

Studio n. 24-2012/E

La vendita delle cose date in pegno

Approvato dal Gruppo di studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 12 novembre 2012

Sommario: 1. L'art. 2796 quale forma di autotutela esecutiva su base negoziale; 2. L'iter procedimentale di liquidazione previsto dall'art. 2797 c.c.; 2.1. Lo "Jus vendendi" e la atipicità della vendita prevista dall'art. 2797 c.c.; 2.1.1. Vendita di quota di s.r.l. data in pegno; 3. La scelta delle modalità di monetizzazione dei diritti del debitore; 3.1. La riforma della legge fallimentare e l'introduzione del concetto di vendita competitiva; 4. I "Pubblici Incanti" alla luce delle riforme del Codice di procedura Civile e della legge Fallimentare.

1. L'art. 2796 quale forma di autotutela esecutiva su base negoziale

Nell'ottica di una scoperta delle diverse e varie modalità di monetizzazione dei diritti esistenti nel nostro ordinamento può essere interessante comprendere quali siano le effettive modalità liquidative previste da una norma tendenzialmente misconosciuta del nostro codice civile e sicuramente poco utilizzata: l'art. 2797.

La norma in esame si inquadra nel libro sesto del codice civile, titolo III (della responsabilità patrimoniale e delle cause di prelazione), capo III (del Pegno) ed ha come presupposto logico l'art. 2796 nella parte in cui evidenzia che *"il creditore per il conseguimento di quanto gli è dovuto può far vendere la cosa ricevuta in pegno secondo le forme stabilite dall'articolo seguente"*.

Il creditore pignoratorio, che detenga il bene dato in garanzia, può soddisfare la sua pretesa economica, garantita, appunto, da pegno, sostanzialmente con due modalità differenti:

- a) da un lato può instaurare una esecuzione forzata ordinaria, anche senza eseguire il pignoramento visto che il bene, eventualmente oggetto di esecuzione è già da lui detenuto ⁽¹⁾,
- b) dall'altro può, in alternativa, procedere all'esecuzione "privata" prevista dall'art. 2797 c.c. che costituisce una forma di autotutela esecutiva a carattere negoziale ⁽²⁾

Sulla base di tale distinzione appare evidente che per intraprendere un percorso esecutivo nel primo caso sarà necessario la formazione di un titolo esecutivo, mentre nel secondo tale attività non sarà necessaria dovendo procedersi alla mera monetizzazione di un bene già in detenzione del creditore.

Si deve ricordare, per mero onere di completezza, che ai sensi dell'art. 2911 c.c. il creditore pignoratizio che abbia scelto di operare la cd. "*esecuzione privata*" non può espropriare con forma ordinaria, altri beni del debitore, se non abbia espropriato in forma ordinaria anche il bene gravato da pegno.

Come la dottrina ha più spesso ricordato la vendita del pegno viene inquadrata tra le forme di autotutela esecutiva perché nasce e si evolve a seguito della sola iniziativa del creditore pignoratizio anche se questo è sprovvisto di titolo esecutivo ⁽³⁾; il controllo giurisdizionale è, ovviamente, assolutamente eventuale visto che il giudice dell'esecuzione può intervenire solo operando una cognizione di tipo incidentale quando e se il debitore proponga opposizione; il creditore quindi può procedere alla vendita senza alcuna autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, tanto è vero che la stessa vendita si svolgerà a cura ed istanza del creditore che, all'esito della monetizzazione dei beni dati in pegno, può trattenere il netto dal ricavato della liquidazione

Ovviamente condizione imprescindibile dell'attivazione di tale autotutela esecutiva su base negoziale è che il creditore sia in possesso della cosa ricevuta in pegno, visto che in caso contrario, avrebbe prima dovuto esercitare le azioni a tutela del possesso o l'azione di rivendicazione, così come previsto dall'art. 2789 c.c..

2. L'iter procedimentale di liquidazione previsto dall'art. 2797 c.c.

Come in tutti i casi di escussione coattiva dei propri crediti anche nell'"*esecuzione privata*" ⁽⁴⁾ la materiale monetizzazione dei beni in pegno deve essere preceduta dall'intimazione a pagare il debito e gli accessori, con il chiaro avvertimento che in mancanza di un tempestivo adempimento di quanto richiesto si procederà alla vendita della cosa data in pegno ⁽⁵⁾.

L'intimazione al pagamento sarà considerata completa solo se conterrà l'indicazione del capitale, degli interessi dovuti (tasso e decorrenza) sul capitale nonché la quantificazione delle spese ⁽⁶⁾, evidenziando, altresì, che ha una funzione chiaramente simile al precetto e va rivolta al debitore o al terzo proprietario della cosa costituita in pegno. Tale intimazione va notificata tramite ufficiale giudiziario, ma la giurisprudenza, in applicazione del principio generale di conservazione degli atti processuali ha ritenuto, ormai da tempo che tale notificazione è valida anche se non eseguita tramite ufficiale giudiziario a condizione che sia comunque arrivata nella sfera di conoscenza del destinatario ⁽⁷⁾.

A questo punto il creditore pignoratorio potrà procedere alla liquidazione del bene detenuto una volta che siano decorsi cinque giorni dalla notificazione dell'intimazione ⁽⁸⁾, ovviamente a condizione che il debitore non abbia già adempiuto o non sia stata proposta opposizione al termine concesso ⁽⁹⁾; in caso di opposizione la liquidazione del bene non potrà avvenire se non a seguito del passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del giudizio di opposizione.

Il secondo e terzo comma dell'art. 2797 c.c. sottolineano che la vendita dovrà aversi secondo le modalità concordate tra le parti al momento di costituzione del pegno o in mancanza di disposizioni esplicite secondo quanto espressamente previsto dagli art. 2797 e s.s. c.c. Parte della dottrina ritiene immediatamente applicabili all'esecuzione privata in esame gli art. 1515 c.c. e 83 disp. att. c.c. ⁽¹⁰⁾

Si è già ricordato che tale procedura liquidativa essendo sostanzialmente collegata agli accordi intercorsi tra creditore e debitore può avere un iter procedimentale profondamente diverso da quello previsto dal codice civile, purché non in contrasto con norme imperative di legge o principi generali del nostro ordinamento giuridico; in assenza di tali espressi accordi fra il debitore e il creditore si applicano, come già ricordato, le norme previste dall'art. 2797 c.c. che prevede sostanzialmente due modalità di vendita a seconda che la cosa oggetto di pegno abbia o meno un valore di mercato.

Una parte della dottrina ⁽¹¹⁾ ritiene che se il bene oggetto di vendita ha un prezzo di mercato esso può essere venduto al pubblico incanto o trattativa privata, a prezzo corrente ed a mezzo di un qualunque commissionario, mentre se il bene non ha un prezzo di mercato la vendita va effettuata al pubblico incanto a cura di uno dei soggetti autorizzati ⁽¹²⁾ o in mancanza dall'ufficiale giudiziario ma, a pena di nullità, la vendita, deve essere preceduta da idonea pubblicità.

Si ritiene ⁽¹³⁾ che gli adempimenti pubblicitari debbano svolgersi quantomeno nelle forme previste dall'Art. 83 disp. Att. c.c. dettato per la vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c. che prescrive una pubblicità commerciale adeguata alla natura ed al valore delle cose. Alla stessa maniera si ritengono applicabili, in quanto compatibili, gli art. 1515 c.c. e 83 disp. Att. C.c., anche con riferimento alle modalità liquidative ⁽¹⁴⁾, che sostanzialmente sono la vendita con incanto e la vendita senza incanto; da dette prescrizioni si ricava, altresì, che il verbale della vendita con incanto va depositato presso la cancelleria del giudice competente per l'esecuzione del luogo in cui si è proceduto alla vendita, mentre per la vendita senza incanto e le operazioni svolte debbono essere documentate mediante certificato, fattura o fissato bollato in doppio originale, di cui uno è consegnato al creditore e l'altro resta in possesso dell'incaricato.

2.1. Lo "Jus vendendi" e la atipicità della vendita prevista dall'art. 2797 c.c.

La dottrina prima e la giurisprudenza successivamente, si sono interrogate sull'esistenza di un generale diritto di vendita esistente in capo al creditore pignoratizio che prende origine dalla concessione in pegno del bene e dalla sua materiale dazione ad un terzo.

La dottrina più autorevole ritiene che il potere di espropriazione stragiudiziale contenuto nell'art. 2797 configuri una categoria atipica di autotutela che si pone come ponte tra la categoria dell'autotutela consensuale satisfattoria e l'autotutela unilaterale⁽¹⁵⁾; alla stessa maniera si ritiene che sia facilmente configurabile in capo al creditore pignoratizio un vero e proprio "Jus vendendi" che autorizzi lo stesso a liquidare i beni in pegno secondo le regole del codice di rito o del codice civile⁽¹⁶⁾.

Una parte della dottrina ha chiarito alcuni dubbi che erano rimasti irrisolti con la nuova formulazione dell'art. 2797 contenuta nel codice civile; tale dottrina⁽¹⁷⁾ sottolinea chiaramente che la norma in esame è una sostanziale riscrittura e trasposizione cronologicamente più aggiornata degli art. 363 e 68 del codice del commercio del 1882.

Appare chiaro, secondo questa lettura, che la procedura prevista dalla norma citata sia una seconda strada rispetto a quella ordinaria prevista dal codice di rito. In sostanza il creditore sceglierà la vendita "atipica" dell'art. 2797 nel caso non sia munito di titolo esecutivo correndo però il rischio che il debitore possa bloccare la liquidazione del bene con l'opposizione prevista dal II comma dell'art. 2797 c.c., al contrario sceglierà le forme liquidative di rito se ha già formato il titolo esecutivo e non vuole correre il rischio di sospensioni strumentali o intoppi procedimentali.

Purtroppo la farraginosità dei meccanismi previsti dal codice di rito hanno allargato a dismisura i tempi di monetizzazione dei diritti del debitore secondo le regole del codice di procedura civile tanto da far sembrare sempre opportune scelte alternative alle previsioni del codice di procedura civile; proprio per questo motivo la dottrina⁽¹⁸⁾ ha chiarito che l'autorità giudiziaria ha solo competenze cognitorie in caso di apertura di un procedimento di opposizione alla vendita prevista dall'art. 2797, e che avrà altresì potere di nomina del commissionario nel caso di vendita di beni con prezzo di mercato. La stessa dottrina⁽¹⁹⁾ sottolinea che l'art. 2797 riporta la stessa imprecisione descrittiva contenuta nell'art. 68 cod. comm. 1882 nella parte in cui non chiarisce che "i pubblici ufficiali autorizzati esistono solo per la vendita ai pubblici incanti e non anche per la vendita al prezzo corrente".

La dottrina, al contrario, non chiarisce quale sia l'effettiva portata del IV comma della norma in esame. L'ultimo comma dell'art. 2797 c.c., infatti, stabilisce che " *per la vendita della cosa data in pegno le parti possono convenire forme diverse*".

Alcuni autori⁽²⁰⁾ ritengono che l'accordo delle parti possa modificare soltanto le modalità liquidative introducendo la trattativa privata o l'incanto anche in condizioni non espressamente

previste dalla norma, ma che restino sostanzialmente intangibili le forme legali per procedere alla vendita, il requisito dell'intimazione formale o ad esempio, il decorso del termine di 5 giorni fissati dalla legge per l'intimazione stessa; queste forme, infatti, costituiscono una garanzia minima per il debitore o per il terzo datore, avente la stessa funzione di quella del precetto e del relativo termine dilatorio (che pure sono irrinunciabili). La dottrina citata rimarca, altresì, che tali forme legali della vendita sono ⁽²¹⁾ “ ancora più importanti sia per la maggiore rapidità della vendita del pegno, sia perché per la vendita del pegno il titolo esecutivo viene surrogato dal decorso del termine dilatorio senza opposizione, la quale ha effetto sospensivo”; atteso che si tratta di una esecuzione forzata in autotutela, realizzata, quindi in via stragiudiziale; conseguentemente qualsiasi patto volto a eludere le suddette garanzie è da ritenersi viziato da nullità ⁽²²⁾.

2.1.1- Vendita di quota di s.r.l. data in pegno

Può essere interessante, e strumentale ad una adeguata rivisitazione della norma contenuta nell'art. 2797, affrontare il problema della vendita di quota di s.r.l. attraverso la procedura di vendita extragiudiziarla.

Soprattutto la giurisprudenza si è occupata in alcuni provvedimenti sia di merito che di legittimità di tale problematica ⁽²³⁾; tutti i provvedimenti giurisprudenziali presi in esame partono da un riferimento normativo imprescindibile che è l'art. 502 c.p.c. nella parte in cui ricorda che “ *Salve le disposizioni speciali del Codice Civile per l'espropriazione delle cose date in Pegno e dei beni mobili soggetti ad ipoteca si seguono e regole del seguente codice, ma l'assegnazione o la vendita può essere chiesta senza che sia stata preceduta da pignoramento*”. Tale norma introduce proprio la possibilità che si scelgano modalità liquidative diverse da quelle previste dal codice di rito per la vendita delle cose date in pegno e per i beni mobili soggetti a registrazione su cui sia possibile iscrivere ipoteca e che tali modalità alternative siano nel codice civile;

Tutta la giurisprudenza analizzata ⁽²⁴⁾ ritiene che al pari di ogni altro bene mobile anche le quote di s.r.l. siano monetizzabili attraverso la procedura prevista dall'art. 2797 c.c. legittimato dal succitato art. 502 c.p.c.

Seguendo il percorso logico ipotizzato da alcuni Giudici di merito ⁽²⁵⁾ si prospetterebbe una liquidazione attraverso una vendita ai pubblici incanti espletata da soggetti all'uopo autorizzati dal giudice competente; tale procedura di selezione dell'offerente si concluderà con un verbale di aggiudicazione in cui si dia atto dell'intero iter procedimentale, dell'identificazione degli offerenti, delle loro offerte e dei loro rilanci incrementativi del prezzo base d'asta.

L'aggiudicazione non potrà prescindere da una analitica individuazione del soggetto aggiudicatario al pari di ogni altra procedura prevista dal codice di rito.

Non v'è dubbio che, l'aggiudicazione avutasi come conclusione del percorso liquidativo scelto attraverso l'art. 2797, è solo uno degli "step" previsti per il trasferimento delle quote societarie, in sostanza il creditore pignoratizio potrà soltanto selezionare l'offerente migliore, ma per il formale trasferimento delle quote societarie, sarà necessario un atto pubblico di trasferimento che sia suscettibile di iscrizione al registro delle imprese. A tale riguardo sulla base di quello "jus vendendi", che la dottrina riconosce in capo al creditore pignoratizio ed in base ad un analitico verbale di aggiudicazione, che cristallizzi tutto il regolare procedimento liquidativo, è ipotizzabile che il creditore pignoratizio si rechi da un notaio e con atto negoziale venda le quote societarie, ad un determinato prezzo e ad un determinato soggetto, quale acquirente in un regolare atto di cessione di quote societarie, legittimato e giustificato dall'esistenza di un pegno, da uno "jus vendendi" del creditore nascente dall'art. 2797 e da una regolare procedura di liquidazione delle quote stesse.

La dottrina relativamente al problema della vendita di quote societarie date in pegno affronta due serie di problemi, quello dell'interpretazione evolutiva del IV comma dell'art. 2797 e quello dell'applicabilità a tali tipi di vendita delle garanzie procedurali previste dall'art. 2471 c.c.

Come già evidenziato nel paragrafo precedente l'ultimo comma dell'art. 2797 ricorda che "*per la vendita della cosa data in pegno le parti possono convenire forme diverse*". La dottrina⁽²⁶⁾ si chiede entro quali limiti le parti possano concordare tali forme: per alcuni autori la deroga in esame potrebbe riguardare solo i modi della vendita, in quanto le formalità preliminari di legge per procedere alla vendita, ossia l'intimazione mediante notifica a mezzo ufficiale giudiziario ed il decorso del termine di 5 giorni costituirebbero garanzie minime per il debitore e per il terzo datore di pegno, rispetto al potenziale arbitrio del creditore⁽²⁷⁾.

A questa interpretazione è stato però obiettato che simili formalità tendono a soddisfare interessi disponibili, giacché "scopo della previa intimazione a mezzo ufficiale giudiziario e del termine dilatorio prima della vendita coattiva della cosa oggetto del pegno, previsti dall'art. 2797 c.c. è di consentire al debitore ed al terzo datore del pegno di adempiere spontaneamente ovvero di proporre opposizione alla vendita e quindi una deroga a tali formalità non sarebbe inconcepibile ove risultasse da un accordo intervenuto tra le parti interessate"⁽²⁸⁾.

Per quanto attiene alla possibilità di estendere anche alla vendita ex art. 2797 di quote di srl. le garanzie previste dall'art. 2471. C.c. la dottrina attraverso una lettura in combinato disposto con l'art. 2471 bis ritiene assolutamente necessario il rispetto di tali oneri informativi, precisando però che lo stesso art. 2471 non abbia la funzione di regolare l'espropriazione della quota di partecipazione della s.r.l. in generale, ma abbia quella, diversa, di disciplinare l'espropriazione

della quota di partecipazione della s.r.l. quando sia necessario ricorrere alla procedura dell'esecuzione forzata ordinaria ⁽²⁹⁾. Alla stessa maniera parte della dottrina ⁽³⁰⁾ ritiene che in presenza di un accordo tra debitore e creditore sulle forme della vendita, così come implicitamente previsto dal III comma dell'art. 2471 c.c., queste possano derogare anche alle regole generali di monetizzazione dei beni del debitore fissati dal codice di procedura civile o della legge fallimentare, anche se la stessa dottrina richiede sempre un adeguato vaglio di tenuta della cessione stessa con le regole dell'ordinamento giuridico attraverso un provvedimento del giudice competente che autorizzi l'alienazione prospettata dalla parte istante.

Appare opportuno sottolineare che in questo ambito operativo un particolare ruolo può essere svolto dal notaio sia quale professionista nominato dal creditore, che, in nome di un suo generale "Jus vendendi", legittimato proprio dalle citate norme contenute negli artt. 2796 e 2797 c.c., può decidere di scegliere, autonomamente, proprio il notaio quale garante della vendita e quindi come materiale liquidatore dei beni in pegno nonché quale "rogante" dell'atto alienativo dei beni del debitore, ma anche quale delegato dal giudice a cui si sia rivolto il creditore per la nomina di un ausiliario che abbia il compito di procedere alla monetizzazione dei beni del debitore nel rispetto dell'art. 2797 c.c.

3. La scelta delle modalità di monetizzazione dei diritti del debitore

Appare evidente che anche nella cd. Esecuzione privata, così come definita dalla dottrina la procedura prevista dall'art. 2797 c.c., i modelli previsti dal legislatore, nel disciplinare la liquidazione dei beni del debitore pignoratorio, sono quelli della vendita con e senza incanto, nel momento in cui la stessa norma citata parla di "*pubblici incanti*".

Appare opportuno sottolineare, che già prima delle riforme avutesi nel 2005, 2006 e 2007 che hanno toccato per ben due volte le esecuzioni individuali e per ben due volte la procedura concorsuale nella sua interezza, riformando integralmente le rispettive fasi di liquidazione, vi erano incertezze sulla effettiva portata del termine pubblici incanti nell'impianto dell'art. 2797 c.c..

Le esecuzioni mobiliari ante riforma prevedevano già nella loro disposizione programmatica, art. 503 c.p.c., che le forme liquidative dei beni mobili, dovessero essere necessariamente la vendita con incanto e la vendita senza incanto, ingenerando grande confusione negli interpreti nel momento in cui la disciplina di dettaglio prevedeva, invece, la vendita con incanto e la vendita a mezzo di commissionario.

Ci si chiede però se, in ambito mobiliare, vi sia di fatto una differenza tra procedura di vendita con incanto e procedura di vendita senza incanto?

L'incanto è caratterizzato sempre da una gara, intesa come competizione di più offerenti che rilanciano su un determinato prezzo di partenza.

La procedura di vendita senza incanto è invece caratterizzata dalla possibilità di una gara, in presenza di più interessati; ma può anche sostanziarsi in una proposta all'acquisto ad un determinato prezzo indicato e in una offerta segreta senza diritto a rilancio, evitando così la competizione intesa come compresenza di più interessati che rilanciano su offerte che si susseguono. A ridurre ulteriormente le differenze tra procedura con e procedura senza incanto, in ambito mobiliare viene meno una delle differenze sostanziali esistenti tra vendita con e vendita senza incanto in ambito immobiliare e cioè la necessità di superare il prezzo base d'asta con un'offerta minima anche in caso di unico offerente; una parte della dottrina⁽³¹⁾ ritiene che nelle esecuzioni mobiliari dal momento che nessuna norma prescrive la pluralità degli offerenti, per la validità dell'incanto è sufficiente la presenza di un solo acquirente, che rimane aggiudicatario per il prezzo minimo stabilito dal giudice senza che occorra superarlo come è invece prescritto per l'espropriazione immobiliare (art. 581 c.p.c.). Nelle esecuzioni immobiliari permangono l'istituto dell'aumento di quinto ed il divieto a partecipare alla gara da parte del debitore, che invece nelle esecuzioni mobiliari non sono contenuti in nessuna norma. Ovviamente come spesso accade in questa materia la dottrina non è unanime sull'affermare che tali istituti delle esecuzioni immobiliari non siano applicabili, in quanto compatibili, anche alle esecuzioni mobiliari per il solo fatto che si fa riferimento alle stesse procedure di liquidazione.

È altresì importante ricordare che per decenni la procedura di vendita con incanto, con le sue forme di garanzia e trasparenza, ma anche con le sue farraginosità, è stata sempre preferita alla vendita senza incanto dal legislatore che la prevedeva come primaria soluzione liquidativa in tutte le forme di esecuzione previste dal nostro ordinamento; la procedura di vendita senza incanto ricopriva una posizione ancillare rispetto alla prima e quindi per tanto tempo quando le norme prevedevano i "pubblici incanti" si è sempre pensato alla vendita con incanto.

Solo negli anni novanta in alcuni tribunali italiani⁽³²⁾ si è cominciato ad utilizzare in materia di esecuzione immobiliare la vendita senza incanto come prima scelta in ambito liquidativo, imponendo una proposta irrevocabile di acquisto che vincolasse l'offerente per tutta la durata della procedura di monetizzazione dei beni dell'esecutato. L'utilizzo di tale strumento ha portato dopo circa un decennio il legislatore del 2006, con la prima riforma delle esecuzioni immobiliari, ad adottare come procedura di liquidazione primaria la vendita senza incanto e solo in via secondaria quella con incanto.

La riforma degli art. 571 e 573 c.p.c. ha modificato in modo sostanziale la natura della vendita senza incanto. L'art. 571 c.p.c. ha reso obbligatorio che l'offerta pervenuta in caso di

vendita senza incanto sia ferma ed irrevocabile per 120 giorni, in modo che non possa essere ritirata, per meri interessi speculativi, nel caso in cui l'offerta sia unica, consentendo di fatto l'aggiudicazione senza possibilità di ripensamento da parte dell'offerente, cosa che, come sappiamo, è possibile nella vendita con incanto. La riforma dell'art. 573 c.p.c. ha, dal canto suo, modificato la vera differenza ancora esistente tra vendita con e senza incanto e cioè la possibilità di aggiudicare al prezzo più alto sulla base delle offerte pervenute; il nuovo art. 573 c.p.c. obbliga il giudice o il delegato, in caso di più offerte ad esperire una gara tra gli offerenti partendo dall'offerta più alta.

A questo punto appare evidente che salvo l'istituto dell'aumento di quinto, tra l'altro esistente solo nelle esecuzioni immobiliari e non in quelle mobiliari, non vi sia una differenza procedurale tra le due modalità liquidative e soprattutto che a seguito della recente riforma delle esecuzioni la vendita senza incanto è stata preferita alla vendita con incanto dallo stesso legislatore che nell'art. 569 evidenzia chiaramente che il giudice dell'esecuzione deve prima fissare la data della vendita senza incanto e solo in caso di diserzione procedere all'incanto, andando a modificare quella che per decenni era stata la prima tecnica liquidativa prevista dal nostro ordinamento.

3.1. La riforma della legge fallimentare e l'introduzione del concetto di vendita competitiva

Anche il legislatore fallimentare ha dovuto affrontare l'annoso problema dell'efficienza delle tecniche liquidative. Il precedente codice fallimentare prevedeva, all'art. 105, che si applicassero in quanto compatibili le disposizioni previste dal codice di procedura civile ed in modo particolare quelle che disciplinavano le vendite immobiliari, facendo di fatto riferimento alla vendita con incanto e alla vendita senza incanto.

L'introduzione, nell'art. 107 l.f., del concetto di "*Vendite Competitive*" ha radicalmente modificato la strategia liquidativa e le tecniche conseguenti. Richiamando quanto già evidenziato in altra sede⁽³³⁾ si può ricordare che il concetto di vendita competitiva è di difficile definizione ma che appare ormai possibile tratteggiarne i confini con una certa sicurezza tanto è vero che si è già ricordato⁽³⁴⁾ che esse sembrano essere caratterizzate da:

1) un sistema incrementale di offerte, che ponga in competizione tutti gli offerenti; sistema finalizzato al raggiungimento del prezzo più alto possibile nel minor tempo possibile;

2) un funzionamento procedimentale altamente trasparente in cui tutte le parti della procedura concorsuale siano sempre a conoscenza dei passaggi e dei risultati. Ciò è garantito, anche, da un adeguato sistema di pubblicità, che ha garantito e garantisce, anche nelle procedure individuali, da ogni rischio di discrezionalità degli organi della procedura stessa.

3) da meccanismi alienativi volti al risparmio processuale, quindi gare altamente informali, modalità di partecipazione facilitate, strumenti di versamento del prezzo altamente efficienti, strumenti di sganciamento dalla vendita altamente velocizzati e non burocraticizzati.

Alla luce di quanto appena ricordato appare chiaro che il legislatore nell'ultima riforma in cui ha affrontato le tecniche liquidative ha fortemente innovato gli strumenti con i quali era abituato ad operare da decenni in caso di vendita coattiva. Introducendo il concetto di vendite competitive ha di fatto superato gli istituti, per quanto da poco rivisitati, della vendita senza e con incanto.

Di fatto il legislatore con il concetto di procedura competitiva ha introdotto un istituto a traccia libera, elastico e plastico in grado di essere utilizzato da tutti gli operatori con estrema facilità potendolo adattare a tutti i modelli e le esigenze esistenti.

La procedura competitiva è sicuramente la nuova frontiera liquidativa in quanto non ristretta nei limitati ambiti delle cavillose regole procedimentali, ma delimitata da pochi ma insuperabili pilastri che rendono tali procedure plastiche ma non aeriformi:

Un sistema incrementale di offerte;

Un'adeguata pubblicità;

La assoluta trasparenza (attraverso una adeguata comunicazione alle parti);

La presenza di regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente.

4. I "Pubblici Incanti" alla luce delle riforme del Codice di procedura Civile e della legge Fallimentare

Abbiamo appena ricordato che il legislatore della riforma delle esecuzioni individuali ha di fatto annullato la sostanziale differenza tra vendita con incanto e la vendita senza incanto e ha finalmente attribuito, alla vendita senza incanto l'importanza che meritava, quale istituto più rapido ed efficace di liquidazione dei beni del debitore.

Si è inoltre posto in evidenza che all'interno della disciplina liquidativa prevista per la monetizzazione dei beni mobili alcuni istituti che in qualche modo differenziavano la vendita con incanto dalla vendita senza incanto, sono ritenuti, da una certa parte della dottrina, non esistenti.

È stato, altresì, rilevato che il legislatore con la riforma del diritto fallimentare ha introdotto il concetto di "procedure competitive", di cui si sono tratteggiati i caratteri fondamentali.

Ci si chiede, quindi, se sia ancora attuale, con riferimento alla procedura ex art. 2797 c.c., ma anche in tutti gli altri casi in cui il nostro ordinamento parla di "Pubblici Incanti", far riferimento alla procedura con incanto o se sia possibile superare tale limitazione concettuale aprendo i "Pubblici Incanti" a tecniche liquidative più evolute e più innovative come quelle contenute nel concetto di "procedure competitive".

Può essere interessante procedere ad una interpretazione orientata dell'art. 2797 e del concetto di "pubblici incanti", nell'ottica e sulla scia delle riforme delle esecuzioni individuali e delle procedure concorsuali, per poter ottenere una migliore razionalizzazione temporale e una ottimizzazione dei risultati economici della monetizzazione dei beni del debitore.

Le riforme a cui abbiamo fatto cenno si sono poste come obiettivo principale, probabilmente anche sulla spinta di alcuni tribunali particolarmente sensibili alla rapidità e all'efficienza del risultato, l'adeguamento delle procedure liquidative endoprocedimentali, provvedendo ad un costante avvicinamento delle tecniche di monetizzazione dei beni del debitore all'evoluzione commerciale ed economica della società moderna. Insistere, in un mondo in cui sempre più spesso gli acquisti si fanno "on line" e anche se i contraenti si trovano in continenti diversi, con la vendita con incanto, con "l'aumento di quinto" con l'instabilità alienativa legata ai farraginosi meccanismi burocratici che la contraddistinguono, è assolutamente anacronistico e soprattutto incoerente con la finalità prima delle procedure di vendita in quanto rivolte essenzialmente alla migliore monetizzazione dei beni del debitore, nel più breve tempo possibile e con il miglior risultato economico possibile.

A nostro avviso appare opportuno poter procedere a questo salto concettuale attraverso una interpretazione che, alla luce delle riforme precedentemente evidenziate, non appare così tanto evolutiva del concetto di "Pubblici Incanti" ma soltanto estensiva.

Appare chiaro che esaminando gli elementi che caratterizzano le procedure competitive [un sistema incrementale di offerte, una adeguata pubblicità, una forte trasparenza endoprocedimentale nonché la presenza di regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente] la vendita con incanto e la vendita senza incanto siano da qualificarsi sicuramente come competitive; accettare l'idea che si possa sovrapporre idealmente al concetto di pubblici incanti l'istituto processuale delle vendite competitive, rappresenta un passaggio culturale ed evolutivo dai risvolti non solo teorici.

Perché appare opportuno non identificare i "pubblici incanti" con le procedure di vendita con incanto o senza incanto?

Innanzitutto perché non esiste una differenza così tanto certa e netta tra procedura con e procedura senza incanto ma poi e soprattutto perché il legislatore con l'introduzione del concetto di vendita competitiva ha voluto consentire agli operatori la creazione di strumenti liquidativi che siano sempre più adattabili al caso concreto.

Accettare l'idea che pubblici incanti significhi vendite competitive significa poter accogliere, ad esempio, lo schema liquidativo della vendita con incanto togliendovi quei fardelli procedurali rappresentati, ad esempio, da istituti come l'aumento di quinto⁽³⁵⁾, che rendono instabile la vendita

per un periodo di tempo aggiuntivo individuato nell'art. 584 c.p.c.. Sovrapporre al concetto di pubblici incanti il concetto di vendite competitive significa anche la possibilità di adottare nuovi modelli liquidativi in cui le modalità di pagamento non siano limitate nei ristretti ambiti delle regole processuali che impongono ad esempio, nella vendita con incanto, il pagamento a 60 giorni, ma si aprano alle nuove metodologie di finanziamento che considerano adeguato strumento di adempimento (in quanto sicura garanzia del pagamento) le fidejussioni bancarie a prima richiesta rimossa ogni eccezione o con clausole come la "*solve et repete*". Tutto quanto appena evidenziato trova corrispondenza logica proprio nell'art. 2797 ultimo comma che in modo, a nostro avviso cristallino, introduce il concetto di libertà delle tecniche liquidative nella parte in cui ricorda che "*per la vendita della cosa data in pegno le parti possono convenire forme diverse*".

In conclusione appare opportuno, soprattutto alla luce della recente riforma fallimentare, che ha introdotto il principio di vendite competitive, che venga superato il concetto secondo il quale la procedura di liquidazione principale del nostro ordinamento sia la vendita con incanto, perché ormai non esiste più una differenza tale da poterla differenziare dalla vendita senza incanto, ma soprattutto perché si è introdotto un concetto più ampio ed elastico che è quello di vendite competitive che ricomprende, sicuramente i vecchi istituti del codice di procedura civile senza, però, esaurirsi in loro; non si comprenderebbe perché il nostro ordinamento a fronte di un concetto generico come quello di "Pubblici Incanti" debba continuare a dare una lettura limitante e condizionata cronologicamente, quando allo stesso tempo ha introdotto, recentemente e sempre in ambiti liquidativi, istituti giuridici più innovativi, più elastici e più attuali come le vendite competitive.

Non sarebbe spiegabile, quindi, come il creditore che dia il proprio assenso alla vendita ex art. 107 in sede fallimentare possa intercettare il mercato in modo più adeguato consentendo, ad esempio, pagamenti dilazionati o eliminando l'incertezza dell'aggiudicazione rappresentata dall'aumento di quinto e quindi ottenendo una maggiore partecipazione alla gara e conseguentemente un prezzo di aggiudicazione più alto, mentre lo stesso creditore che decida di mettere in vendita lo stesso bene da lui posseduto in quanto sottoposto a pegno, ai sensi dell'art. 2797 c.c., utilizzando obbligatoriamente la procedura con incanto debba subire una partecipazione alla gara più limitata ed un risultato economico finale più basso.

Piervincenzo D'Adamo

1) Si veda ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, 2011, pag 932.

- 2) Si veda: Cass. 11 agosto 1987 n. 6894 che parla di procedimenti espropriativi alternativi;
- 3) Si veda AMOROSO in *“Azione esecutiva ed autotutela sostanziale della garanzia pignoratizia”* in Nuovo Digesto, 1970; BONSIGNORI, *“L’esecuzione Forzata”* III ed. 1996; REDENTI – VELLANI, *Diritto processuale civile*, III ed., 1999;
- 4) Si veda SASSANI, in *Disposizioni Generali su vendita ed assegnazione. L’espropriazione forzata*, in *Giur. Sist. Dir. Proc. Civile*, pag 83;
- 5) E’ evidente, anche in presenza di una *“esecuzione privata”* la presenza e la funzione informativa/intimatrice dell’atto di intimazione al pagamento, che in tutte le esecuzioni c.d. ordinarie viene svolta dall’atto di precetto. La funzione primaria è quella di evidenziare, con chiarezza al debitore quale sia l’ammontare del suo debito, in quel momento, di ovviare ad eventuali deficit informativi possibili tra creditore e debitore e dare un’ultima possibilità al *“ravvedimento operoso”* al debitore inadempiente.
- 6) Si veda Cass. 16 maggio 1977 n. 1968.
- 7) Cass. 15 aprile 1976 n. 1333.
- 8) O un termine più breve se convenzionalmente stabilito dalle parti.
- 9) Cinque giorni o novanta se il debitore non ha residenza o domicili eletto nel luogo di residenza del creditore.
- 10) Si veda su questo punto: ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, Cedam, 2011; CASTORO, *Il processo d’esecuzione nel suo aspetto pratico*, 1998., che affrontano anche il problema della competenza giudiziaria concordando che il giudice competente è il giudice del luogo ove si trova il bene oggetto di vendita.
- 11) Si vedano A.M. SOLDI, op. cit e CASTORO, op. cit.
- 12) Per l’individuazione di tali soggetti la dottrina citata nella nota precedente rinvia agli art. 83 disp. Att. C.c. e 159 disp. Att. c.p.c.. In particolare l’art. 83 disp. Att. C.c. dispone che: *“ sono autorizzati alle operazioni di vendita con o senza incanto a norma dell’art. 1515 c.c [Esecuzione coattiva per inadempimento del compratore] o delle operazioni di compra a norma del successivo 1516 c.c.: 1) gli agenti di cambio, per valori pubblici e per i titoli di credito specificati nelle leggi sulle borse; 2) i mediatori in merci iscritti presso le camere di commercio, per le merci e le derrate.*
La vendita all’incanto deve essere annunciata con le forme di una pubblicità commerciale adeguata alla natura ed al valore delle cose poste in vendita”.
- 13) Si vedano A.M. SOLDI, op. cit e CASTORO, op. cit.
- 14) Si veda CASTORO, op. cit.
- 15) Si veda a tale riguardo: BARBARITO, *Vendita di cosa Pignorata*, in *Monitore dei Tribunali*, 1963, pag 49 e ss; D. Rubino, *I Privilegi*, 1956, pag 261 e ss; Vivante, *Trattato IV*, n. 1802; MAZZARELLA, *“Sulla derogabilità dell’art. 2797 c.c.”* *Banca e Borsa e Titoli di Credito* 1977, II, 168;
- 16) Di particolare interesse Gino Gorla in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s..
- 17) Si veda: GINO GORLA in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s..
- 18) Si veda: E. GABRIELLI, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ. XIII*, Torino, 1995; I. LOMBARDINI, in *Rivista Trim. proc. Civ.*, 2004, pag. 1134 e s.s.; F. REALMONTE, *“Il Pegno”*, in *Enc. Treccani*, XXII, 1990; MASSIMO BIANCA, in *Giur. Comm.* 2001, pag. 711/l, di Particolare importanza: Gino Gorla in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s..
- 19) Si veda: E. GABRIELLI, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ. XIII*, Torino, 1995; I. Lombardini, in *Rivista Trim. proc. Civ.*, 2004, pag. 1134 e s.s.; F. REALMONTE, *“Il Pegno”*, in *Enc. Treccani*, XXII, 1990; MASSIMO BIANCA, in *Giur. Comm.* 2001, pag. 711/l, di particolare importanza: GINO GORLA in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s..
- 20) Si veda: GINO GORLA in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s. contra: LORDI, in *Nuovo. Dig. It. Voce “Pegno Commerciale”*, pag. 72; BONGIORNO, *Autotutela Esecutiva*, Milano, 1984.
- 21) Si veda: GINO GORLA in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Del Pegno e delle Ipoteche*, quarta edizione, 1992, pag. 118 e s.s
- 22) Si veda: BONGIORNO, *Profili sistematici e prospettive dell’esecuzione forzata in autotutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, 1989, pag. 751
- 23) Si veda: Tribunale Salerno 30 marzo 2009 est. Scarpa, in *Giurisprudenza di merito*, n. 6, 2009, pag. 1605 e s.s.; Cass. 11 agosto 1987 in *Giustizia Civile* 1988, I, 2084 e s.s. ; Cass. 12 Giugno 2001, n. 7879, in *Riv. Not.*, 2002, pag. 232 s.s. ; Trib Milano 23 marzo 2000 in *Giur. Milanese*, 200, 263 s.s.
- 24) Per tutti si veda: Tribunale Salerno 30 marzo 2009 est. Scarpa, in *Giurisprudenza di merito*, n. 6, 2009;
- 25) Tribunale Salerno 30 marzo 2009 est. Scarpa, in *Giurisprudenza di merito*, n. 6, 2009; Trib Milano 23 marzo 2000 in *Giur. Milanese*, 2000, 263 s.s. ;

- 26)** Si veda LOMBARDINI, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del Pegno*, op. cit; ARIETA- DE SANTIS, *L'esecuzione forzata in trattato di diritto processuale civile*, Padova, pag 370 s.s. ; DE PAULI *Le Esecuzioni Speciali*, in Rivista esec. Forz, 2004, 697; CELSO – BALBI, *Autotutela del creditore pignoratizio e concorso dei creditori*, in Studi in Onore di C. Mandrioli, Milano, 1995, 619 s.s., ; BUONGIORNO, *La tutela espropriativa speciale del creditore pignoratizio*, in Riv. Dir. Proc, 1990, 1037 s.s.; BUONGIORNO, *L'Autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 3 s.s.; AMOROSO, *Azione esecutiva ed autotutela sostanziale della garanzia pignoratizia D&G*, 1970, 273 s.s.
- 27)** Di veda: GORLA, *op. cit* e RUBINO *op. cit*.
- 28)** Cass. 28 maggio 2008, n. 13998, in Giust. Civ. Mass. 2008, 5, 824; Trib. Milano, 23 maggio, 200 cit. ; nonché Cass. 5 febbraio 1977 n. 496 e Cass. 15 aprile 1976, n. 1333 entrambe in Banca e Borsa e titoli di credito, 1977, II, 168 s.s., con nota adesiva di Mazzarella, sulla derogabilità dell'art. 2797 c.c.
- 29)** Si veda: VIGORITO, *Le procedure esecutive dopo la riforma. L'esecuzione forzata in generale*, Milano, 2006, 385 e ss.
- 30)** Si veda LOMBARDINI, *Considerazioni sull'autotutela esecutiva e sulla tutela cautelare per la vendita del Pegno*, op. cit; ARIETA- DE SANTIS, *L'esecuzione forzata in trattato di diritto processuale civile*, Padova, pag 370 s.s. ; DE PAULI *Le Esecuzioni Speciali*, in Rivista esec. Forz, 2004, 697; CELSO – BALBI, *Autotutela del creditore pignoratizio e concorso dei creditori*, in Studi in Onore di C. Mandrioli, Milano, 1995, 619 s.s.,; BUONGIORNO, *La tutela espropriativa speciale del creditore pignoratizio*, in Riv. Dir. Proc, 1990, 1037 s.s.; BUONGIORNO, *L'Autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 3 s.s.; AMOROSO, *Azione esecutiva ed autotutela sostanziale della garanzia pignoratizia D&G*, 1970, 273 s.s.
- 31)** Si veda: GIROLAMO BUONGIORNO, in Digesto, voce "*Espropriazione mobiliare presso il debitore*", Utet, 1992.
- 32)** Si è cominciato a parlare di "prassi virtuose" in tribunali come quello di Bologna per primo e poi successivamente quello di Monza e recentemente quello di Reggio Emilia.
- 33)** Si veda: P. D'ADAMO, *Le vendite competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo*, in Studi e Materiali, 3/08.
- 34)** Si veda: P. D'ADAMO, *Le vendite competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo*, cit.
- 35)** Per tutta quella dottrina che ritiene esistente questo istituto anche nelle procedure liquidative mobiliari.

(Riproduzione riservata)