezzo di ufficiale giudiziario e senza munirsi di titolo esecutivo che l'art. 1, comma 7 *bis* identifica con il contratto di pegno.

Tuttavia, a generale tutela del debitore, lo stesso comma prevede il suo diritto di essere informato della escussione a mezzo Pec o intimazione notificata (qui naturalmente non esiste precetto in quanto trattasi non già di esecuzione forzata quanto piuttosto di esecuzione privata). Differentemente dall'esecuzione ordinaria, qui l'intimazione è assimilabile a un atto unilaterale di messa in mora avente natura di atto sostanziale e non processuale in quanto, a differenza dell'art. 480, comma 1, c.p.c. che deve contenere l'avvertimento che in mancanza di adempimento si procederà a esecuzione forzata. Di conseguenza nella disciplina *de qua* è il mancato adempimento che consente al creditore di accedere ad una delle modalità di realizzazione di cui al comma 7 della legge.

Il debitore potrà presentare opposizione entro cinque giorni dalla intimazione nella forma del procedimento *ex artt. 702 bis* c.p.c. Tuttavia, diversamente da quanto previsto al

---

<sup>41</sup> I. LOMBARDINI, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del pegno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1153.

comma 2 dell'art. 2797 c.c., l'opposizione non blocca l'esecuzione (salvo che il giudice non emetta un provvedimento di urgenza che blocchi la procedura).

Il debitore ha inoltre il diritto di essere informato per iscritto delle modalità con le quali è avvenuta l'escussione. Da quest'ultima decorre il breve termine di tre mesi per poter agire in giudizio per il risarcimento dei danni per l'eventuale violazione dei criteri e delle modalità fissati dalle parti per l'escussione oppure se il prezzo di vendita o di cessione o se il canone di locazione non corrisponda ai valori di mercato (art. 1, comma 7, lett. a, b, c, d).

Va altresì posto in evidenza che mentre normalmente l'azione esecutiva stragiudiziale viene preclusa allorché sul bene oppignorato sia iniziata un'azione esecutiva ordinaria da parte di altri creditori, il comma 7 *quater* stabilisce il diritto del creditore pignoratizio di presentare un'istanza autorizzativa al giudice ad escutere il bene. Il giudice stabilirà con proprio decreto i tempi e le modalità di escussione. L'eventuale eccedenza rispetto al soddisfacimento del proprio credito andrà corrisposta alla procedura esecutiva, fatti salvi i crediti con prelazione di grado *potiore*. Va segnalato che il legislatore nulla prevede nell'ipotesi in cui sul bene oppignorato sia stata azionata una procedura esecutiva prima della data d'iscrizione nel Registro (necessario a rendere il pegno opponibile ai terzi). In tali casi gli interpreti ritengono che troverà normale applicazione l'art. 2748, comma 1, c.c., che prevede la prevalenza del pegno sull'eventuale privilegio speciale in concorso<sup>42</sup>.

Per quel che concerne nello specifico la vendita, essa è effettuata direttamente dal creditore mediante procedure competitive, all'incanto o anche affidata a soggetti autorizzati alla vendita senza incanto, che possono anche non essere soggetti specializzati alla vendita. Le procedure devono essere pubblicizzate sul portale delle vendite pubbliche.

Con specifico riguardo poi all'appropriazione il legislatore, utilizzando le cautele del marciano, prevede l'obbligo in capo al creditore di restituzione della differenza tra l'importo del credito garantito e il valore del bene. Anche qui l'autotutela esecutiva vede l'arretramento del controllo pubblico in favore di un ampliamento dell'autonomia privata, laddove (diversamente dalla disciplina dell'assegnazione in pagamento di cui all'art. 2798 c.c.) non è richiesto al creditore la domanda giudiziale per procedere al realizzo. Occorrerà tuttavia, a tutela

---

<sup>42</sup> Così, S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 9.

del debitore, che le parti convengano pattiziamente i criteri e le modalità di realizzo della garanzia.

Infine al creditore è dato concedere in locazione il bene con imputazione del ricavato alle spese, agli interessi e al capitale senza una previa domanda giudiziale.

È allora evidente che il confine fra qualificazione del fenomeno dei patti sulla escussione stragiudiziale come vicenda di autonomia privata o potere di autotutela è davvero molto labile<sup>43</sup>.

#### *6. Opponibilità della garanzia alle procedure concorsuali e rilevanza dell'interesse collettivo della massa dei creditori*

L'art. 1, all'ottavo comma, prevede che nell'ipotesi di fallimento del debitore il creditore pignoratorio possa procedere alla realizzazione del credito secondo le modalità di cui al comma 7 solo dopo essere stato ammesso al passivo. Egli ha quindi l'onere di far valere il proprio diritto mediante specifica domanda *ex art. 93 l. fall.* dovendo dimostrare sia l'*an* del credito che la sua natura privilegiata, allegando il contratto costitutivo del pegno e la sua iscrizione presso il Registro<sup>44</sup>.

A differenza dell'art. 53 l. fall. non è invece richiesta l'autorizzazione alla vendita da parte del giudice delegato, cosicché il creditore, previa ammissione al passivo, potrà procedere direttamente all'escussione della garanzia.

Immediatamente qui viene in rilievo quanto evidenziato con riferimento al momento liquidatorio nel quale cambia radicalmente la prospettiva con la quale il legislatore affronta il rapporto tra le garanzie del credito e la *par condicio creditorum*.

La norma, nel porre quale espressa condizione procedurale l'obbligo in capo al creditore procedente di insinuarsi al passivo, lo assoggetta alle regole del concorso formale. Ciò vuol dire che il creditore garantito da pegno non possessorio, al pari di quello garantito dal pegno "tradizionale", potrà iniziare o proseguire azioni esecutive individuali solo in forma endo-concorsuale dovendo prima attendere il decreto che rende definitivo lo stato passivo.

---

<sup>43</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, p. 38 e s.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, p. 3.

<sup>44</sup> Le regola sull'accertamento del passivo sono sostanzialmente riprodotte nel nuovo codice della crisi d'impresa agli artt. 201 ss.

Occorre infatti aver riguardo che quando si entra nel perimetro delle procedure di liquidazione, oltre all'interesse del singolo creditore al celere soddisfacimento del diritto viene in rilievo anche l'interesse collettivo della massa dei creditori, posto che la vendita atomistica di alcuni cespiti potrebbe seriamente compromettere il valore economico della massa attiva. Con tutta probabilità i controlli degli organi della procedura al regolare svolgimento delle operazioni di vendita o altre modalità saranno più incisivi, in quanto preordinati a evitare che il complesso aziendale, disgregato attraverso la vendita atomistica, comporti un pregiudizio delle ragioni di questi ultimi.

Per di più, il legislatore del pegno non possessorio non ha inserito una norma aperta che equipara il pegno non possessorio al pegno classico, ma si è limitato a un rinvio residuale alla disciplina del codice civile. Donde, in mancanza di un espresso rinvio a talune norme della l. fall., *in primis* all'art. 53, comma 3<sup>45</sup> vi è un difetto di coordinamento tra le due procedure, sollevando l'interrogativo della compatibilità delle regole contenute nel comma 8 con la procedura fallimentare.

In altro scritto sostenni che le disposizioni avrebbero inciso negativamente sul celere realizzo del credito, in quanto si accorda la possibilità al creditore di conseguire dalla escussione una somma che può dirsi “direttamente soddisfattiva” ma non certo “immediatamente e definitivamente soddisfattiva”. Si ritiene che egli potrà trattenere la somma ricavata fino a concorrenza del suo credito restituendo *medio tempore* alla curatela solo il *surplus* realizzato, ma che il creditore dovrà attendere le risultanze del riparto finale, una volta cioè approvato il piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, affinché la somma possa essere definitivamente acquisita<sup>46</sup>.

Difatti, trovando applicazione il disposto dell'art. 2777 c.c. a norma del quale i crediti per spese di giustizia enunciati dagli artt. 2755 e 2770 c.c. sono preferiti ad ogni altro credito anche pignoratorio o ipotecario, secondo le regole del concorso, dovendo il creditore contribuire (proporzionalmente al proprio credito insinuato) alle spese della procedura fallimentare

---

<sup>45</sup> A norma del quale il Giudice Delegato può autorizzare il Curatore a riprendendone le cose sottoposte a pegno pagando il creditore.

<sup>46</sup> Sia consentito il rinvio al mio *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: Profili evolutivi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 762.

(quali il compenso del Curatore per l'accertamento del passivo e la predisposizione dei riparti), potrebbe concretamente accadere che tali spese non siano ancora note al momento della acquisizione della somma in sede di vendita. In tale ipotesi, allora il Curatore potrebbe maturare, al momento del riparto finale, il diritto a una restituzione di ulteriori somme rispetto a quelle percepite in sede provvisoria.

Il raffronto con la disciplina sui *Financial Collateral* che, nella medesima ottica della funzionalizzazione delle garanzie reali all'autotutela esecutiva, consentendo al creditore pignoratizio di opporre al fallimento un contratto di garanzia finanziaria sol che rechi i requisiti della forma scritta e della data certa anteriore al fallimento, evidenzia una scelta più incisiva rispetto a quelle operate in materia di pegno non possessorio. L'assenza di una simile previsione è controbilanciata dall'azione di irragionevolezza commerciale, esperibile dagli organi della procedura, attraverso la quale si realizza un controllo *ex post* che trova qui la sua spiegazione nella prospettiva della generale tutela della *par condicio creditorum*.

Si pone allora il dubbio se con il realizzo del pegno non possessorio 'endo-concorsuale' possa parlarsi di un'autotutela in senso proprio, ovvero se esso, pur affidando al soggetto creditore il realizzo nelle modalità dell'art.1, comma 7, non rimanga a tutti gli effetti una procedura coattiva.

Solo la futura applicazione darà risposta agli interrogativi posti, posto che le soluzioni del giudice dovranno conciliare le nuove disposizioni con l'ottica liquidatoria. Centrale, come detto, lo sforzo sistematico degli interpreti volto a sopperire la frammentarietà della disciplina individuando un comune indirizzo che guidi l'applicazione analogica delle singole disposizioni, onde evitare irragionevoli disparità di trattamento.

#### *Abstract*

Recovery of collateral, both within the EU and the individual member States, has developed through legislations which accelerated extrajudicial collateral enforcement with the aim of increasing access to credit in favour of companies and consumers. After having out-

lined how the Italian legislation on collateral recovery allows the enforcement of non-possessory pledge, the purpose is to verify to which extent the objective of updating actual collateral and relative enforcement has been achieved.

Napoli, aprile 2020.