



ANDREA DALMARTELLO *

Ricercatore di Diritto privato – Università di Milano

I CONTRATTI SULL'ESECUZIONE FORZATA. APPUNTI

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il ruolo dell'autonomia nell'attuazione del credito.* – 2. *Delimitazione del campo di indagine: l'incidenza dell'autonomia negoziale tra responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata.* – 3. *Catalogo delle ipotesi problematiche di rapporto tra autonomia privata e attuazione coattiva del credito.* – 4. *Autonomia privata e procedimento giudiziale di esecuzione forzata: gli accordi sulla pignorabilità dei beni. Profili critici.* – 5. *Conclusioni provvisorie: spunti per la discussione.*

1. – È ormai noto che le nuove tecnologie promettono – almeno nelle declamazioni – di sostituirsi ai tradizionali strumenti di attuazione forzata delle promesse contrattuali attribuendo al *contract*, tradotto in codici informatici, il qualificativo *smart*, a condizione che la conclusione e l'esecuzione del medesimo si esaurisca in piattaforme informatiche, ove le promesse e l'attuazione delle stesse sono cristallizzate in registri digitali non modificabili (c.d. *blockchain*)¹. Non solo, attualità e importanza della ricerca di *alternative*

* Relazione al convegno “*Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e Italia. Inhalt und Grenzen der Vertragsfreiheit in Deutschland und Italien*” tenutosi in data 28-31 ottobre 2019 presso il Centro Italo-Tedesco per l'Eccellenza Europea Villa Vigoni, Loveno di Menaggio.

¹ La letteratura giuridica sugli *smart contracts* è ormai probabilmente più ampia rispetto alla (attuale) diffusione del fenomeno nelle realtà commerciali: per una recente panoramica di taglio europeo v. P. SIRENA-F.P. PATTI, *Smart contracts and automation of private relationships*, *Bocconi legal studies research series*, 2020, disponibile su ssrn.com. Nel dibattito statunitense, v. almeno: L. H. SCHOLZ, *Algorithmic contracts*, 20 *Stanford Tech. L. Rev.* 128 (2016); M. RASKIN, *The law and legality of smart contracts*, 1 *Georgetown Law Technology Review* 304 (2017); K. WERBACH-N. CORNELL, *Contracts ex machina*, 67 *Duke L. J.* 313 (2017). L'importanza teorica del dibattito sugli *smart contracts* non trova riscontro (almeno nell'oggi) sul piano empirico: v. i risultati preliminari della ricerca inedita di J. NYARKO-J. FRANKENREITER, *Hunting for contracts on the blockchain* (disponibile sul sito personale di Nyarko), i quali rilevano che ad esito di una ricerca empirica non vi sono sul *blockchain* *smart contracts* che traducono in codice relazioni commerciali, ma solo codici di creazione di *tokens*, sostanzialmente tutti uguali o altri rapporti non propriamente commerciali (es. giochi). Nella letteratura italiana: v., *ex multis*, F. DELFINI, *Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Autonomia privata e contratti*



JUS CIVILE

ai meccanismi di esecuzione forzata sono testimoniate dalle frequenti incursioni del legislatore italiano, il quale, per affrontare i problemi del settore del credito soffocato da anni di crisi economico-produttiva, si è affidato a meccanismi di attuazione coattiva dell’obbligazione², tali da permettere alle banche di non doversi servire delle procedure esecutive giudiziali: si potrebbe concludere che nemmeno il legislatore sembra credere più al recupero di una fisiologica efficienza di esse³.

A ciò si aggiunga che nell’ordinamento tedesco accordi sull’esecuzione forzata (c.d.

to, III ed., Giappichelli, 2019, 26 ss.; R. PARDOLESI-A. DAVOLA, *What is wrong in the debate about smart contracts*, working paper disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3339421>; A.U. JANNSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *ODCC*, 2020, 33 ss.

² Oltre alle forme di escusione delle garanzie già previste dal codice (es. art. 2796 cod. civ.), il legislatore ha di recente previsto una serie di ipotesi caratterizzate dal tratto comune della previsione di un meccanismo di realizzazione del credito (pecuniario) inadempito attraverso un procedimento stragiudiziale, alternativo a quello di espropriazione forzata: *a) antesignana*, in questa direzione, è stata la disciplina di attuazione della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 147), ove è previsto, ferme alcune garanzie procedurali, il potere del creditore pignoratizio di realizzare il proprio credito vendendo (ovvero appropriandosi di) le attività finanziarie oggetto della garanzia (art. 4); *b) tale modello* è stato replicato nella disciplina del pegno mobiliare non possessorio (art. 1, comma 7, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. l. 30 giugno 2016, n. 119); *c) la facoltà* del creditore ipotecario di soddisfarsi in modo alternativo rispetto all’espropriazione forzata è prevista anche dall’art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. (introdotto dal d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 in attuazione della direttiva 2014/17/UE) e *d) per il creditore, garantito* da vendita sospensivamente condizionata di un immobile, dall’art. 48 *bis* t.u.b. (introdotto dall’art. 2 d.l. n. 59/2016, conv. l. n. 119/2016). Su queste figure: v., anche per ulteriori riferimenti, G. D’AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in AA.Vv., *I nuovi marciani*, Giappichelli, 2017, 9 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull’art. 48-bis T.U.B.: il “pasticcio” di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, ivi, 44 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, ivi, 1156 ss.; F. PIRAINO, *L’inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, ivi, 173 ss. Le menzionate strategie normative potrebbero trovare una generalizzazione, nel settore del credito bancario, se sarà approvata la proposta di direttiva sulla realizzazione accelerata delle garanzie reali che, stralciata dalla proposta di direttiva sui gestori di credito (sulla quale v. V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantivo. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1039 ss.), attualmente all’esame del Parlamento Europeo. Una lettura sistematica delle norme appena citate nell’ottica della “conformazione coattiva del reale che prescinde dal processo” in A. ZOPPINI, *L’effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 679 ss. Ne ricava un “sintomo di affievolimento” del sistema del codice civile, con segnato riferimento alla tutela proprietaria sottostante al divieto di patto commissorio: C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, 296.

³ Ravvisa un nesso tra efficiente attuazione del credito e facilità di accesso al credito: E. DE BELVIS, *L’esecuzione privatizzata*, ESI, 2018, 7, la quale rimarca l’efficienza di soluzioni che permettano di evitare al creditore di servirsi del processo esecutivo. Al di là di queste considerazioni aneddotiche, la letteratura economica cerca di dimostrare empiricamente la correlazione tra efficienza del sistema di realizzazione del credito e disponibilità del sistema finanziario di erogarlo: v. ad es. MARESCH *et al.*, *Creditor protection, judicial enforcement and credit access*, ECB working paper, 2015, no. 1829, *passim*; CALOMIRIS *et al.*, *How Collateral Laws Shape Lending and Sectoral Activity*, *J. Fin. Econ.*, 2017, 163 ss.



JUS CIVILE

Vollstreckungsvereinbarungen) sono generalmente ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, benché si discuta circa la loro efficacia e i limiti ai quali è soggetta l'autonomia privata in questo contesto⁴.

I fatti appena tratteggiati consentono di mettere a fuoco un primo e più generale quesito relativo agli spazi che l'autonomia privata può ritagliarsi nella fase di attuazione forzata del rapporto obbligatorio. Come suggerito dal dato comparatistico, l'interrogativo non riguarda solo la liceità di meccanismi alternativi o sostitutivi di attuazione coattiva del credito, riconosciuti dal legislatore o comunque diffusi nella prassi, ma, più al vertice, impone di ritornare su problemi teorici e pratici che, nel vasto campo del diritto delle obbligazioni, *tradizionalmente* caratterizzano i territori di confine tra diritto e processo: vale a dire i rapporti tra obbligazione e responsabilità patrimoniale e tra questa e l'esecuzione forzata. In questa prospettiva, le novità accennate costituiscono piuttosto lo sfondo, il terreno di coltura per percorsi ermeneutici evolutivi, da condurre attraverso caute valutazioni critiche.

Sarebbero probabilmente maturi i tempi per una ricostruzione sistematica complessiva del tema, ma si tratta di un'impresa naturalmente impraticabile in questa sede. Nelle pagine che seguono si tenterà di identificare in chiave problematica in che modo il diritto vigente italiano ammette che l'attuazione coattiva del credito inadempito possa essere governata da regole predeterminate dalle parti del rapporto obbligatorio. Delimitato l'ambito dell'indagine e individuata le serie di norme che disciplinano questo campo problematico, si cercheranno di mettere a fuoco i profili critici che, nel nostro ordinamento, solleva il tentativo di rintracciare spazi di derogabilità delle stesse.

2. – Puntualizzare gli spazi dell'autonomia privata in relazione all'attuazione coattiva del credito si presta a percorsi ricostruttivi non omogenei⁵. Per un verso, le recenti (e già

⁴Cfr., S. GöSSL, *Parteiautonomie in der Zwangsvollstreckung – Vollstreckungsvereinbarungen im deutschen Recht*, in *Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e Italia (Inhalt und Grenzen der Vertragsfreiheit in Deutschland und Italien)*, a cura di F. Bordiga e H. Wais, Giappichelli-Nomos, 2020, in corso di pubblicazione (consultato per cortesia dell'A.), ove ulteriori riferimenti. Si v., in particolare, il fondamentale G. WAGNER, *Prozeßverträge*, Mohr Siebeck, 1998, 729 ss. In giurisprudenza, v. BGH, 18.5.2017, in *NJW*, 2017, 2202 con nota di S. GöSSL.

⁵Cfr. ad es. DE BELVIS, op. cit., 243 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Giappichelli, 2016, 16 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, 2012, 173 ss.; e, con impostazione assimilabile, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, 2017, 237 ss.



JUS CIVILE

richiamate *supra*, §1) novità normative impongono di chiedersi – essenzialmente in chiave sistematico-ricostruttiva – se esse costituiscano interventi *extra ordinem* o, per contro, siano espressive di un più generale sistema di attuazione coattiva “privatizzata” del rapporto obbligatorio, alternativo ma *concorrente*, a quello dell’esecuzione forzata⁶. Per l’altro, il confronto col diritto tedesco – e, in particolare, con la prassi dei c.d. *Vollstreckungsvereinbarungen* – suggerisce di verificare, nell’attuale contesto normativo, quali facoltà abbiano le parti del rapporto obbligatorio di modificare – o addirittura escludere – l’applicazione delle regole relative alla realizzazione coattiva del credito.

Un simile interrogativo consente di concentrare l’indagine sull’attuazione dell’obbligazione pecuniaria. L’esecuzione in forma specifica, a dispetto dell’apparente coerenza del disegno codicistico del libro VI, presenta peculiarità strutturali tali da sconsigliarne una costruzione dogmatica unitaria (artt. 2930 cod. civ. e 605 ss. cod. proc. civ.)⁷. Testualmente derogabile se ha ad oggetto l’obbligo di concludere un contratto (art. 2932 cod. civ.)⁸, l’esecuzione in forma specifica giustifica la surroga forzata dell’originaria obbligazione di

⁶Cfr. la lettura sistematica di ZOPPINI, *L’effettività*, cit., 681 s. e il percorso della ricerca di DE BELVIS, *L’esecuzione*, cit., 243 ss.; ma v. già, per la inclusione del patto marciano nel sistema delle tutele autosatisfattive, PIRAINO, *L’inadempimento*, cit., 196 ss.

⁷Cfr. la recente ripresa del tema di S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2020, 58 ss. La dottrina prevalente è concorde nel ritenere l’esecuzione in forma specifica estranea all’attuazione della responsabilità patrimoniale, per ragioni strutturali (l’esecuzione in forma specifica realizza in modo diretto la pretesa), confermate dal dato letterale dell’art. 2740 cod. civ. (che si riferisce a tutti i beni del debitore) che di quello dell’art. 607 cod. proc. civ. che disciplina i rapporti tra procedure esecutive dando prevalenza a quella di espropriazione nell’ambito della quale, tramite l’opposizione, può essere fatto valere il diritto sulla cosa: v. ad es. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 19, t. I, UTET, 1997, 493; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Sacco*, UTET, 2011, 20; ROJAS ELGUETA, *op. cit.*, 19 s.; G. MARCHETTI, *op. cit.*, 45 ss. *Contra R. NICOLÒ, Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, II ed., 1960, 5 ss., il quale ritiene che esecuzione in forma specifica e per espropriazione siano diversi “atteggiamenti” di un fenomeno comunque unitario; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II ed., Giuffrè, 2011, 16.

⁸Al riguardo va precisato altresì che, a dispetto della collocazione nella topografia del codice, la dottrina dominante annovera l’art. 2932 cod. civ. fra le tutele costitutive (v. ad es. V. DENTI, *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, 1953, 42 ss.). Di diverso avviso, sottolineando il fatto che si tratta in ogni caso dell’attuazione forzata di una pretesa insoddisfatta, senza che alla base vi sia un diritto potestativo di natura sostanziale: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 86 ss.; ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 171. Ritiene che il corretto inquadramento della questione riposi nella distinzione tra forme e tecniche di tutela: MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 686 ss., il quale ravvisa nella disposizione in esame “il connubio di attuazione in natura e di esecuzione forzata nell’inedita forma di una tutela sostanziale di attuazione in natura dell’obbligazione erogata tramite una pronuncia costitutiva” e così esclude che sia possibile ascrivere questa tecnica di tutela all’esecuzione forzata, trattandosi piuttosto di rimedio sostanziale volto all’attuazione in forma specifica del diritto di credito.

JUS CIVILE



fare o non fare, soddisfatta da altri a spese dell'obbligato (artt. 2931, 2933 e artt. 612 ss. cod. proc. civ.), determinando quel che solo in apparenza può sembrare una conversione in pecuniaria dell'obbligazione originaria da attuarsi forzatamente⁹. Non è, pertanto, arbitrario focalizzare l'attenzione sulle regole relative all'esecuzione forzata per espropriazione, ossia sullo strumento di attuazione coattiva delle obbligazioni pecuniarie, senza che rilevi distinguere le obbligazioni originariamente tali da quelle risarcitorie nelle quali, in ipotesi di impossibilità imputabile dell'adempimento *ex art.* 1218 cod. civ., evolve (ovvero che sostituiscono) l'obbligazione¹⁰.

La struttura del rapporto obbligatorio e le modalità di realizzazione coattiva dello stesso impongono di considerare almeno *due* piani di possibile rilevanza di questi patti, che risultano a loro volta intrecciati (v. *infra*): la responsabilità patrimoniale e l'esecuzione forzata. Per contro, è da escludere che rilevi in sé l'analisi del debito, inteso quale dovere di prestazione che connota la posizione del debitore nella fase antecedente (a quella eventuale di) l'attuazione coattiva: tale situazione è caratterizzata dalla spontaneità del comportamento che il debitore è tenuto a eseguire e, pertanto, non ha legami con la fase coercitiva che può conseguire all'inadempimento¹¹. Parimenti, non attengono

⁹Cfr., ad es., C. CONSOLO, *Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, V ed., Cedam, 2006, 389; MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 596 ss. (in particolare, sulle spese, pag. 608 ss.).

¹⁰Nel primo senso: L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, Enc. dir., XXXIX, Giuffrè, 1988, 1072 s.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, IV ed., Giappichelli, 2020, 352 s.; nel secondo M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Muglia, 1945, 168 s.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., Giuffrè, 2012, 121 s.

¹¹Si potrebbero considerare alla stregua di strumenti di peculiare conformazione del rapporto obbligatorio i patti che realizzano meccanismi autosatisfattivi (c.d. autotutela esecutiva) del diritto di credito (es. alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento; alienazione risolutivamente condizionata all'adempimento; mandato *in rem propriam* a vendere), i quali devono fare i conti, per un verso, con il generale divieto di trasferimenti commissori (art. 2744 cod. civ.), che l'opinione consolidata di dottrina e giurisprudenza considera alla stregua di norma materiale applicabile oltre il confine delle garanzie reali (V., per tutti, PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis*, 42 s.; contra DE BELVIS, *L'esecuzione*, cit., 212 ss.) e, per l'altro, con la recente introduzione, nello specifico contesto bancario, di alcune ipotesi – che potrebbero ritenersi eccezionali rispetto al generale divieto – di autotutela esecutiva (cfr. i già menzionati nuovi “meccanismi marciani”): al creditore è rimessa la facoltà di soddisfarsi (ottenendolo in pagamento ovvero alienandolo sul mercato) su un determinato bene del debitore (oggetto di garanzia reale o di altra struttura giuridica che determina la prelazione sugli altri creditori), con il conseguente dovere di restituire al creditore l'eccedenza di valore rispetto all'obbligazione inadempita (con necessità pertanto di una stima indipendente effettuata al momento dell'inadempimento). Se letti come interventi eccezionali, lo spazio per un patto marciano di diritto comune con riferimento al quale non opera il divieto di patto commissorio non ci sarebbe (Contra DE BELVIS, *op. cit.*, 235 ss., la quale inquadra le forme di tutela autosatisfattiva del credito bancario in un più ampio orizzonte, essenzialmente di carattere sistematico-ricostruttivo, teso ad ammettere una figura generale di esecuzione privatizzata, ossia svolta in forme non giurisdizionali. Va osservato che l'A. non ritiene che tali forme di autotutela esecutiva siano sostitutive delle procedure giurisdizionali, bensì alternative ad esse).



JUS CIVILE

propriamente ai profili di attuazione coattiva¹², costituendone il presupposto, le azioni di condanna all'adempimento¹³ o al risarcimento del danno. In altri termini, se ci si limita a osservare la fisiologia del rapporto obbligatorio, ovvero la responsabilità (personale) per inadempimento¹⁴, si deve concludere che l'intervento dell'autonomia contrattuale non penetra l'area dell'esecuzione coattiva, riferendosi quest'ultima solo alla facoltà del creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore in assenza di una cooperazione da parte di quest'ultimo.

La dottrina è da tempo concorde, seppure con diversi accenti, nel considerare la responsabilità patrimoniale del debitore – quale soggezione dell'intero patrimonio del debitore al diritto del creditore insoddisfatto di rifarsi su esso – un istituto di diritto sostanziale, autonomo rispetto al diritto di credito¹⁵. Sono, in altri termini, superate le teorie che, ispirate dalla dottrina tedesca, includevano la responsabilità nel rapporto obbligatorio¹⁶. Parimenti, è ormai scarso il seguito della contrapposta ricostruzione carneluttiana

¹² V. ad es. G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di F. Delfini-G. Gitti-D. Maffeis (con la collaborazione di C. Ferrari-An. Dalmartello), Giuffrè, I, 2015, 91, il quale opportunamente distingue il piano dell'azione di condanna da quello dell'attuazione coattiva, rimarcando che a un'azione di adempimento di un debito pecuniero segue in ogni caso l'esecuzione per espropriazione, con ciò dimostrando la distinzione tra il piano dell'azione di condanna all'adempimento e l'attuazione coattiva dello stesso.

¹³ Non rileva sotto questo specifico profilo la dibattuta questione relativa alla natura (e alla stessa ammissibilità) della domanda di adempimento in natura, considerata ormai dalla prevalente dottrina un rimedio autonomo (cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 346 ss.) benché si registrino autorevoli dissensi che propendono per una qualificazione in termini risarcitorii (C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 922 ss.)

¹⁴ La dottrina riconosce un nesso teleologico, ma anche una netta distinzione tra responsabilità per inadempimento e responsabilità patrimoniale: la prima è, per così dire, uno “stadio preparatorio” della seconda (così GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 160 ss., in part. 164), che potrebbe non avversi alla luce del comportamento spontaneo del debitore con l'adempimento in natura ovvero con la riparazione risarcitoria del danno conseguente alla sentenza di condanna.

¹⁵ A partire da NICOLÒ, *Tutela*, cit., 4. Cfr., inoltre, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 20; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1991, 63; F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, 67.

¹⁶ Per un quadro dell'opinione dominante: v. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 24 s.; ROPPO, *La responsabilità*, cit., 488. Cfr., per un ripensamento critico dei rapporti tra debito e patrimonio, sia pure con impostazioni e esiti non coincidenti: A. DI MAIO, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, 2019, 7 ss.; S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1084 ss.; PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 177 s.; V. CONFORTINI, *Clausola non-recourse*, in *Clausole negoziali*, II, a cura di M. Confortini, UTET, 2019, 1106. Si v. inoltre il recente ripensamento critico di L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 315 ss., il quale distingue in modo netto la prospettiva della responsabilità patrimoniale da quella del concorso dei creditori sui beni del debitore.



JUS CIVILE

che riconduce al diritto processuale la responsabilità patrimoniale, in ragione di una supposta coincidenza tra responsabilità ed esecuzione forzata. In senso contrario, è stato correttamente messo in evidenza che il codice civile disciplina la responsabilità patrimoniale come situazione strumentale, come “cinghia di trasmissione” fra il diritto di credito e la sua attuazione coattiva: vale a dire, quale elemento esterno al rapporto obbligatorio, ma collegato ad esso poiché necessario per fare sì che tale rapporto abbia rilevanza giuridica (: una pretesa non coercibile non costituirebbe un’obbligazione)¹⁷. Inoltre, la tesi processualistica non tiene conto che il sistema dell’art. 2740 cod. civ. articola la tutela del credito su più livelli, non limitandosi a operare quale risposta dell’ordinamento alla fase patologica dell’inadempimento. La responsabilità patrimoniale non consiste solo nella soggezione dei beni del debitore all’esecuzione forzata promossa dal creditore, ma – quale garanzia patrimoniale¹⁸ – anche nella soggezione del medesimo patrimonio alle azioni volte a tutelare le ragioni di credito in via preventiva (es. surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo), qualora si manifesti il rischio dell’infruttuosità dell’escusione coattiva del patrimonio del debitore.

Distinto dal piano della responsabilità, seppure ad esso strettamente connesso dal punto di vista materiale e funzionale, vi è quello dell’esecuzione forzata, fondamentalmente coincidente – nella prospettiva qui adottata – col procedimento giudiziale di esecuzione forzata per espropriazione, connotato da una certa astrazione rispetto al rapporto obbligatorio, richiedendo quale requisito sufficiente e necessario il solo titolo esecutivo (ossia il provvedimento giudiziale di condanna ovvero i titoli stragiudiziali espressamente previsti dall’art. 474 cod. proc. civ., i quali non necessariamente garantiscono analoga certezza della sussistenza del credito)¹⁹.

Si tratta di ambiti, nell’impostazione tradizionale, estranei all’intervento dell’autono-

¹⁷ Cfr., NICOLÒ, *Tutela*, cit., 9, l’insegnamento del quale non è più discusso in dottrina: v. ad es. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 68; ROPPO, *La responsabilità*, cit., 486 ss.; e, di recente, ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 3; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 41 s. V. però NIVARRA, *Sovraindebitamento*, cit., 316 e 324 ss., il quale include la responsabilità patrimoniale nel “titolo attributivo di utilità” corrispondente al diritto di credito e, di conseguenza, ritiene “irricevibile”, poiché contraddittoria, la pur autorevole opinione che separa la responsabilità dall’obbligazione: considerazioni che tengono conto sia della prospettiva oggettiva che di quella personalistica della teoria dell’obbligazione.

¹⁸ Dal punto di vista terminologico i due profili di rilevanza della responsabilità patrimoniale, antecedente e successivo all’inadempimento, sono tradizionalmente indicati con due locuzioni differenti: garanzia patrimoniale e responsabilità patrimoniale (cfr. A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell’imprenditore*, Cedam, 2001, 41 s.)

¹⁹ Cfr. ad es. B. CAPPONI, sub art. 474, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Comoglio-C. Consolo-B. Sassani-R. Vaccarella, VI, UTET, 2013, 24 ss.



JUS CIVILE

mia privata. Si ritiene che l'esecuzione forzata per espropriazione non possa essere modificata dalle parti in quanto procedura giurisdizionale di carattere pubblicistico, controllata da un giudice togato²⁰. Di conseguenza, l'intervento dell'autonomia delle parti sarebbe ammissibile solo in caso di un'espressa autorizzazione legislativa²¹. Ciò è funzionale, non solo alla tutela dell'interesse delle parti a un imparziale svolgersi della funzione giurisdizionale, ma anche a quello più complessivo del sistema all'efficienza della giustizia e al giusto processo.

Il processo esecutivo ha ad oggetto l'aggressione del patrimonio del debitore. L'oggetto di tale aggressione si ricava anzitutto dall'art. 2740 cod. civ. che include nella responsabilità patrimoniale del debitore tutti i suoi beni, consentendo a(gli organi della procedura esecutiva su istanza de)l creditore di aggredire non solo i beni presenti nel patrimonio²² al momento in cui sorge l'obbligazione (o si verifica l'inadempimento), ma anche quelli che ne entrano a far parte successivamente. Tale soggezione del patrimonio del debitore all'iniziativa potestativa del creditore viene considerata, da una linea di pensiero ormai sempre più diffusa²³, di natura sostanziale, e, come tale estranea alla dinamica processuale, che, viceversa si innesta su di essa, presupponendola. Oltre all'azione esecutiva, nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio il patrimonio del debitore è soggetto all'azione surrogatoria, all'azione revocatoria e alle eventuali iniziative cautelari, come il sequestro conservativo. In tale contesto si inserisce il secondo comma dell'art. 2740 cod. civ., che stabilisce un principio di tipicità legale delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale. Tipicità collegata, nella lettura tradizionale a ragioni di ordine pubblico, sia pure identificate in modo piuttosto generico, quali la tutela del credito e dell'economia nazionale²⁴.

²⁰ Sulla natura giurisdizionale dell'esecuzione forzata: v. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 54 s.; R. CAPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, VI ed., Giappichelli, 2020, 28.

²¹ Un incisivo quadro dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale e dei conseguenti spazi riservati all'autonomia privata si legge in S. PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 10 ss.

²² Non vi è tuttavia una perfetta coincidenza tra titolo di proprietà dei beni e loro soggezione alla procedura esecutiva, tanto che la migliore dottrina processualistica preferisce parlare di "disponibilità" del bene mobile e, più in generale, di "pertinenza": G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Giuffrè, 1961, 246 ss. e 367 ss.

²³ Cfr. ancora il fondamentale NICOLÒ, *Tutela*, cit., 4.

²⁴ Così BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 6 e 130 ss., richiamando le sentenze della Consulta che hanno reputato incostituzionali alcuni limiti alla pignorabilità previsti dalla legge. L'A. giustifica l'illiceità dei patti di limitazione della responsabilità con ragioni di ordine pubblico riconducibili al principio di conservazione di un'adeguata garanzia generica. Cfr. inoltre ROPPO, *La responsabilità*, cit., 511.



JUS CIVILE

Gli spazi per l'autonomia privata, al di fuori dei meccanismi (alternativi alle procedure di espropriazione) autosatisfattivi, sembrano dunque preclusi²⁵. È tuttavia significativo che i più recenti contributi di taglio monografico siano tornati sul tema, testimoniando un complessivo sforzo del formante dottrinale di ricavare spazi di libertà in un settore che, come si è accennato, è caratterizzato da un monopolio quasi assoluto dell'autorità²⁶.

3. – Poiché da un punto di vista metodologico è più corretto impostare il ragionamento prendendo le mosse da fattispecie concrete piuttosto che da categorie astratte, è opportuno scendere più in dettaglio e catalogare le ipotesi problematiche, al fine di verificare se, con riferimento a ciascuna di esse, l'ordinamento rifiuti aperture al riconoscimento di spazi di libertà dei privati.

L'autonomia privata può incidere sull'attuazione coattiva del credito con diverse curvature: per un verso, l'autonomia può svolgere una funzione *sostitutiva* della procedura esecutiva: a questa categoria appartengono, all'estremo, il patto con il quale si esclude del tutto l'esecuzione forzata, del quale tuttavia le parti possono modellare una versione limitata nel tempo o nell'oggetto. L'esercizio dell'autonomia non può essere soltanto sostitutivo, ma *integrativo* o *modificativo* delle regole relative all'esecuzione forzata. Così, si possono immaginare patti che restringono l'area dell'impignorabilità, così come accordi che, viceversa, la estendono (determinando l'impignorabilità di alcuni beni o, al contrario, ammettendo la pignorabilità soltanto di alcuni beni). Infine, a questa categoria appartengono i negozi relativi all'ordine di pignorabilità dei beni del debitore.

Non è possibile in questa sede esaminare *funditus* tutte le ipotesi elencate. Benché ciò sconti un inevitabile margine di arbitrarietà, pare possibile escludere dall'indagine, anzitutto, il *pactum de non exequendo*: una sottospecie del *pactum de non petendo*²⁷, che opera sul piano, sostanziale, dell'esigibilità del credito, modificandolo e riducendolo²⁸,

²⁵ In questo senso, insiste per l'ammissibilità di patti che consentano al creditore di evitare le procedure esecutive, ritenendo vietati patti che ne modifichino la dinamica sul presupposto dell'indisponibilità della disciplina processuale: DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 243 ss.

²⁶ In ordine cronologico, a partire da SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 43ss; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 173 ss.; FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 80 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 237 ss.; DE BELVIS, *L'esecuzione*, cit., 227 s. e, da ultimo, A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Giappichelli, 2020, 269 ss.

²⁷ Al riguardo, v. M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Giuffrè, 2000, 162 s.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, ESI, 2004, 34 ss.

²⁸ V., per tutti, ORLANDI, *Pactum*, cit., 134 ss. La modifica del rapporto obbligatorio che interviene in



JUS CIVILE

con segnato riferimento al potere, certamente disponibile, d'impulso del processo esecutivo. La giurisprudenza e la dottrina unanime lo ritengono valido, purché non determini uno svuotamento delle prerogative del creditore (arg. *ex art. 1355 cod. civ.*) e della situazione debitoria: a condizione cioè che esso sia limitato nel tempo²⁹ e, secondo la giurisprudenza, successivo alla formazione della cosa giudicata³⁰. Parimenti, gli accordi che individuano alternative autosatisfattive per il creditore si pongono solo in apparente contrasto vuoi con la disciplina processuale dell'esecuzione forzata, vuoi con il corrispondente sostanziale della responsabilità patrimoniale. Come dimostrato dalle previsioni tipiche dell'anticresi, della cessione dei beni ai creditori, ma anche dei meccanismi di realizzazione del diritto di pegno (regolare e irregolare) e dei congegni autosatisfattivi previsti dalla disciplina bancaria, non è escluso che l'autonomia privata possa, a determinate condizioni, realizzare simili strutture negoziali alternative alle procedure esecutive³¹.

Le suggestioni provenienti dal diritto tedesco suggeriscono di svolgere qualche riflessione sugli accordi relativi alla pignorabilità dei beni, che costituiscono il corrispondente interno dei *Vollstreckungsvereinbarungen*.

4. – Il quesito circa la sussistenza di forme di autonomia in relazione al pignoramento potrebbe risultare addirittura mal posto. Il pignoramento è l'atto dell'ufficiale giudiziario che, su iniziativa del creditore, assoggetta i beni del debitore a un vincolo di indisponibilità.

forza del *pactum* implica che il debitore possa eccepire, mediante opposizione all'esecuzione, l'eventuale inadempimento del medesimo: FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 40 s. e 61 ss.; e, già, SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 41 ss. Ritiene, sulla scia del dibattito tedesco, che il *pactum* abbia natura processuale: R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, supplemento al n. 3, 109.

²⁹ FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 46 ss. (in part. 56); MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 228. In giurisprudenza, v. Cass., ss.uu., 20 maggio 1952, n. 1457, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1952, III, 261 ss.; Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, in *Foro it.*, 1992, c. 1845; Trib. Cremona, 9 novembre 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 815 ss.; Trib. Milano, 27 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 945.

³⁰ V. Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, cit. c. 1854, la quale, tuttavia, ammette il patto antecedente alla sentenza che abbia ad oggetto l'esecutorietà provvisoria della sentenza di condanna. V., però, le osservazioni critiche di FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 66 ss. (e in part. 74).

³¹ In questo senso DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 243 ss., la quale ritiene possibile distinguere tra strumenti di attuazione coattiva del diritto reale di garanzia (che possono essere incisi dall'autonomia privata solo se espressamente previsto: v. ad es. artt. 2796 e ss. cod. civ.) e di realizzazione coattiva del credito (che possono essere affiancati da strutture alternative di fonte autonoma); e già C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957, 191. Ritiene che il patto marciano costituisca uno strumento dell'autonomia privata per consentire l'esecuzione di un credito inadempito in via di autotutela: PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 203 ss.



JUS CIVILE

lità, prodromico alla vendita forzata e alla successiva soddisfazione del creditore sul ricavato. Trattandosi di un atto di un organo dell'esecuzione³² che costituisce l'avvio del procedimento e, pertanto, il fulcro delle forme e dei modi di svolgimento della tutela giurisdizionale esecutiva, se ne potrebbe facilmente ricavare che è semplicemente errato interrogarsi sugli spazi di autonomia delle parti del rapporto obbligatorio in questo contesto³³.

Seguendo questa indicazione, si potrebbe ricavare una sicura invalidità dei patti di riduzione dell'area di impignorabilità³⁴: le classi di beni che non possono essere pignorate e, pertanto, sottoposte al procedimento di espropriazione sono individuate dalla legge e, se si considerano le ipotesi di impignorabilità (assoluta o relativa) di beni mobili³⁵ (artt. 514 e 515 cod. proc. civ.), ne conseguirebbe una piena indisponibilità connessa alla salvaguardia del valore costituzionale della dignità del debitore e del suo lavoro³⁶. Tuttavia, dubbi sulla correttezza di un approccio così *tranchant* emergono, se si tiene conto del fatto che la dottrina processualistica prevalente e la giurisprudenza escludono la natura imperativa di queste norme, individuandone la ratio nella protezione del debitore, con la conseguenza che spetta soltanto a quest'ultimo farle valere mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615, comma 2, cod. proc. civ.*³⁷. Sebbene si tratti di una questione probabilmente scolastica – basti considerare lo scarso rilievo pratico del contenuto degli elenchi di cui agli artt. 514 e 515 cod. proc. civ. – ci si dovrebbe chiedere se, esclusa l'imperatività di questi elenchi, alla facoltà del debitore di non opporsi all'esecuzione deducendo l'impignorabilità di un bene possa corrispondere anche la prerogativa sostanziale di esercitare *ex ante* tale facoltà, intervenendo sul contenuto degli elenchi mediante un atto di autonomia.

³² CAPONI, *Manuale*, cit., 79 s.

³³ DE BELVIS, *Esecuzione*, cit., 262.

³⁴ Autorevole dottrina processualistica critica la scelta terminologica e preferisce parlare di inesproprietà: A. BONSIGNORI, *Esecuzione forzata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, UTET, 1991, 584 s.

³⁵ In giurisprudenza, precisando che si tratta di un elenco che rientra nella insindacabile discrezionalità del legislatore: Corte cost., (ord.) 22.10.1990, n. 492, in *Giur. cost.*, 1990, 2873. Sui numerosi interventi del legislatore e della Consulta riguardo all'impignorabilità di salari, pensioni e altre indennità, v. C. PUNZI, *Limits alla pignorabilità e oggetto della responsabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1282 ss; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 35 ss.

³⁶ In questo senso, A.C. SAITTA, *Rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1359 ss.

³⁷ V. ad es. CAPONI, *Manuale*, cit., 212; VENTURA, sub *art. 514*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, VI, UTET Giuridica, 2013, 566 ss. In giurisprudenza, v. ad es. Cass., 8 luglio 1978, n. 3432; Cass., 24 marzo 1979, n. 1709, in *Giust. civ.*, 1979, I, 579 ss.



JUS CIVILE

L'indagine non può essere impostata in modo analogo nell'ipotesi inversa degli accordi diretti ad espandere l'area dell'impignorabilità o a intervenire sull'ordine di aggressione dei beni nella procedura esecutiva. Occorre distinguere almeno tre tipologie di accordi: *a.* accordi di impignorabilità di specifici beni; *b.* accordi di pignorabilità limitata a specifici beni; *c.* accordi sull'ordine del pignoramento dei beni.

Ferma restando l'esigenza di un vaglio di meritevolezza di tali patti atipici³⁸, sembrano due i percorsi argomentativi da intrecciare per giustificare la liceità di tali patti. Anche in questo caso, il punto di partenza è la natura ambivalente del pignoramento, quale attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore realizzata su impulso del creditore, ma, nelle forme, attraverso il necessario intervento dell'ufficiale giudiziario. Sarebbe opportuno, tuttavia, verificare se, nel nvero delle norme processuali, sia possibile distinguere quelle che proteggono un interesse indisponibile, da quelle che invece governano interessi disponibili³⁹. L'idea che sussistano spazi di autonomia delle parti interni all'ordinamento processuale, pur prescindendo da specifiche previsioni di legge che espressamente autorizzino tali patti, è un percorso che una parte della scienza processualistica italiana ha autorevolmente intrapreso⁴⁰, attraverso il superamento della tradizionale inclusione nel diritto pubblico del diritto processuale civile, dalla quale discendeva il corollario dell'indisponibilità delle norme. Per contro, va rimarcato come non sia affatto scontato individuare indici di disponibilità della disciplina processuale, giacché tale caratteristica non può semplicisticamente discendere dalla disponibilità dell'accesso alla tutela⁴¹. Non si deve, in altri termini, trascurare che il monopolio pubblistico sull'attività processuale risponde a esigenze di efficienza e celerità dell'attività, che discendono dal principio del giusto processo, come tali certamente indisponibili.

Considerato che le difficoltà tratteggiate sono riconducibili alla scelta del piano pro-

³⁸ Della necessità di ravvisare una “qualche giustificazione” parla MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 218. Sul vaglio di meritevolezza: v. di recente e per ulteriori riferimenti: G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 615 ss.; M. PENNASILICO, *Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, 823 ss.; A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *NGCC*, I, 1205 ss.

³⁹ Preferisce distinguere tra componente sostanziale e processuale della tutela esecutiva: FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 32.

⁴⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, R. CAPONI, *Autonomia privata*, cit., 100 ss. (in part. 107 ss.); A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 49 ss.; PATTI, *Diritto civile*, cit., 13 ss.

⁴¹ Così, invece, FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 32, il quale pure precisa che alcune regole dell'esecuzione forzata hanno portata sostanziale; *contra* CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 51, il quale rimarca che non è logicamente corretto trarre dalla disponibilità della tutela processuale, la derogabilità delle sue forme.

JUS CIVILE



cessuale quale itinerario privilegiato dell'indagine (che costituisce il percorso intrapreso dalla dottrina tedesca dei *Vollstreckungsvereinbarungen*)⁴², la dottrina civilistica italiana si è impegnata nella ricerca di alternative.

Valorizzata la natura sostanziale della regola della responsabilità patrimoniale del debitore, si è sostenuto che la tipicità legale delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, prevista dall'art. 2740, comma 2, cod. civ., riguardi solo quelle in grado di riflettersi sulle prospettive di soddisfazione degli altri creditori⁴³. In altri termini, all'autonomia privata sarebbe precluso di costituire garanzie reali atipiche o individuare ipotesi di separazione patrimoniale, al di fuori di quelle espressamente ammesse dalla legge. Viceversa, il debitore con ciascun creditore sarebbe libero di negoziare accordi relativi all'oggetto della responsabilità patrimoniale, con effetti solo *inter partes*⁴⁴. Punto di approdo che dischiude due differenti esiti applicativi: *a)* da un lato, vi è chi considera la limitazione dell'oggetto della responsabilità patrimoniale con effetti *inter partes*, alla stregua di un'obbligazione negativa e pertanto all'eventuale inadempimento di essa potrebbe conseguire solo un eventuale risarcimento del danno⁴⁵. *b)* Dall'altro, vi è chi rimarca la necessità di considerare la responsabilità patrimoniale alla stregua di un rapporto giuridico di diritto sostanziale, autonomo (seppur collegato) a quello obbligatorio, e, pertanto, reputa il patto una restrizione dell'oggetto di tale rapporto, che, come tale, può essere fatta valere mediante l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cod. proc. civ.*⁴⁶

⁴² V. GÖSSL, *Parteiautonomie in der Zwangsvollstreckung*, cit., la dottrina ivi citata. L'opzione ricostruttiva della dottrina tedesca si giustifica in ragione dell'assenza nel BGB di una norma analoga all'art. 2740 cod. civ. (sul punto v. PATTI, *Diritto civile*, cit., 12).

⁴³ Cfr. in particolare, ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 179; e, in modo sostanzialmente coincidente, MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 252.

⁴⁴ Si tratta di un'intuizione già presente in D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il peggio*, in *Tratt.* Vassalli, UTET, 1952, 11 s., il quale, tuttavia, si limita a riconoscere efficacia obbligatoria a tali patti che danno luogo a un'obbligazione negativa (ritiene di "scarsa consistenza" gli argomenti di Rubino: ROPPO, *La responsabilità*, cit., 511); e, seppure affermata incidentalmente, in P. SPADA, *La tipicità delle società*, Cedam, 1974, 56 s. Essa è di recente sviluppata, sia pure con impostazione non coincidente, da ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 173 ss. e G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 cod. civ.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 96 ss.; ID, *La responsabilità*, cit., 43 ss. Aderiscono successivamente FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., 80 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 237 ss. Cfr. anche A. PURPURA, *Autonomia privata*, cit. 269 ss.

⁴⁵ Cfr. RUBINO, *op. loc. cit.*; SPADA, *op. loc. cit.*; SICCHIERO, *I patti*, cit., 104 ss., pur ricostruendo il patto quale costitutivo un'obbligazione negativa, ritiene che essa possa giustificare l'*exceptio pacti*, da far valere nell'opposizione all'esecuzione, ritenendo quest'ultimo il mezzo tipico per far valere in forma specifica l'obbligo negativo.

⁴⁶ Così sul presupposto che la limitazione costituisca una modulazione dell'oggetto del rapporto postestativo di responsabilità patrimoniale: ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 185 ss.; seguito da MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 368.



JUS CIVILE

Le ipotesi appena illustrate muovono da una condivisibile ricostruzione del dato funzionale presupposto dalla disciplina sostanziale e costituiscono un importante stimolo per ripensare i tradizionali dogmi che hanno a lungo caratterizzato il dibattito sulla responsabilità patrimoniale. Cionondimeno, esse sollevano alcuni profili critici dei quali bisognerebbe farsi carico, onde identificare una convincente dimostrazione della correttezza delle soluzioni applicative proposte, le quali – va rimarcato – contrastano con un dato normativo non equivoco (art. 2740, comma 2, cod. civ.), rispetto al quale opportunamente è stata richiamata la tecnica interpretativa della riduzione teleologica⁴⁷, la quale, per non sconfinare in un arbitrio ermeneutico, richiede di escludere ogni possibile indicazione sistematica o funzionale di segno contrario.

Come anticipato, la limitazione *inter partes* degli effetti della responsabilità patrimoniale non pare possa eludere il confronto con il dato che emerge anche dalla disciplina processuale (impregiudicata la natura materiale o processuale delle norme ivi contenute). In particolare, pare concettualistico giustificare la deroga pattizia alla generalità della responsabilità patrimoniale, invocando la sola appartenenza al diritto sostanziale del “rapporto” di responsabilità patrimoniale. Conclusione che, tuttavia, stride con il fatto che tale rapporto si compone di un fascio di prerogative del creditore (diritti potestativi), tutte a necessario esercizio giudiziale (azione esecutiva, revocatoria, surrogatoria, sequestro conservativo)⁴⁸. A ciò si aggiunga che l'unica prerogativa invocata di natura sostanziale (decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 cod. civ.*) ha un collegamento labile con la responsabilità patrimoniale del debitore, dalla quale ricava i presupposti applicativi (l'insolvenza), ma non gli effetti che ricadono in pieno sulla dinamica del rapporto obbligatorio⁴⁹.

⁴⁷ MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 273 ss.

⁴⁸ La dottrina processualistica nega che sia “configurabile una sorta di diritto o potere del creditore di aggredire i beni del suo debitore, né direttamente né indirettamente, per mezzo degli organi esecutivi, i quali procedono all'espropriazione forzata, in presenza dei dovuti presupposti processuali, in virtù del solo potere esecutivo che la legge riconosce in capo allo Stato”: così M. BOVE, sub *art. 2910*, in *Commentario GABRIELLI, Della tutela dei diritti. Artt. 2907-2969*, a cura di G. Bonilini-A. Chizzini, Utet Giuridica, 2016, 189 e 203, il quale rimarca altresì che l'azione esecutiva è situazione soggettiva processuale, esterna al credito. Il medesimo A. riconosce, tuttavia, che l'*art. 2910 cod. civ.* pone un “principio di carattere sostanziale”, precisando che l'effetto estintivo del credito, conseguente all'espropriazione forzata si può dare solo a condizione che esso consegua alla liquidazione di “beni responsabili per quel credito”. Tale precisazione si riferisce, però, all'eventuale aggressione di beni che non fanno parte del patrimonio dell'esecutato e non agli effetti di patti limitativi della responsabilità patrimoniale. Cfr. inoltre BONSIGNORI, *Esecuzione*, cit., 572.

⁴⁹ V. però BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 80, il quale ritiene che la decadenza dal beneficio del termine sia un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale. Considerazione condivisibile



JUS CIVILE

Viceversa, al di là della incerta natura delle norme e degli istituti (e della inevitabile arbitrarietà del discorso che si arresti a tale profilo), non sembra improprio rimarcare che sia proprio il dato positivo a imporre un confronto non scontato con la disciplina processuale, là dove l'art. 2910 cod. civ., nel precisare il contenuto della responsabilità patrimoniale⁵⁰, afferma che “il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole del codice di procedura civile”. Benché sia corretto, per un verso, distinguere concettualmente la responsabilità patrimoniale dall'esecuzione forzata, è, per l'altro, arduo negare che la responsabilità si concreti, operativamente, nell'espropriazione, quale tutela strumentale del credito, che richiede un necessario intervento giudiziale, tale da richiedere un confronto con il sistema di diritto processuale.

Appare pertanto forzato escludere che i patti di limitazione della responsabilità con effetti *inter partes* siano, almeno nella prospettiva effettuale, patti di impignorabilità dei beni. Ciò anche perché la distinzione tra le due ipotesi risiederebbe essenzialmente in una rinuncia preventiva del creditore a esercitare le azioni che costituiscono i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, la disponibilità dei quali andrebbe analiticamente dimostrata con riferimento ai presupposti di ciascuno di essi⁵¹.

Un'ulteriore difficoltà che incontrano i patti di impignorabilità si ricava dalla struttura del procedimento di espropriazione mobiliare, nel quale l'ufficiale giudiziario conserva la facoltà di individuare i beni pignorabili, senza possibilità per debitore e creditore di incidere sulle scelte dell'ufficiale⁵². In questa prospettiva, ci si dovrebbe chiedere se il patto di limitazione della responsabilità, non debba avere un'estensione coincidente con l'intero patrimonio mobiliare del debitore e se esso debba risultare dal titolo esecutivo, oltre che da atto avente data certa (art. 2914 cod. civ.).

solo a condizione che la nozione civilistica di insolvenza non coincida con il dissesto patrimoniale del debitore (così, ad es., Cass., 14 maggio 2008, n. 12126): un quadro della nozione di insolvenza in D. SEMEGHINI, *Il presupposto oggettivo*, in A. DALMARTELLO-R. SACCHI-D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, in *Nuova Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa et al., vol. 1, UTET giuridica, 2016, 189 ss.

⁵⁰ Cfr. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 289 s. L'art. 2910 cod. civ. costituisce il raccordo tra disciplina sostanziale e attività esecutiva, relativamente alla quale la disposizione rinvia integralmente alla disciplina del codice di procedura civile: v. BOVE, sub art. 2910, cit., 187 ss.; BONSIGNORE, *Esecuzione*, cit., 584 s.

⁵¹ Ad esempio, se certamente è da escludere che un patto del genere possa essere opposto al curatore (art. 165 c.c.i.) della procedura di liquidazione dei beni, bisognerebbe chiedersi se la previsione di tale facoltà nel codice della crisi sia idonea a incidere anche sulla validità del patto. In generale, sull'irrinunciabilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, sia pure nell'ambito di un'indagine tesa a valorizzare l'indisponibilità della responsabilità patrimoniale perché collegata a ragioni di ordine pubblico: BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 130.

⁵² Sottolinea questo aspetto anche BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 133.



JUS CIVILE

Delicato è, infine, individuare il rapporto tra la facoltà del debitore di far valere, mediante l'opposizione all'esecuzione (comma 2, art. 615 cod. proc. civ.), l'impignorabilità di un bene stabilita *inter partes*, e il valore di fondo dell'efficienza e speditezza dell'azione esecutiva⁵³. Da tale principio si potrebbe ricavare la tassatività delle ipotesi di impignorabilità ovvero una particolare severità del vaglio di meritevolezza di patti atipici. Superato un siffatto vaglio, i patti andrebbero comunque sottoposti all'ulteriore controllo derivante dai profili di indisponibilità ricavabili direttamente dalla fonte sostanziale del rapporto obbligatorio: ad esempio, è da chiedersi quale spazio possa essere individuato per valide limitazioni di pignorabilità nel contesto delle relazioni familiari ovvero nella contrattazione asimmetrica.

5. – Pur non trattandosi della sede adatta per individuare definitive soluzioni ai problemi impostati in precedenza, è possibile tratteggiare una prospettiva di indagine, suggerita dalla valorizzazione, in chiave sistematica, dell'introduzione di meccanismi marciani, disciplinati dal legislatore nel prestito vitalizio ipotecario *ex art. 11-quaterdecies*, comma 12-*quater*, d.l. n. 203/2005 (conv. l. n. 248/2005 e modificato da l. n. 44/2015) e nei mutui immobiliari ai consumatori *ex art. 120-quinquiesdecies t.u.b.*⁵⁴ Queste disposizioni non conferiscono al creditore soltanto le facoltà autosatisfattive, tipiche del patto marciano, bensì contengono tipizzazioni legislative della clausola di “pignorabilità limitata”, che, nel contesto di *common law*, viene usualmente definita “non recourse”⁵⁵. In questa prospettiva, le clausole in discorso – e, generalizzando, i patti di impignorabilità (ovvero di pignorabilità limitata) – potrebbero superare il vaglio di validità e meritevolezza, (rispondendo a obiettive esigenze funzionali) proprio nell'ambito degli strumenti di autotutela satisfattiva del credito⁵⁶ ovvero in quello, contiguo, delle garanzie reali. Si

⁵³ Non considerano questo profilo: ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 185 ss.; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 364 ss.

⁵⁴ Cfr. MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 317 ss., la quale, tuttavia, non ricava dalle disposizioni riconosciute indicazioni circa la meritevolezza della limitazione convenzionale della responsabilità (v. in senso diverso *infra* nel testo). Ammette una clausola simile nel finanziamento alle imprese *ex art. 48-bis t.u.b.*: D'AMICO, *La resistibile*, cit., 18 s.; la ritiene necessaria PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis*, cit., 65 ss.

⁵⁵ In questa direzione, cfr. V. CONFORTINI, *Clausola non-recourse*, in *Clausole negoziali*, II, a cura di M. Confortini, UTET giuridica, 2019, 1098 ss. Vengono sollevati dubbi sulla sussistenza di una preclusione all'esperimento dell'esecuzione forzata con riferimento alla disciplina del mutuo immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, t.u.b.): v. ad es. PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 176 s. e 190.

⁵⁶ Naturalmente, occorrerebbe indagare se tali meccanismi – e di conseguenza la clausola *non-recourse* – possano essere previsti anche al di fuori delle ipotesi tipizzate del legislatore e, in ogni caso, del credito



JUS CIVILE

tratta, del resto, dei contesti negoziali e socio-economici nei quali tali clausole sono diffuse nella prassi negoziale degli ordinamenti d'origine⁵⁷.

Nel procedere al vaglio di meritevolezza di questi patti, non bisogna trascurare un profilo sollevato da attenta dottrina: può infatti darsi che il patto di pignorabilità limitata generi una situazione di *moral hazard* del debitore, allorquando il valore del bene (o dei beni) pignorabili sia inferiore quello della prestazione dovuta. Con il che si potrebbe produrre un effetto non dissimile a quello vietato dall'art. 1229 cod. civ. per quanto concerne le clausole di esonero da responsabilità per inadempimento doloso o gravemente colposo⁵⁸. In altri termini, la limitazione dell'oggetto della responsabilità patrimoniale, in caso di cespiti *ex ante* incapiente, si potrebbe leggere alla stregua di una limitazione all'operare dei rimedi per l'inadempimento, con inevitabili conseguenze sulla (im)meritevolezza del patto. Laddove la sproporzione tra beni aggredibili e debito sia causata, nel corso del rapporto, dall'oscillazione imprevedibile dei valori di mercato, non sembra utile un simile controllo sull'atto di autonomia: in questi casi, il contenimento dei comportamenti opportunistici del debitore non potrà che essere rimesso all'operare della clausola generale di buona fede.

professionale: si v. al riguardo A.A. DOLMETTA, *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 812 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, ivi, 1414 ss. (e in part. 1421).

⁵⁷ Le clausole *non-recourse* sono diffuse nel mutuo ipotecario commerciale e ai consumatori in alcuni ordinamenti statali degli Stati Uniti: Cfr. ROJAS ELGUETA, *Autonomia*, cit., 194; MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., 297; CONFORTINI, *Clausola*, cit., 1094 ss.

⁵⁸ Cfr. CONFORTINI, *Clausola*, cit., 1103 ss.; pur distinguendo clausole limitative della responsabilità patrimoniale e clausole di esonero *ex art. 1229 cod. civ.* ravvisava un'"analogia" tra le due situazioni già NICOLÒ, *Tutela*, cit., 15; contra SICCHIERO, *La responsabilità*, cit., 41 s. Il problema non sussiste se si ritiene che la previsione di legge (o, nel caso di specie, la clausola) non impedisca l'espropriazione forzata: così PIRAINO, *L'inadempimento*, cit., 190.