



HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ED ÉRICO ANDRADE, ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL RUOLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA E DEGLI STRUMENTI DI "AUTOTUTELA ESECUTIVA" A PROPOSITO DEL LIBRO "AUTOTUTELA EXECUTIVA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL POSITIVADA" DI HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ED ÉRICO ANDRADE, EDITORA FORENSE LTDA, RIO DE JANEIRO, 2024, P. XI-159

ANDREA CAPRARA

Il tema (antico) degli strumenti idonei ad offrire garanzie dell'adempimento del diritto di credito torna nel (moderno) dibattito scientifico, dove ci si interroga, con sempre maggior frequenza, sugli arnesi giuridici idonei per un'adeguata e tempestiva reazione all'inadempimento del debitore. Prima di soffermarsi sul *testo* occorre però considerare il *contesto* in cui tale dibattito va collocato, sfruttando, in prima battuta, la prospettiva del diritto dell'impresa. Vi è, infatti, una chiara tendenza dell'ordinamento ad offrire all'impresa tutele tali da spostare sui creditori il rischio dell'esercizio dell'attività economica correttamente organizzata fintanto che non si profilino i segnali della crisi. È sufficiente ricordare, da un lato, il potenziamento degli strumenti di contenimento della responsabilità (dalla Srl con capitale in formazione o semplificata, alla disciplina delle piccole e medie imprese specie dopo la legge capitali del 2024, fino all'esdebitazione) e, dall'altro, la cornice che delimita l'area sempre più estesa dell'insindacabilità delle scelte gestionali che, per una diffusa giurisprudenza teorica e pratica, riguarderebbe anche le scelte organizzative non riconducibili quindi alla gestione in senso stretto.

A questa tendenza, che favorisce il debitore, fa da contraltare l'elaborazione di forme di garanzia (anche atipiche) per il creditore che consentano, in concreto, di realizzare in tempi e con costi adeguati il suo interesse.

In questa prospettiva la forza dell'autonomia privata ha piegato le disposizioni di fonte legale per dar luogo a modelli normativi idonei, ad esempio, a consentire la circolazione del bene dato in garanzia (si pensi al pegno rotativo) o che meglio rispondano alle esigenze del mercato (come il contratto autonomo di garanzia). In tal modo la prassi contrattuale realizza la funzione, che le è propria, di modulazione degli interessi contrapposti, con la costruzione di equilibri condivisi e in continua evoluzione. In questo contesto, si collocano altresì le riflessioni sul patto commissorio e, soprattutto, sul patto marciano inteso come limite all'autonomia privata nella creazione di garanzie atipiche per favorire non solo l'adempimento del diritto di credito, ma anche il ricorso a strumenti idonei ad offrire una soluzione liquida che non imponga l'intervento del giudice.

Il tema, che si colloca su un piano diverso e più ampio rispetto ai tentativi di ridurre il ricorso al giudice per soddisfare l'interesse creditori (v., ad esempio, il Disegno di legge n. 978 d'iniziativa della senatrice Stefani, comunicato alla Presidenza il 22 dicembre 2023, recate *Modifiche al codice di procedura civile in materia di procedimento sommario per l'effettiva realizzazione del credito*), attraversa le grandi categorie del diritto privato e, quindi, interessa i cultori di diverse discipline (dal diritto civile, al diritto commerciale, fino al diritto processuale civile). La portata generale e la rilevanza applicativa delle questioni sottese ai ricordati profili teorico-generalisti si presta quindi ad analisi comparate tra ordinamenti quali quelli eurocontinentali e quello brasiliano dove sono allo studio innovazioni legislative di rilievo sistematico e applicativo per rispondere in modo nuovo alle tradizionali esigenze di tutela quali sono la speditezza e la certezza nella realizzazione del diritto di credito. Nel frattempo, l'autonomia privata, occupando silenziosa le forme non riempite da norme imperative, si appropria di funzioni che si consideravano espressione del potere pubblico, quale l'esecuzione (giudiziale) sui beni del debitore.



Considerato che tali rilievi non sono confinati all'ordinamento italiano, ma hanno una portata generale, non stupisce che apprezzati giuristi brasiliani di diritto processuale civile, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, nella monografia *Autotutela executiva execução extrajudicial positivada*, edito da Editora Forense (Rio de Janeiro), nel 2024, si dedichino allo studio di questi istituti giuridici che, come gli stessi osservano, si collocano nella intersezione tra «*o direito privado e o direito processual, no que tange à instituição de mecanismos ou remédios negociais para atuação do direito obrigacional, permitindo que o credor realize diretamente a execução do seu crédito, sem passar pela execução forçada judicial*» (*op. cit.*, p. 1).

Nell'opera citata, gli Autori sviluppano la loro ricerca muovendo dal ruolo dell'autonomia privata, considerata nella sua funzione di strumento diretto non solo a regolare i diritti tra i soggetti di diritto, ma ad offrire, altresì, concrete prospettive di soddisfazione degli interessi senza necessariamente ricorrere all'autorità giudiziaria (capitolo 1). Nella trattazione diventa centrale il patto marciano che storicamente costituisce una derivazione (considerata lecita) del patto commissorio (reputato, invece, illegittimo e sanzionato con la nullità), alla cui analisi gli Autori si dedicano sul piano storico e comparato, prendendo in considerazione, in particolare, l'ordinamento francese e quello italiano (capitolo 2). Descritto il trattamento giuridico del patto commissorio e del patto marciano nell'ordinamento brasiliano (capitolo 3), l'attenzione si sposta sulla tutela del credito senza ricorrere all'autorità giudiziaria nella prospettiva comparata del diritto brasiliano e del diritto italiano (capitolo 4). L'analisi è funzionale a delineare i profili applicativi del patto commissorio e del patto marciano nel diritto brasiliano dove quest'ultimo non è espressamente previsto (capitolo 5).

Più nel dettaglio, nel primo capitolo, gli Autori muovono dalla constatazione che il diritto privato, nel corso del tempo, è stato percepito come libertà, ma anche, in una prospettiva funzionale, come strumento di oggettivizzazione della regolazione del rapporto giuridico. Infatti, si osserva con particolare enfasi, «*a autonomia negocial se coloca como perspectiva de as partes regularem, no ambiente contratual-obrigacional, as formas de garantia e de realização do crédito do credor, via atuação de mecanismo extrajudicial de autotutela executiva, que se insere na zona cinzenta que se coloca entre o inadimplemento e a execução forçada, de modo a permitir por meio de acordo o afastamento do cenário da execução judicial, com a criação de mecanismos alternativos para satisfação do crédito (...)*» (*op. cit.*, p. 10).

Il contratto tende quindi a porsi, nell'ambito degli strumenti di autonomia privata, come mezzo particolarmente versatile, dimostrando la sua utilità anche nella costruzione di un assetto di regole idonee a soddisfare il creditore in caso di non esatto adempimento del debitore. Ne sono esempi gli istituti diretti a regolare la responsabilità patrimoniale del debitore per il caso di inadempimento: dalla clausola penale alle convenzioni che regolano la possibilità di realizzo coattivo del credito quali sono il pegno irregolare e le forme di trasferimento dei beni al creditore di cui sono esempi il patto commissorio e il patto marciano.

A questi ultimi è dedicato un approfondimento nel capitolo secondo, ove si precisa che tali convenzioni sono patti accessori rispetto alle garanzie reali e comportano, in caso di non esatto adempimento del debitore, il trasferimento definitivo al creditore del bene dato in garanzia (patto commissorio) ovvero del solo valore della prestazione garantita (patto marciano). Il patto commissorio implica dunque l'estinzione dell'obbligazione garantita con il trasferimento in proprietà del bene. Con il patto marciano, invece, il bene sarà stimato e il debitore avrà diritto ad ottenere la restituzione della differenza rispetto all'obbligazione garantita. Entrambi i patti trovano corrispondenza nelle fonti romane con il patto marciano che si configura come attenuazione del patto commissorio per superare il divieto dello stesso.



Il riaccutizzarsi dell'interesse della dottrina per il tema è dovuto, per gli studiosi di diritto privato europeo, all'emanazione della direttiva 2002/47/CE che ambiva, tra l'altro, a regolamentare la materia delle garanzie finanziarie al fine di istituire un regime comune per promuovere l'integrazione e l'efficienza del mercato finanziario. Il tessuto normativo è stato più recentemente interessato dalla direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

La disciplina europea ha un significativo impatto sistematico sui diritti nazionali che gli Autori puntualmente rilevano sottolineando che, nell'ordinamento italiano, «a Diretiva 47/2002-CE foi recebida pelo Decreto Legislativo 170/2004 na mesma linha comunitária de reduzir o risco sistêmico, ou seja, o perigo que a insolvência de um operador financeiro ativo no mercado transnacional possa contaminar todo o mercado, de modo que, por meio de particulares técnicas de redução do risco de crédito, se busca atingir uma finalidade microeconômica e outra macroeconômica: a primeira no sentido de diminuir ao máximo o custo de recuperação do crédito pelo credor; e a segunda, consequência da primeira, de reduzir o custo do crédito» (op. cit., p. 22).

La disciplina europea non tocca dunque l'antica convinzione della nullità del patto commissorio, ma dà piena cittadinanza al patto marciano. In termini generali si può rilevare che si va delineando un importante ammodernamento della disciplina delle garanzie, ancorché nel rispetto dell'arco sistematico trattenuto dalla tradizione culturale romanistica. Il patto marciano, in particolare, si rivela essere uno strumento utile non solo al creditore (che trova soddisfazione nel bene trasferito), ma anche al debitore (che, in tal modo evita il rischio di subire le inefficienze e l'onerosità del processo esecutivo tradizionale). In altre parole, il patto marciano «parece se destacar como mecanismo adequado, que tutela adequadamente tanto a posição do credor (eficiência e simplificação na constituição de garantia para o crédito e na sua realização, mediante atuação pelo mecanismo da autotutela executiva) quanto a do devedor (avaliação imparcial, para assegurar valor mercado da garantia, e restituição de eventual diferença)» (op. cit., p. 68).

Inoltre, dall'analisi comparata, gli autori ricavano una serie di spunti che, da un lato, connotano il diritto italiano e, dall'altro, consentono di avviare la riflessione sull'ordinamento brasiliano. A questo è dedicato il capitolo terzo dove gli Autori ricostruiscono la disciplina del patto marciano sulla base di una comparazione diacronica tra, da un lato, la legge commerciale della metà del XIX secolo e, dall'altro, il diritto civile con il codice brasiliano del 1916. Ne risulta che, nonostante il divieto del patto commissorio, la figura del patto marciano è stata da sempre ammessa. Del resto, l'inadeguatezza delle forme di garanzia tradizionali rispetto alle esigenze dell'economia era già stata sancita con l'ammissibilità della proprietà fiduciaria o risolubile negli anni Sessanta del Novecento, seguita da altre disposizioni che ne estesero progressivamente la portata. In sostanza, viene progressivamente introdotta in via legislativa una serie di meccanismi – che, da un punto di vista operativo, possono essere ricondotti al patto marciano – i quali si rifanno all'alienazione fiduciaria a titolo di garanzia tanto per beni mobili quanto per beni immobili. Tali meccanismi consentono infatti al creditore di vendere il bene e soddisfarsi sul credito, salvo l'obbligo di rimborsare al debitore l'eventuale differenza quando il valore del bene oggetto di garanzia è risultato essere superiore al debito garantito. In questo modo il creditore potrà comunque acquisire la proprietà del bene costituente la garanzia. In sintesi, «em todas essas hipóteses mencionadas e reconhecidas pelo direito brasileiro, desde o século XIX, admite-se que as partes, a partir da sua autonomia privada, construam possibilidades de realização direta do direito substancial, sem intervenção do sistema jurisdicional, e que se inserem no ambiente chamado de “autotutela executiva”, com a instituição de mecanismos voltados diretamente para a satisfação do crédito pelo próprio credor, no caso de inadimplemento do devedor, como se verá mais adiante» (op. cit., p. 80).



Per la giurisprudenza brasiliana teorica e pratica il patto marciano costituisce, infatti, un correttivo del patto commissorio introducendo rispetto a questo due profili mitigatori. Il primo consiste nel fatto che il patto marciano «*corrige a assimetria ou desequilíbrio na relação contratual, ou mesmo em relação a outros credores, provocado pelo pacto comissório “puro”, especialmente mediante a realização, reitere-se, da avaliação do bem por terceiro imparcial, após o inadimplemento do devedor; e torna obrigatória a devolução do eventual valor excedente do bem em relação ao valor da dívida, evitando, assim, que o devedor possa ser prejudicado pelo credor*» (op. cit., p. 85). In questa prospettiva, la valutazione del bene è un dato centrale: ci si potrà avvalere di un esperto esterno e indipendente, salvo non sia possibile disporre di un mercato dove correntemente si scambia quel bene. L'art. 486 del codice civile brasiliano, prevede infatti: «*Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar*». Non solo, l'art. 871 cod. proc. civ. brasiliano consente di non procedere alla perizia, tra l'altro, quando «*se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial*». Sembra dunque possibile ricavare un principio di ordine generale per il quale la stima non è necessaria se è disponibile un mercato in cui il bene è ordinariamente oggetto di scambio. Questo, peraltro, pone il problema del momento nel quale il bene deve essere valutato. Secondo la dottrina brasiliana, tale momento va identificato nel tempo dell'inadempimento, non già in quello in cui l'obbligazione sorge. Una soluzione che sembra richiamare la previsione (che tuttavia non opera in sede di inadempimento) dell'art. 1474 cod. civ. italiano che, in caso di mancata determinazione espressa del prezzo di vendita, introduce la presunzione per la quale se «*si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, il prezzo si desume dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna, o da quelli della piazza più vicina*». In questa prospettiva anche il diritto commerciale italiano sembra confermare la portata generale di tali norme, salvo introdurre correttivi diretti a mitigare il rischio derivante dalle oscillazioni di prezzo del bene oggetto di garanzia. Si pensi a quelle norme che, da un lato, consentono di rifarsi al prezzo di mercato ma, dall'altro, prevedono di considerare non già un dato puntuale (il prezzo del giorno del fatto rilevante: in questo caso l'inadempimento), ma la media dei prezzi di un determinato periodo (cfr., ad esempio, l'art. 2343-ter cod. civ. sul conferimento di beni in natura o crediti senza relazione di stima e l'art. 2437-ter, comma 3, cod. civ. sulla determinazione del valore delle azioni in caso di recesso).

L'ulteriore effetto mitigatorio del patto marciano rispetto al patto commissorio è dato dall'obbligo di restituzione al debitore dell'eccedenza di valore del bene dato in garanzia rispetto al debito garantito che favorisce, come si è anticipato, tanto il creditore quanto il debitore: «*o primeiro com a satisfação mais rápida do crédito e o segundo porque a avaliação pelo preço adequado, de mercado, desonera o devedor de despesas correntes e assegura que ao bem seja atribuído valor adequado, o que nem sempre ocorre, por exemplo, no venda judicial no processo de execução*» (op. cit., p. 87).

Se, come segnalano gli Autori (op. cit., p. 87 ss.), la giurisprudenza brasiliana (nella specie la Corte federale di Giustizia) sembra orientata ad avallare la validità del patto marciano come fattispecie distinta rispetto al patto commissorio, il diritto positivo offre ulteriori margini per affermare la legittimità del patto marciano con il riconoscimento, nel codice di rito, ad esempio, di modalità alternative di esecuzione sui beni sequestrati del debitore con aggiudicazione degli stessi al creditore al pezzo non inferiore alla stima. L'apertura della dottrina e della giurisprudenza a favore del patto marciano interseca (e probabilmente ne è sollecitata in modo decisivo) l'esigenza di offrire tutele ai creditori anche per rendere attrattivo l'investimento nel mercato brasiliano (cfr. op. cit., pp. 90-93).

L'autotutela esecutiva si impone, in definitiva, come si osserva nel capitolo quarto, per gli importanti



riflessi che la stessa può generare sul piano economico e della concreta ed effettiva tutela del credito. Tali connotati rendono il dibattito sul tema di grande rilievo di ordine non solo teorico-generale, ma anche (e soprattutto) pratico-operativo (cfr. *op. cit.*, p. 98). In questa prospettiva viene messa in luce (anche con proposte legislative), da un lato, la “degiurisdizionalizzazione” dell’esecuzione civile e tributaria e, dall’altro, la valorizzazione di istituti che fanno leva sull’autonomia privata. Tra questi istituti assume un particolare rilievo l’autotutela esecutiva mediante la quale sono generati contrattualmente meccanismi diretti a realizzare direttamente le tutele dei diritti. Nel diritto brasiliano si conoscono varie ipotesi di accordi per limitare la responsabilità patrimoniale del debitore coinvolgendo determinati beni o escludendone altri. Tra queste ipotesi vi sono delle forme di garanzia reale o ricavabili dal *pactum de non petendo* e dal *pactum de non exequendo* come forme per non esercitare la pretesa esecutiva e, rispettivamente, non proporre l’azione in sede esecutiva.

Peraltro, il patto marciano, secondo gli Autori, avendo riguardo alla valutazione specialistica e indipendente, richiama altre figure ricorrenti quali, nel diritto italiano, la perizia contrattuale e, nel diritto brasiliano, la «*perícia contratual*», da intendersi come «*negócio jurídico processual atípico no campo da prova (art. 190, CPC/15)*» (*op. cit.*, p. 124), con il quale le parti «*se vinculam, contratualmente, ao resultado da perícia extrajudicial, inclusive judicialmente, de modo que ou a perícia contratual permite a solução extrajudicial ou, quando nada, elimina a necessidade de realização de perícia judicial na instrução processual*» (*op. cit.*, p. 124 s.).

L’“autodifesa”, come meccanismo di tutela dei diritti, è favorita anche dall’assenza di norme inderogabili che impongano il ricorso alla giurisdizione, indebolendo significativamente l’idea, che pure si era affermata in passato, per la quale l’autotutela dovesse valere come un rimedio eccezionale in cui è ammesso l’uso della forza privata per l’esercizio del diritto. In sostanza, tanto nell’ordinamento italiano quanto nell’ordinamento brasiliano è possibile individuare alcune figure giuridiche che riproducono le “cautele marciiane”, che confermano fundamentalmente la validità del patto marciano. Lo stesso costituisce un’autotutela esecutiva che opera, dunque, in due momenti fondamentali: *ex ante*, ossia con funzione preventiva dell’inadempimento (la c.d. autotutela con funzione cautelare) ed *ex post*, che mira a tutelare il creditore soddisfacendo la sua pretesa. Si realizza in tal modo la combinazione tra l’autoprotezione esecutiva e l’autoprotezione convenzionale che hanno quali logici presupposti la non sovrapponibilità tra patto marciano e patto commissorio e la legittimità di una tutela esecutiva non fondata sulla esclusività della giurisdizione esecutiva, con vantaggi, come si è visto, sia per il debitore che per il creditore.

Nel capitolo quinto gli Autori tirano le fila delle molte sollecitazioni che l’analisi comparata ha offerto loro, concentrando l’attenzione sul diritto brasiliano non solo *de iure condito*, bensì anche *de iure condendo*. Nel primo senso è significativa, da un lato, l’apertura all’autonomia negoziale che si coglie nei ridotti poteri di controllo giudiziale (specie a seguito della legge n. 13.874/2019 sulla libertà economica) e, dall’altra, l’idea, sempre più condivisa, che considera derogabile il ricorso al processo esecutivo per realizzare la vendita del bene in garanzia. Su questi due binari si collocano molte norme di diritto civile processuale e sostanziale brasiliano. Il diritto processuale civile consente, infatti, la vendita extragiudiziale, ad esempio, dei beni sequestrati su iniziativa privata (cfr. art. 880 cod. proc. civ.). A questo si devono aggiungere i molti riferimenti contenuti nel codice civile del 2002, nella legislazione speciale e nello stesso codice di rito che consentono di ricostruire, pur in mancanza di una tipizzazione legale, una disciplina di diritto comune del patto marciano “utile”, rispettoso del diritto di credito del creditore e della *par condicio creditorum*. Il patto marciano “utile”, in particolare, si connota per i già ricordati



caratteri strutturali (la predeterminazione del giusto prezzo del bene dato in garanzia e la restituzione dell'eventuale eccedenza se il valore del bene è superiore al debito) e consente, in termini funzionali, di ottenere la vendita stragiudiziale del bene dato in garanzia o l'espropriazione dello stesso mediante una procedura privata, rapida ed efficiente, vantaggiosa anche per il debitore.

Il patto marciano (o la clausola marciana in un rapporto contrattuale) regola l'ultima fase della vita delle obbligazioni, ossia quando si manifesta l'inadempimento del debitore, dando la possibilità al creditore di agire autonomamente (c.d. autotutela esecutiva) per il soddisfacimento del suo diritto di credito attraverso l'appropriazione del bene garante bene oggetto di garanzia.

Come osservano gli Autori «*O adimplemento normalmente é decorrente de atividade reconduzível à esfera jurídica do devedor, enquanto o mecanismo de autotutela executiva permite ao próprio credor realizar a satisfação do crédito, mas fora do conceito de adimplemento, vez que a satisfação do crédito decorre do exercício de poderes conferidos ao credor pela lei (autotutela executiva unilateral) ou contrato (autotutela executiva bilateral)*» (op. cit., p. 134).

Gli Autori, oltre a dar conto, in una prospettiva *de iure condendo*, di iniziative legislative anche modificative del codice civile dirette a riconoscere e dare corpo al patto marciano offrono anche indicazioni operative. In particolare si mette a fuoco una serie di elementi che si ritengono necessari per la legittimità del patto marciano. Nell'accordo dovrà infatti esservi, tra l'altro (op. cit., p. 163): la previsione contrattuale per l'esecuzione del patto secondo buona fede, la previsione che la procedura potrà attivarsi solo successivamente all'inadempimento del debitore, l'obbligo di comunicazione al debitore dell'avvenuto inadempimento con indicazione del valore aggiornato del debito e di un congruo termine per la sanatoria del ritardo, la valutazione del bene dopo l'inadempimento ad opera di un esperto specializzato e indipendente (nominato di comune accordo tra debitore e creditore, salvo il prezzo equo sia ricavabile da un valore di quotazione o di listino pubblico), il divieto di offrire indicazioni convenzionali al perito per distoglierlo dal valore corretto della stima bene, la previsione contrattuale dell'obbligo del creditore di restituire al debitore dell'eventuale eccedenza di valore del bene garantito, la previsione di garanzia di un sistema di contraddittorio tra le parti, che consenta ad esempio di domandare chiarimenti al fine della determinazione del bene. In ogni caso, il debitore ed eventuali creditori lesi nelle loro prerogative potranno sempre adire le corti statali per discutere sull'adeguatezza del patto e sul ruolo del creditore nella realizzazione della garanzia.

In conclusione il libro di Humberto Theodoro Júnior ed Érico Andrade è un testo molto utile per chi si appropria allo studio del patto marciano perché, con un'analisi comparata, se ne dimostra non solo la validità, ma anche la versatilità rispetto alla soddisfazione di istanze di certezza e speditezza nella realizzazione del diritto di credito mediante un legittimo e raffinato utilizzo del contratto e dell'autonomia contrattuale.