

NUMERO 1 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FRANCESCO MACARIO

Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.2
VINCENZO CERULLI IRELLI	
<i>Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione</i> . . .	p.5
FEDERICO ROSELLI	
<i>Categorie civilistiche e giudizio di legittimità</i>	p.49
FRANCESCO MACARIO	
<i>Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale</i>	p.59
ANTONIO BRIGUGLIO	
<i>L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti</i>	p.89
STEFANO DELLE MONACHE	
<i>Profili civilistici della "negoiazione assistita"</i>	p.105
DANIELE VATTERMOLI	
<i>Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale.</i>	p.129
PIETRO ZANELLI	
<i>La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale</i>	p.155
ACHILLE ANTONIO CARRABBA	
<i>Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.).</i>	p.177

Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale

Muovendo dall'esame della responsabilità del debitore, con riferimento al dovere di prestazione e alle teorie "patrimoniali" e "personali" dell'obbligazione, il saggio ripercorre i temi decisivi connessi ai principi generali della responsabilità patrimoniale, quali il suo ambito oggettivo e le relative limitazioni negoziali, così come il significato attuale della "*par condicio creditorum*", alla luce della nuova e innovativa legislazione dell'insolvenza e delle procedure concorsuali, avendo riguardo all'esigenza di ripensare le categorie dottrinali tradizionali.

059

Starting from the analysis of debtor's responsibility, regarding the general duty to perform and the so-called "patrimonial" and "personal" doctrines of the obligation, this essay examines the main issues linked to the general principles of debtor's asset liability. Such issues concern the scope of this liability and the possibility to oppose creditors by limiting it through private means. It also deals with the current meaning of the "pari passu" principle, mainly in light of recent legislation concerning insolvency and collection procedures. The essay aims to reconsider the traditional categories and legal concepts in this field.

Sommario: 1. Premessa introduttiva. – 2. La responsabilità e il dovere di prestazione. – 3. Teorie patrimoniali e personali dell'obbligazione tra oggetto e funzione della responsabilità. – 4. L'ambito patrimoniale e i beni "presenti e futuri". – 5. Le limitazioni di responsabilità del debitore e il principio di tassatività. – 6. Le vicende della "par condicio creditorum". – 7. Categorie e principi nell'opera di razionalizzazione della normativa riformata.

1. - Premessa introduttiva.

Al pari di tutte le forme di tutela, anche quella del creditore s'inquadra, nel nostro ordinamento, in un sistema più ampio e complesso che, con espressione riassuntiva, ripresa dallo stesso linguaggio del legislatore del codice civile, si è soliti ricondurre alla disciplina della "responsabilità patrimoniale"¹. La riflessione verrà limitata a un tentativo di definizione, o se si preferisce "messa a fuoco", del significato e della funzione di alcuni tra i principi generali del detto sistema, alla luce degli attuali scenari normativi, ma anche nel confronto con il recente passato, essendo tale operazione imprescindibile per qualsiasi tentativo di razionalizzazione di norme e orientamenti che, innovando il sistema stesso, non possono tuttavia mai prescindere. In tal senso, se si volesse ricercare una sorta di 'sottotitolo' alle osservazioni che verranno svolte, si potrebbe immaginare un pensiero del tipo: "la responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo: spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori".

I passaggi fondamentali di un discorso che muova dal superamento della prospettiva dogmatica ottocentesca, in modo da comprendere le premesse teoriche per una moderna concezione funzionalistica del "rapporto di responsabilità" alla base della tutela giurisdizionale del credito, non possono non considerare: (a) i diversi atteggiamenti della responsabilità debitoria tra diritto sostanziale e processo di esecuzione; (b) la rilevanza del patrimonio del debitore, in relazione tanto alle limitazioni della responsabilità, quanto al concorso dei creditori a parità di condizioni, con il progressivo superamento (secondo un'ormai sempre più diffusa concezione, o forse sarebbe

¹ Le considerazioni che seguono prendono spunto dalla relazione introduttiva, sviluppata con il necessario apparato bibliografico, al convegno di studio "*La tutela giurisdizionale del credito*", tenutosi a Treviso nei giorni 23-24 maggio 2014, per iniziativa dell'Ordine degli avvocati di Treviso e della Fondazione dell'avvocatura trevigiana.

meglio dire, percezione o sensazione) tanto dell'idea di unitarietà del patrimonio, quanto della regola generale che si sostanzia nella *par condicio creditorum*; (c) le vicende delle cause legittime di prelazione. Tenterò, infine, di trarre alcune conclusioni, sempre di carattere generale e limitandomi, pertanto, al piano più propriamente metodologico.

Introducendo così la premessa generale, se non generalissima, al discorso, ritengo fondata la possibilità di affermare che, tra le discipline incise in modo particolarmente significativo, in alcuni casi davvero radicale, dalle innovazioni legislative degli ultimi decenni, così come dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale (che costituiscono, allo stesso tempo, causa ed effetto delle modifiche normative), figura quella della responsabilità e della garanzia patrimoniale.

Se per un verso tale constatazione, pressoché scontata, sembrerebbe scavare un incolmabile solco tra l'impostazione di una riflessione svolta verso la metà del secolo appena trascorso e le più recenti indagini, per altro verso potrebbe rendere ancora più interessante il confronto tra studi – *in primis*, evidentemente, quelli di giuristi del calibro di Rosario Nicolò o di Domenico Rubino, senza dimenticare il contributo di Salvatore Pugliatti – incentrati proprio su detti principi e regole generali, quale fulcro di un sistema racchiuso nel codice civile (all'epoca in cui scrivevano i menzionati maestri, di nuovo conio e quindi autenticamente rappresentativo della cornice giuridica nella quale avrebbero potuto trovare collocazione e giustificazione eventuali nuove discipline) e una produzione scientifica dall'accentuata caratterizzazione per così dire 'centrifuga'. Una riflessione stimolata dalle novità (legislative, in primo luogo) e, in tal senso, relativa a singoli aspetti dell'ampia tematica riconducibile ai principi e alle regole generali disposte dal codice civile in materia di responsabilità e garanzia patrimoniale, al punto da far apparire la cornice normativa ivi delineata obsoleta, se non addirittura inaccettabilmente costrittiva e perciò pregiudizievole rispetto all'evoluzione del sistema richiesta dalla prassi.

Ad alcune trattazioni sul tema generale, che compaiono per lo più nelle voci enciclopediche, nella trattatistica e ovviamente nella forma esegetica

del commentario ², così assolvendo all'esigenza di completezza dell'opera, e assumendo, quasi di necessità, una forma in prevalenza compilativa, fanno riscontro invero pochi contributi monografici ³, mentre una non trascurabile produzione scientifica ha avuto ad oggetto temi e istituti specifici. Va da sé che questi ultimi lavori non possono non presupporre (e imporre) il confronto con i principi e le regole generali in materia di responsabilità e garanzia patrimoniale, mentre il *Leitmotif* è pressoché costantemente riconducibile alla tendenza dell'ordinamento a liberarsi da (o almeno allentare) i vincoli che, nella *communis opinio*, condizionerebbero l'autonomia privata in ossequio a detti principi e regole generali. Vi sarà modo di ritornare sul punto nelle battute conclusive, potendosi limitare per il momento agli esempi, che appaiono sufficientemente emblematici, delle discipline relative a patrimoni destinati e alla destinazione patrimoniale in generale, così come delle norme su separazione e segregazione, rifluenti nella tematica del *trust* (o dei *trusts*) ⁴.

² Si considerino soprattutto le opere di: M. D'AMELIO, *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*, in M. D'AMELIO-E. FINZI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Firenze, 1943; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2 ed., in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1956, 1949; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti. Artt. 2740-2783*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 1976; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, 2^a ed., Milano, 2010 (prima edizione, 1991); V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1987, 485 ss. (anche voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXIX, Milano, 1041); ma v. anche S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985 (2^a ed. del 1999), XX, 191 ss.; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXVII; G. SICCHIERO, *Le obbligazioni. 2. La responsabilità patrimoniale*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2011.

³ Ad esempio, G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; più di recente, A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001 e G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; nonché, E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, e della stessa A., su un aspetto specifico delle disposizioni generali dettate nel codice civile, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012.

⁴ La letteratura su questi temi è pressoché sconfinata, con riferimento a saggi e articoli che hanno sviscerato tutte possibili implicazioni normative, in questa evidentemente non menzionabili. Limitandosi così a ricordare alcuni tra gli studi monografici più recenti, in materia di patrimoni destinati: F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008, nella prospettiva societaria; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1997, nell'ottica civilistica della ricostruzione della categoria degli atti e dei vincoli di destinazione; quanto invece al *trust*, si può rinviare, per tutti, a M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova,

2. - La responsabilità e il dovere di prestazione.

Se si volesse impostare la riflessione muovendo da un approccio di tipo dogmatico, il punto di partenza per collocare all'interno del sistema il discorso sulla responsabilità patrimoniale non potrebbe che essere costituito dalla definizione del rapporto tra lo stesso concetto di responsabilità (di cui all'art. 2740 c.c.) e l'adempimento ossia il "dovere di prestazione" del debitore, dovendosi in primo luogo accogliere con favore – secondo la nota ricostruzione di Rosario Nicolò – la semplificazione della formulazione normativa, rispetto a quella dell'art. 1948 c.c. 1865, nella misura in cui essa contribuisce a chiarire l'autonomia tra i concetti di responsabilità patrimoniale e di obbligo del debitore nei confronti del creditore (come dovere di prestazione).

Se l'analisi procedesse in questa direzione, essa finirebbe per rivelarsi, in chiave metodologica, più rivolta al passato che non proiettata in avanti. Nondimeno, interrogare la storia e, inevitabilmente, anche la comparazione, soprattutto alla luce delle radici francesi della nostra codificazione, significa giungere a ricondurre la norma e, più correttamente, il principio alla stessa sotteso al privilegio ipotecario dell'*ancien régime* e agli esiti del dibattito che si svolse intorno ai modelli disponibili per i legislatori del *Code civil*, ossia il modello romano dell'ipoteca generale, indeterminata e occulta, quello francese pre-rivoluzionario che vedeva la coesistenza della pubblicità delle ipoteche (appositamente istituita) e quello, infine, che supera il compromesso e, con la legge 11 brumaio dell'anno VII, è informato alla pubblicità e alla specialità delle ipoteche.

È evidente che, considerando la normale informalità dei rapporti commerciali, e dunque la sostanziale impossibilità di far funzionare adeguatamente un sistema della responsabilità patrimoniale che avrebbe visto l'inevitabile soccombenza del credito commerciale, in quanto non specificamente garantito, di fronte a qualsiasi creditore (ipotecario), si dovette procedere nel senso della riserva di «un codice, una giurisdizione e un

2008; ma anche *I trust nel diritto civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004; nonché *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001.

sistema di esecuzione forzata separati per i rapporti tra commercianti»⁵, fino a che – per una serie di ragioni pratiche, che si risolvevano nell’esigenza di conservare la coesistenza dell’ipoteca della moglie sui beni del marito, dei sottoposti a tutela e del fisco con la pubblicità introdotta dalla legge post-rivoluzionaria – Portalis si mise all’opera per fugare le preoccupazioni dello stesso Napoleone e così conciliare i diversi sistemi (quello delle garanzie occulte, non eliminabili s’è detto, con la pubblicità imposta alla costituzione dell’ipoteca mediante iscrizione), con una formulazione che suddivide le garanzie (in termini di cause legittime di prelazione, nel linguaggio adoperato poi dal nostro legislatore) in privilegi e ipoteche, dando vita ai primi per farvi «confluire le tradizionali caratteristiche delle ipoteche generali ed indeterminate (...) con il risultato che gli effetti dei due tipi di garanzia reale si confondono tra loro»⁶.

Ricondotta l’enunciazione dei principi generali in tema di responsabilità patrimoniale alla loro matrice storica, non è difficile rinvenire le ragioni – di indole spiccatamente metodologica, si comprende agevolmente – del fatto che, per la civilistica formatasi a ridosso dell’emanazione del codice civile del 1942, il punto di partenza per collocare all’interno dell’intero sistema del diritto civile la responsabilità patrimoniale dovesse essere costituito dalla definizione del rapporto esistente tra lo stesso concetto di responsabilità (di cui all’art. 2740 c.c.) e l’adempimento ossia il “dovere di prestazione” del debitore. In tal senso, veniva accolta con favore la semplificazione della formulazione normativa – rispetto a quella dell’art. 1948 c.c. 1865 –, nella misura in cui essa contribuiva a chiarire l’autonomia tra i concetti di “responsabilità patrimoniale” e di “obbligo del debitore” nei confronti del creditore (come dovere di prestazione).

E riprendendo le fila del discorso che muove dal nostro codice, l’innegabile ideale continuità – se si preferisce, una sorta di nesso teleologico – tra la disciplina di cui all’art. 1218 c.c. e quella degli artt. 2740 ss. c.c.⁷, si

⁵ A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (Alle origini dell’art. 2740 codice civile)*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. III, Milano, 1980.

⁶ A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, cit., 1822.

⁷ Sottolineata, nella sua ovvietà, da tutta la successiva dottrina civilistica: M. GIORGIANNI, *L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968 (1^a ed. 1951); C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., 23; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 490; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 3; nonché S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione forzata*, cit., 224; più di

coniuga con la distinzione e conseguente dislocazione separata della disciplina sulla responsabilità del debitore, all'interno del codice civile, nelle due sedi, rispettivamente del Libro IV, in ordine a tutto quanto attiene (ma anche è limitato) al rapporto obbligatorio e del Libro VI, in relazione, invece, a quel che concerne (e si estende a) la "tutela dei diritti" dei terzi (creditori e aventi causa), costituente tale opzione la riprova – per riportare ancora il pensiero di Rosario Nicolò – che «il nuovo legislatore ha avuto piena consapevolezza del problema dogmatico»⁸.

In tal modo, pertanto, sarebbe stato possibile superare le controversie dottrinali sul concetto di responsabilità e soprattutto sulla distinzione tra debito e responsabilità maturata in area tedesca, in un confronto tra l'idea di *Schuld* e di *Haftung*, che aveva sollevato questioni non semplici, di ordine tuttavia quasi esclusivamente teorico, muovendo da una prospettiva dogmatica intesa a guardare all'obbligazione come rapporto di diritto sostanziale espressivo al contempo dei due elementi: (a) il dovere del debitore di tenere un comportamento funzionale alla realizzazione della prestazione dedotta in obbligazione, con lo speculare diritto del creditore alla stessa prestazione e, dall'altro lato, (b) la responsabilità del patrimonio, con il conseguenziale diritto del creditore avente ad oggetto i beni componenti lo stesso patrimonio.

065

3. - Teorie patrimoniali e personali dell'obbligazione tra oggetto e funzione della responsabilità.

Se il punto di vista dal quale considerare la vicenda giuridica è quello del creditore ossia della consistenza del suo diritto – e non, conviene ribadire, quello del debitore ossia dell'adempimento – evidente, oltre che convinta, è dunque l'adesione alle teorie "patrimoniali" dell'obbligazione, che peraltro avevano ritrovato nell'insegnamento di Salvatore Pugliatti (maestro di Nicolò e pilastro su cui si è sviluppata la "scuola messinese" del diritto

recente, A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, cit., 10; si vedano anche le pagine di A. DI MAIO, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 146.

⁸ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2ª ed., 1955, 1.

civile) un significativo riscontro, nel momento in cui, considerando la realizzazione del diritto di credito attraverso l'esecuzione forzata e i rapporti di quest'ultima con il "diritto sostanziale", rilevava la sostanziale indifferenza dell'attività propria del debitore, ai fini della realizzazione del diritto del creditore ⁹.

Nonostante il radicamento autorevole della dottrina 'patrimoniale', e al di là della consistenza del dibattito sul piano applicativo – come affermava Pietro Rescigno nella preziosa sintesi ricostruttiva affidata alla "voce" "Obbligazioni in generale" nell'*Enciclopedia del diritto* ¹⁰, l'equilibrio tra le due contrapposte concezioni, quella patrimoniale e quella personale, dell'obbligazione, si sposterà, in seguito, a favore di quest'ultima ¹¹, a partire dall'elaborazione di Michele Giorgianni, che tende a rivalutare la considerazione del comportamento del debitore nell'adempimento dell'obbligazione ¹², sulla scia peraltro della posizione sostenuta con convinzione da Emilio Betti in ordine alla logica e alla finalità di cooperazione e di responsabilità nell'adempimento ¹³, mentre agli inizi degli anni Novanta l'equilibrata e sapiente rielaborazione della disciplina generale delle obbligazioni da parte di Umberto Breccia vedrà la fusione dei due approcci nel "concorso dei due profili" facenti capo, rispettivamente, al bene dovuto

⁹ Il rilievo è correttamente posto in luce nelle già ricordate pagine di F. ROSELLI, *Le opere di Rosario Nicolò in tema di responsabilità patrimoniale e di relative azioni conservative*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 551 [v. anche dello stesso A., *La responsabilità patrimoniale e le relative azioni conservative*, in N. LIPARI (a cura di), *Rosario Nicolò*, Napoli, 2011, 473, ove si riporta anche il pensiero di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist., Napoli, 1978, 129, il quale ritiene ricavabile: «un principio generale: per la realizzazione del diritto non è necessaria l'attività propria del soggetto obbligato, né (sempre) la prestazione dell'oggetto dedotto in obbligazione»].

¹⁰ Piuttosto limitata, secondo P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni - diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 181, il quale sottolinea, in particolare nelle dottrine c.d. "patrimoniali", le «motivazioni ideologiche e sollecitazioni costruttive che spingono a proporre uno schema unitario dei diritti soggettivi, e cioè uno schema nel quale possano collocarsi così i diritti reali come i diritti di credito».

¹¹ La vicenda è efficacemente sintetizzata da P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 184 s., nonché – con puntuale riferimento al pensiero di Rosario Nicolò – da F. ROSELLI, *Le opere di Rosario Nicolò*, cit., cui si può rinviare.

¹² M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, (1ª ed. del 1951), ritornando sul punto nella voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 874.

¹³ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 13.

(ossia al risultato nella prospettiva del creditore) e alla prestazione (osservando la vicenda dal lato passivo del rapporto ossia del debitore)¹⁴.

La concezione prevalsa nell'originale strutturazione del codice civile del 1942 si manifesta così in quello che – si è ricordato inizialmente – è stato definito in termini di «rapporto di responsabilità», rappresentabile come «situazione strumentale che metteva le sue radici nel rapporto di obbligazione – sono sempre espressioni di Rosario Nicolò – ma si svolgeva sul terreno del diritto processuale»¹⁵, consacrandosi definitivamente la scissione tra obbligo e responsabilità, riflessa nella già ricordata separazione delle due discipline: dell'obbligazione (nel Libro IV) e della responsabilità (non già del debitore, considerato all'interno del rapporto obbligatorio, bensì) patrimoniale (nel Libro VI), quest'ultima classificabile – assecondando l'intuizione recepita anche del legislatore codicistico del 1942 – «fra le situazioni giuridiche strumentali che stanno a cavallo – è un'idea ripresa da altri studiosi successivamente – tra il diritto sostanziale e il diritto processuale»¹⁶.

La responsabilità patrimoniale, dunque, nel sistema delineato dal codice civile, è «configurata come un *mezzo di tutela* del diritto del creditore»; ciò che consente allo studioso più volte menzionato di affermare, in via consequenziale, che essa «non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco»¹⁷, potendo essere poi considerata «dal punto di vista funzionale come una delle *sanzioni* dell'inadempimento

¹⁴ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 1991, 136, il cui pensiero non può non risentire, evidentemente e in modo significativo, anche dell'insegnamento di Ugo NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, 105 s., volto a sottolineare la complessità del concetto di prestazione, quale «attuazione del rapporto obbligatorio», comprensiva di tutte le attività funzionalmente connesse alla realizzazione del risultato dedotto in *obligatione*.

¹⁵ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 3.

¹⁶ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit. L'idea dell'anello di congiunzione, tra diritto sostanziale e processo, costituito dalle disposizioni del libro sesto del codice civile si ripresenta di frequente: ad esempio, S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., 229, discorre di norma tra diritto sostanziale e processo con riferimento all'art. 2910 c.c.

¹⁷ In tal senso, ci si discosta da affermazioni come quella, ad esempio, di A. CICCIO, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 232, secondo il quale la responsabilità patrimoniale, non costituirebbe l'effetto o la sanzione dell'inadempimento, ma «sussiste indipendentemente da questo; e sussiste *ab initio*, nasce col nascer del credito».

dell'obbligo»¹⁸. In quanto interna alla sistematica del diritto sostanziale avente ad oggetto l'obbligo e la responsabilità del debitore, la scissione non legittima, in ogni caso, la qualificazione della norma espressa dall'art. 2740 come di diritto processuale¹⁹.

La sua precisa finalità è, evidentemente, di determinare l'oggetto dell'eventuale azione esecutiva (con riferimento a tutti i beni del debitore), mentre, una volta fissato l'oggetto (della garanzia e) della responsabilità, possono e devono armonizzarsi e coordinarsi, tanto con la norma in esame quanto tra loro, le disposizioni sulle cause di prelazione (la cui funzione è quella di rafforzare e, pertanto, più efficacemente garantire la responsabilità patrimoniale), così come le disposizioni sui mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, considerate così strettamente collegate alle disposizioni generali in esame, da indurre la dottrina più attenta – il riferimento è questa volta a Domenico Rubino – a individuare due fasi della responsabilità patrimoniale: una potenziale, per così dire, e una attuale, a seconda della collocazione temporale (precedente o successiva) rispetto all'inadempimento²⁰.

Nella nuova sistematica codicistica – rispetto al codice ottocentesco, s'intende – la disciplina della responsabilità patrimoniale, se è vero che «è

¹⁸ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 3. Si discosta dal pensiero di Nicolò una parte della dottrina successiva, pur formatasi nel solco degli insegnamenti del Maestro, nel momento in cui, ragionando sull'inderogabilità della responsabilità patrimoniale, ritiene quest'ultima rimedio "connaturato" alla obbligazione (A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 38 ss., 43: un «rimedio», si specifica, «che si aggiunge *ab externo* alla obbligazione ma è connaturale ad essa, confermandone la giuridicità» (ivi, 48); in tal senso, già S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, 31 («la responsabilità è immanente all'obbligazione, le dà la giuridicità»); successivamente, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 14 ss.

¹⁹ È chiara, nonché apertamente dichiarata, la contrapposizione alla concezione "processualistica" della responsabilità patrimoniale, su cui, per tutti, può rinviarsi a F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 221 ss.; ma già dello stesso A., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 557 ss.

²⁰ D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 8, secondo il quale la responsabilità «implica semplicemente uno stato di soggezione in senso tecnico, che è solo potenziale sino all'inadempimento del debito, e che da questo momento diviene attuale»; ma si veda anche, successivamente, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 173, distinguendo la fase in cui si può manifestare il potere del creditore di chiedere l'espropriazione dei beni del debitore, realizzandosi concretamente la destinazione dei beni a garanzia dell'adempimento, dalla diversa fase «potenziale di quella destinazione dei beni del debitore, che dà luogo al fenomeno della garanzia» [corsivo nel testo].

l'indice decisivo che rivela la giuridicità del rapporto obbligatorio»²¹, esprime in ogni caso anche l'esigenza irrinunciabile dell'ordinamento di guardare al di là del rapporto obbligatorio (che vede contrapposti gli interessi del debitore e del creditore, come disciplinati nel Libro IV ossia all'interno della vicenda giuridica dell'adempimento e, rispettivamente, dell'inadempimento), per considerare il complesso reticolato costituito dai numerosi e diversi rapporti, in senso giuridico ed economico, che ruotano intorno al patrimonio del debitore assoggettato alla garanzia (e poi all'esecuzione forzata), nell'interesse dell'intero ceto creditorio e dei terzi. Non soltanto si può dire – dovendosi seguire, anche in questo caso, la sintetica ma preziosa rappresentazione offerta da Nicolò – che la dimensione atomistica e isolata del (singolo) rapporto obbligatorio sia superata, nella strutturazione della responsabilità patrimoniale all'interno del Libro VI (che intende fissare le regole dei conflitti tra soggetti terzi, *in primis* dunque tra i creditori relativamente al medesimo patrimonio), ma occorre altresì sottolineare che i principi ivi fissati, considerati nella ricordata prospettiva funzionale della “tutela dei diritti”, hanno costituito e tuttora costituiscono l'ossatura di un sistema in evoluzione, che diviene sempre più complesso in termini normativi e, proprio per questo, necessita, oggi forse ancor più che in passato, di solidi punti di riferimento riconducibili ai principi, così come all'opera di razionalizzazione inizialmente enunciata.

Seguendo la prospettiva della valorizzazione della funzione riconosciuta dall'ordinamento alla responsabilità, e supportato in questa impostazione dagli studi di Salvatore Pugliatti in materia di rapporti tra esecuzione forzata e diritto sostanziale, la dottrina più autorevole aveva ritenuto che l'esigenza ordinamentale di fondo, nel senso di «apprestare un *surrogato* della prestazione che abbia per il creditore la medesima efficacia funzionale di questa»²², trovi il suo sbocco nella responsabilità patrimoniale, «la

²¹ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 12, nel senso che la responsabilità dimostra «la esistenza di un obbligo giuridico da parte del debitore e di un diritto soggettivo da parte del creditore».

²² R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 5 [rifacendosi, s'è detto, a S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 4 ss., il quale ripercorre le tappe più significative della dottrina, tanto tedesca quanto italiana, maturata tra le fine del secolo XIX e l'inizio del XX, per concludere che «mediante l'adempimento volontario o mediante l'esecuzione coat-

quale è al tempo stesso sanzione per l'inadempimento dell'obbligo e mezzo di realizzazione del diritto del creditore»²³.

Le due situazioni o “atteggiamenti”, come ritiene Nicolò, della responsabilità patrimoniale – realizzazione del diritto del creditore in via immediata, mediante l'esecuzione in forma specifica e, come più comune nella prassi, per equivalente, ossia mediante il danaro conseguito all'esito dell'esecuzione per espropriazione – non valgono a frantumare l'unità del sistema della responsabilità patrimoniale.

4. - L'ambito patrimoniale e i beni “presenti e futuri”.

Sulla scia delle considerazioni generali appena tratteggiate, in modo purtroppo riduttivo rispetto alla rilevanza e complessità teorico-dogmatica delle questioni, permettono di individuare alcuni punti nodali – già enunciati in esordio – muovendo dal concetto di patrimonio del debitore, di cui al primo comma dell'art. 2740 c.c., con riferimento a «tutti i [suoi] beni presenti e futuri», ciò che impone di rinvenire un “limite concreto” nella funzione satisfattiva delle ragioni del creditore²⁴. Un limite, dunque, da verificare nello specifico e assistito anche dal potere del giudice di ridurre anche d'ufficio l'oggetto del pignoramento (secondo la regola generale che figura nel codice di procedura civile all'art. 496 c.p.c.), mentre nell'esecuzione concorsuale collettiva originata dalla dichiarazione di fallimento tale limite non può operare attraverso un controllo sull'estensione dell'assoggettamento dei beni alla procedura *ex ante*, ma dovrà essere comunque

tiva si ottiene lo stesso risultato: l'estinzione dell'obbligazione. È però diverso – aggiunge Pugliatti – il mezzo che conduce a questo fine. Ed è diverso anche perché – sempre nel pensiero del grande Maestro messinese –, mentre l'adempimento volontario viene effettuato mediante un *atto giuridico* (atto dovuto), l'esecuzione coattiva *presuppone un processo* che culmina con un *provvedimento*, cioè con un altro atto giuridico di natura differente», *ivi*, 14 s.].

²³ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 5. Anche la funzione di congiunzione, anzi di *prius* logico-giuridico, della disciplina in esame rispetto all'esecuzione forzata sembra univocamente accolta dalla dottrina civilistica: per tutti, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 5 che pone in risalto la centralità la qualità caratterizzante dei titoli III e IV del libro VI «dal punto di vista organico e sistematico», ricordando che in particolare il titolo III «regola alcuni istituti di diritto sostanziale che costituiscono un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, servendo a renderla possibile o a rafforzarne la futura attuazione»; più di recente, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 490, e più di recente A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 15.

²⁴ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 22.

presente nell'attività liquidatoria, costituendo un criterio significativo per la valutazione della condotta tenuta dagli organi della procedura (in primo luogo, il curatore fallimentare), ma anche per la decisione del tribunale in ordine all'intervento nella procedura di terzi, i quali pertanto non potrebbero avvalersi, senza commettere un "abuso" come ha riconosciuto la giurisprudenza in materia, del concordato fallimentare, qualora il compendio dell'attivo superi notevolmente il passivo, con un pregiudizio economico insostenibile per il debitore, che si vedrebbe espropriato dei suoi beni in misura di molto eccedente la garanzia e dunque la sua responsabilità²⁵. Si tratterebbe, in altri termini, dell'applicazione del principio di proporzionalità della garanzia e della conseguente esecuzione forzata, che caratterizza l'ordinamento ed emerge in contesti diversi attraverso specifiche disposizioni²⁶.

Quanto poi al carattere presente e futuro dei beni facenti parte del patrimonio del debitore, opportuna appare la precisazione che, se il momento per valutare l'attualità della titolarità è quello dell'assunzione dell'obbligazione, la titolarità deve sussistere al momento della proposizione dell'azione esecutiva o comunque essa deve essere 'recuperabile' – s'intende, ai soli fini della responsabilità ossia soltanto se (e nella misura in cui) sia funzionale a soddisfare il creditore – attraverso le azioni intese a conservare la garanzia patrimoniale grazie all'inefficacia (nel caso dell'azione revocatoria) o inopponibilità (nel caso del sequestro conservativo) degli atti di disposizione in danno del ceto creditorio, complessivamente considerato.

Può essere interessante notare che la materia agli occhi degli studiosi del secolo scorso apparsa piuttosto lineare, si è rivelata nel prosieguo ben più complessa. Se è infatti difficilmente controvertibile l'ormai avvenuto tramonto, all'epoca del codice civile del 1942, della concezione unitaria del patrimonio (che la tradizione fa risalire, com'è comunemente noto, a Savigny), quale espressione dell'unità dello stesso soggetto e anzi attributo

²⁵ Sul tema generale dell'abuso, nella giurisprudenza di legittimità, si vedano Cass.10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, 2095 e in *Giur. comm.*, 2012, II, 276, con nota di FABIANI, secondo cui lo strumento concordatario, il cui fine è quello di favorire l'anticipata soluzione della crisi senza arrecare al debitore fallito un danno non necessario, è suscettibile di abuso il quale, peraltro, non è ravvisabile nella violazione della *par condicio creditorum*.

²⁶ In dottrina, L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 4 ss.

della sua personalità (ossia della persona considerata ‘unitariamente’ quale proprietario)²⁷, di là da venire era l’idea della scomposizione di tale unità del patrimonio (nella sua destinazione a garanzia dei creditori) in una pluralità di “regimi patrimoniali” e in una “articolazione” dello stesso patrimonio da considerare in relazione al fenomeno giuridico della personificazione dell’ente²⁸.

La tematica è assai ampia e complessa, potendosi soltanto segnalare, nell’ambito di una riflessione generale dedicata alla tutela del credito e dunque dei creditori, la rilevanza decisiva della distinzione tra le questioni di validità, di efficacia e di opponibilità dell’atto di destinazione, al fine di razionalizzare anche le disposizioni di più difficile comprensione e ‘sistemazione’, all’interno di una cornice normativa quale è quella del codice civile, non immediatamente consona all’inquadramento delle nuove problematiche. In tal senso, la vicenda degli atti di destinazione non soltanto non sfugge a tale impostazione, ma anzi offre l’occasione per sviluppare alcune riflessioni d’ordine metodologico e dogmatico, che richiedono un approfondimento specifico, stante l’enorme elaborazione scientifica in sede dottrinale e, dopo quasi un decennio dalla novellazione del codice con l’art. 2645-ter c.c., anche una non trascurabile produzione giurisprudenziale.

La destinazione patrimoniale, in se stessa considerata ossia quale atto di disposizione del patrimonio non lede i diritti dei creditori – indipendentemente dal rispetto del requisito della meritevolezza (degli interessi che la destinazione vorrebbe tutelare), la cui valutazione incide sulla validità dell’atto, si accolga o non l’assimilazione tra il giudizio di meritevolezza e quello di liceità dell’atto – a meno che, nella concretezza delle circostanze,

²⁷ Così da indurre, nella letteratura francese della seconda metà del XIX secolo (in particolare, Aubry e Rau) a discorrere del patrimonio (non già come bene o insieme di beni, bensì) come “diritto” (della persona, appunto). In argomento, mettendo a fuoco la valenza essenzialmente storica e ideologica di tale linea di pensiero, si può rinviare a A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545.

²⁸ P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837; più di recente, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 17. In argomento, si veda anche A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 17 ss., 71 ss.

si dimostri che ricorrono i presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria quale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale ²⁹.

È evidente la distinzione dei piani dell'indagine, in termini di qualificazione giuridica, con la conseguenza che la destinazione patrimoniale risulta neutra rispetto ai creditori, sin tanto che non insorga il conflitto con il loro diritto a conservare inalterata la consistenza della garanzia generica o comunque a tutelare l'affidamento – se si vuole ricorrere al concetto espresso da Rubino, ma soprattutto da Nicolò – riposto sul patrimonio del debitore ³⁰, rimanendo peraltro impregiudicata la possibilità di questi ultimi di far valere il diritto (o l'affidamento, se si preferisce l'espressione) anche mediante l'azione di nullità dell'atto di destinazione ³¹.

Non è difficile, pertanto, dimostrare la falsità dell'assunto che vedrebbe nella destinazione patrimoniale atipica sempre e comunque un pregiudizio dei creditori, così come l'assurdità dell'idea secondo la quale tale pregiudizio sarebbe «giustificato solo da un interesse del beneficiario più che semplicemente lecito, un interesse meritevole di tutela» ³², rimanendo fermo il principio della «libertà di ciascuno di disporre come crede, nel limite della lesione della garanzia patrimoniale» ³³, mentre il presidio generale a tutela degli interessi dei creditori (chirografari; evidentemente) costituito dalla revocatoria dovrebbe essere sufficiente a garantire che, ragionando in termini sistematici, l'atto di destinazione sia trattato, ai fini della sua validità, in termini deteriori rispetto a una qualsivoglia alienazione, rispetto alla quale l'atto di destinazione costituirebbe una sorta di «specie minore» ³⁴.

²⁹ Con estrema chiarezza, si vedano le condivisibili considerazioni di A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 49, il quale inquadra la destinazione patrimoniale come categoria generale riferibile a un concetto da tempo presente nella storia del pensiero giuridico moderno, tra gli atti di disposizione del bene, ricercando dapprima i tratti del genere comune, per passare all'esame della struttura e della disciplina degli atti di destinazione, e infine concentrare l'attenzione sull'incidenza degli atti di destinazione sulla responsabilità patrimoniale, con particolare riferimento s'intende alle «destinazioni atipiche».

³⁰ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 11.

³¹ In tal senso, F. ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio*, cit., 51, nel presupposto che «ai sensi dell'art. 1421 c.c. dimostrino un concreto interesse, vale a dire il pregiudizio alle loro ragioni (*evenuts damni*)».

³² A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 66.

³³ A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 69.

³⁴ A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 71.

5. - Le limitazioni di responsabilità del debitore e il principio di tassatività.

Certamente discussa, già in epoca anteriore alla formulazione della norma inserita nel codice civile con il secondo comma dell'art. 2740 c.c., era la questione delle limitazioni di responsabilità del debitore, sottoposte al principio di tassatività delle relative previsioni normative, in considerazione innanzitutto della ben nota e radicata problematica dell'abuso della personalità giuridica, quale collaudato strumento per limitare la responsabilità nei confronti (ma anche, s'intende, in pregiudizio) di creditori e terzi aventi causa³⁵. Non doveva essere particolarmente arduo agli studiosi rinvenire la giustificazione per le limitazioni di responsabilità nella «qualità di alcuni beni», così come «nella qualità di alcuni crediti, che la legge vuole siano realizzati solo su alcuni beni del debitore»³⁶, con la conseguente inespropriabilità, di cui l'ordinamento poteva offrire un'ampia gamma di esempi.

Se alla metà del secolo scorso la ricostruzione del sistema avrebbe potuto realizzarsi con un (relativamente semplice) riordino dei dati normativi offerti dai codici (civile e processuale, in particolare per quel che concerneva l'espropriazione come procedimento esecutivo), il dibattito successivo si è svolto, com'è noto, nel segno della ricerca di un corretto inquadramento sistematico delle nuove «articolazioni patrimoniali» – riprendendo il linguaggio di Paolo Spada – cui si faceva appena riferimento³⁷,

³⁵ Tra i lavori monografici più recenti, N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002; si veda anche il commento alla giurisprudenza di F. GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, 365; volendo risalire nel tempo, a parte gli scritti di W. BIGIARI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 14 ss., in sostanziale contemporaneità con le considerazioni svolte da Nicolò alla metà degli anni Cinquanta, possono leggersi le pagine di T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 921; mentre un riepilogo ragionato dei problemi e delle diverse prospettazioni, si rinvia nelle pagine di S. SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, II, 2, 665 ss. Per le implicazioni in sede fallimentare, A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974.

³⁶ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 12; si vedano anche le pagine delle *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, 133 s.

³⁷ Può essere sufficiente considerare la vicenda legislativa della c.d. «società unipersonale» (incidente sulla disposizione di cui all'art. 2362 c.c., per effetto dell'armonizzazione imposta dal diritto di fonte comunitaria), su cui si rinvia alle sintesi di R. WEIGMANN, voce *Società di un solo socio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XIV, Torino, 1997, 209 ss.; C. IBBIA, voce *Società*

nel confronto con la norma in esame (ossia l'art. 2740 c.c.), ma per superarne la logica che sarebbe risultata piuttosto riduttiva, nel momento in cui «è sano prendere atto della equivalenza funzionale tra personalità giuridica e articolazione di un patrimonio in compendi separati e sviluppare l'argomentazione – qualsiasi argomentazione – partendo da questa equivalenza»³⁸. In tal modo «una annosa *querelle*» – come l'ha definita Adolfo di Majo – avrebbe potuto trovare, se non la sua definitiva composizione, almeno la via moderna per la ricomposizione del quadro normativo³⁹.

Posto che, al di fuori delle ipotesi in cui è la legge a limitare la responsabilità del debitore, secondo la dottrina più autorevole del secolo appena trascorso, cui oggi facciamo ancora riferimento, il divieto «deve trovare incondizionata applicazione»⁴⁰, la questione teorica di maggiore rilievo scientifico s'incentrava sulla sorte dei patti di limitazione o esclusione del diritto del creditore di soddisfarsi su determinati beni del debitore. L'idea prevalente, anche nella dottrina successiva, è che convenzioni di questo tipo siano nulle, così come sarebbero «illecite, perché in frode alla legge, tutti i mezzi indiretti che il debitore può porre in essere per limitare preventivamente la sua responsabilità»⁴¹, mentre sarebbe ammissibile il patto con il quale al creditore sia precluso di soddisfarsi su un determinato

unipersonali, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1994, (anteriori alla riforma del diritto societario, ma della seconda vi è la postilla di aggiornamento del 2006); ma può menzionarsi anche la nuova disciplina per l'acquisto della personalità giuridica da parte di associazioni e fondazioni *ex art. 1, d.P.R. n. 361 del 2000*). Si potrebbe menzionare anche la riforma francese del 2010 (loi n° 2010-658 du 15 juin 2010) «Entrepreneur individuel à responsabilité limitée», disciplinato al C. com., art. L. 526-6 su cui G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, 1237-1250, in particolare, 1245 ss. Sempre in chiave comparatistica, come esempio di articolazione interna c'è la c.d. *Series Structure* della legislazione del Delaware.

³⁸ Così P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 842; più di recente, *Id.*, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2002, I, 837.

³⁹ È del resto innegabile che l'interrogativo inteso ad accertare «se al tema della limitazione della responsabilità patrimoniale possano appartenere anche vicende come quelle riguardanti il patrimonio di enti o di persone giuridiche diverse da quelle fisiche», abbia effettivamente costituito «una annosa *querelle*» (così A. MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 28), che ha impegnato non poco studiosi su entrambi i fronti, del diritto civile e del diritto commerciale. Possono qui ricordarsi, soltanto in via esemplificativa e per l'autorevolezza della fonte, le pagine di F. GALGANO, *Persone giuridiche*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2006.

⁴⁰ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 15.

⁴¹ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 16, riferendosi alla questione un tempo dibattuta, poi risolta espressamente dalla legge, dell'unico azionista *ex art. 2362 c.c.*

bene sino a che vi siano, nel patrimonio del debitore, altri beni sufficienti alla realizzazione del diritto di credito ⁴².

Alla distinzione inizialmente ricordata tra la disciplina dell'obbligazione (e, di conseguenza dell'adempimento e dell'inadempimento) e quella della responsabilità patrimoniale in esame sembra riconducibile la differenziazione, rispetto ai patti limitativi di quest'ultima ritenuti illeciti, delle variegate pattuizioni di esclusione o limitazione della responsabilità, ai fini del risarcimento del danno (disciplinate in generale dall'art. 1229 c.c., ma potrebbero aggiungersi le fattispecie di limitazione della responsabilità per evizione *ex* art. 1487 c.c. o per vizi, nella vendita *ex* art. 1490 c.c. e nella locazione *ex* art. 1579 c.c.), anche se non si può negare «una certa analogia, almeno dal punto di vista pratico, con le convenzioni limitative della responsabilità» ⁴³.

Di difficile collocazione, tra le due alternative appena enunciate, rimarrebbe invece la fattispecie della delimitazione dell'esposizione del fideiussore, attuata in via legislativa con la novellazione dell'art. 1938 c.c. relativamente alla garanzia per le obbligazioni future (introdotta con la l. n. 154 del 1992) e in via giurisprudenziale con l'interpretazione dell'art. 1956 c.c. relativamente alla liberazione del fideiussore in caso di obbligazioni future sorte senza la «speciale autorizzazione del fideiussore» ⁴⁴. La preferibilità dell'opzione che riconduce il discorso alla disciplina dell'obbligazione, secondo la logica che le garanzie personali esprimono nel sistema della tutela del credito, sembra tuttavia trovare riscontro nello stesso carattere legale della previsione (nel primo caso, quanto alla necessità dell'indica-

⁴² La tesi di R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 15 s., trova in questo caso conforto nell'opinione di D. RUBINO, *La Responsabilità patrimoniale*, cit., 12, ma sul piano della qualificazione (in termini di diritto sostanziale, attendendo alla determinazione dell'oggetto della responsabilità, secondo Rosario Nicolò) va registrata anche l'opinione di chi, successivamente, ha ritenuto l'accordo avrebbe valenza processuale, riguardando le modalità dell'azione esecutiva, così come accade nel caso della pattuizione del beneficio di escussione preventiva del debitore principale nella fideiussione (A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 50 s.). Un'originale e particolarmente stimolante contributo sul tema delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale si deve, di recente a G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., spec. 173 ss., ove si cerca di proporre una nuova lettura del secondo comma dell'art. 2740 c.c., che conduca al riconoscimento dei patti limitativi con efficacia *inter partes*, sulla scia, ma andando anche oltre la prospettazione di Domenico Rubino che discorreva di mera efficacia obbligatoria.

⁴³ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 17.

⁴⁴ In argomento, cfr. A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 49 ss.

zione scritta dell'esposizione massima del garante) e nel richiamo al principio di correttezza quale criterio giuridico preclusivo delle condotte abusive o anche soltanto gravemente negligenti (nel secondo caso).

6. - Le vicende della “*par condicio creditorum*”.

Nell'affermare il principio della *par condicio creditorum*, il superamento della formula, considerata da autorevole dottrina “piuttosto sovrabbondante”, nel modo in cui era utilizzata dal codice civile ottocentesco all'art. 1849, dimostra la consapevolezza del legislatore di orientarsi verso «la concezione che nega un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore»⁴⁵, neutralizzando al contempo l'idea dell'esistenza di un obbligo in capo al debitore di non porre in essere atti dispositivi che determinino una diminuzione del patrimonio, inteso come garanzia generica e comune dei creditori⁴⁶.

La successiva dottrina – si allude ai ricordati studi di Domenico Rubino, ma in tempi a noi più vicini anche a quelli di Pietro Rescigno e Lelio Barbiera – non ha fatto altro che confermare, unanimemente, l'insussi-

⁴⁵ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 17, ribadendo con estrema chiarezza il concetto nel successivo contributo, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 7, ove si afferma perentoriamente che «l'esistenza di quel diritto di garanzia avente ad oggetto tutti i beni del debitore è una mera illusione». Sul punto si vedano, in particolare, le pagine di G. GORLA, *Le garanzie reali della obbligazione*, Milano, 1935, 127 ss., a proposito dei vincoli d'indisponibilità gravanti sul patrimonio del debitore, nel quadro della concezione, diffusa in epoca anteriore al vigente codice civile, del patrimonio come “garanzia comune” dei creditori – in questi termini, del resto, si esprimeva tanto l'art. 2093 *Cod. Nap.* quanto l'art. 1949 c.c. 1865: «I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione» – e della responsabilità patrimoniale quale diritto di pegno generale (ossia su tutti i beni del debitore, come si legge, ad esempio, in E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, 2^a ed., Napoli-Torino, 1916, 4), che si riconduce tradizionalmente, nella nostra letteratura giuridica, a A. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, 111 ss., ma già *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 404; nonché *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 696. In argomento, si vedano anche le considerazioni di M. FRAGALI, voce *Garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 451.

⁴⁶ In linea con la concezione del patrimonio del debitore come “garanzia comune dei suoi creditori” e secondo la medesima logica, una parte della dottrina aveva individuato un obbligo del debitore di non porre in essere atti tali da diminuire il patrimonio: A. CICU, *L'obbligazione*, cit., 97, 232, nonché G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Diritto civile italiano*, II, 1, Padova, 1941, 45.

stenza di un siffatto obbligo ⁴⁷. Per altro verso, il carattere sostanziale della norma rimane fermo quanto alla “soluzione egualitaria” ossia al principio della *par condicio* quale «logica conseguenza dell’identità dell’oggetto che la legge assegna all’azione esecutiva di ciascun creditore» ⁴⁸.

Ci si rende conto, tuttavia, che detto principio «è in concreto attuato con un diverso grado di intensità», potendosene ravvisare attenuazioni della portata con riferimento, ad esempio, alla disciplina dell’esecuzione forzata individuale (mobiliare, art. 527 c.p.c.), ma rimane ferma la convinzione che il principio riceva e debba ricevere integrale applicazione nell’esecuzione collettiva, detta comunemente e non a caso “concorsuale” ⁴⁹.

Non si può non constatare come la storia, in questo caso, si sia svolta imboccando una diversa direzione, tanto in ordine all’evoluzione della riflessione dottrinale, che ha da tempo posto in dubbio l’effettività del principio dell’eguale diritto dei creditori ⁵⁰, quanto dal punto di vista normativo, in considerazione delle deroghe legislative comportanti un

⁴⁷ I riferimenti vanno da D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 8, sino a P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 206, che ribadisce, contrariamente alla concezione più risalente dell’indisponibilità del patrimonio, la libertà del debitore di accrescere o diminuire il proprio patrimonio; nello stesso senso anche V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 497; nonché L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 28 ss.

⁴⁸ R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 18; nonché *Istituzioni*, cit., 136 s.

⁴⁹ In tale contesto, si potrebbe sottolineare l’estensione della logica concorsuale al debitore civile in seguito alla l. n. 3 del 2012, sul sovraindebitamento del debitore “non fallibile” e il graduale superamento della tradizionale distinzione fra debitore civile e commerciale ed un risultante avvicinamento al modello tedesco e di *common law*, dove si distingue piuttosto fra debitore solvente ma inadempiente (sottoposto all’azione esecutiva) e debitore insolvente (a prescindere dallo *status*) sottoposto alla difesa concorsuale. In argomento, sinteticamente, cfr. F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, in F. MACARIO-F. DI MARZIO-G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2012, 12, con un primo commento alla normativa; successivamente, si vedano i contributi contenuti nel fascicolo n. 9/2012 della rivista *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2012, 1019 ss.; nonché gli studi monografici di L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, e di E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012; più di recente, G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013. Nella prospettiva storico-comparativa, si vedano i contributi, anche con riferimento al diritto di altri ordinamenti, riportati nel volume collettaneo *L’insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. PRESTI-L. STANGHELLINI-F. VELLA, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2004, ove vengono esaminate le discipline vigenti in Francia, Spagna, Germania, Regno Unito e USA. Per un approfondito confronto tra l’approccio prevalente negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, si veda altresì il contributo di G. ROJAS ELGUETA, *L’esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 1, 310.

⁵⁰ SCHLESINGER, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319.

progressivo (ma inesorabile) ridimensionamento della consistenza del principio, da ultimo attraverso la riforma della legge fallimentare, quale svolta epocale nella disciplina della crisi d'impresa e degli strumenti negoziali e procedurali per il suo superamento.

La preclusione dell'azione esecutiva individuale, effetto dell'assoggettamento di tutti i beni del debitore alla garanzia di tutti i creditori – a stretto rigore, andrebbe sempre ricordato che i beni colpiti da un vincolo prelatizio di natura reale sono sempre stati e sono tuttora da considerare, evidentemente, fuori dal concorso dei creditori, se non per il valore di realizzo eccedente il soddisfacimento del credito privilegiato – la preclusione dell'azione individuale, si diceva, resiste ed anzi è stata estesa dal legislatore (oltre che al concordato preventivo) anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti (di per se stessi non rientranti nelle procedure concorsuali, se non si vuole assegnare all'espressione “procedura concorsuale” un significato davvero molto lato), ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall., ma non si può dire che l'inibitoria persegua la finalità di garantire l'effettività della *par condicio creditorum*, in quanto l'obiettivo è ben altro, attenendo al successo della soluzione negoziale della crisi (attraverso il concordato preventivo o il menzionato accordo di ristrutturazione).

079

La logica di tipo recuperatorio e conservativo dell'impresa in crisi, con il superamento di quest'ultima, che caratterizza lo spirito della nuova disciplina del concordato, rispetto alla logica esclusivamente liquidatoria, che invece ha tradizionalmente caratterizzato in passato le procedure concorsuali, era certamente ben lungi dal profilarsi all'orizzonte alla metà degli anni Cinquanta. Le considerazioni espresse sul punto dagli studiosi di quel tempo, pur preziose per la costruzione del ragionamento civilistico, vanno così considerate lo specchio di una cultura della crisi d'impresa assai distante da quella attuale che vede, per un verso l'affermazione delle procedure amministrative quali quelle, nelle diverse versioni disponibili a seconda della tipologia e delle dimensioni dell'impresa in crisi, per altro verso – e questa mi sembra la considerazione decisamente più interessante – la “contaminazione” sempre più rilevante delle procedure concorsuali a tutela del credito e del creditore in quanto tale con norme che, derogando a regole e principi generali del diritto privato comune, sono intese a preservare la c.d. “continuità aziendale”, una delle novità di maggiore

rilievo (oltre che impatto concreto nelle aule dei tribunali) nella riforma delle procedure concorsuali.

La considerazione andrebbe, in ogni caso, completata, ricordando che il salvataggio dell'impresa in crisi può essere una linea di tendenza – s'è detto, sempre più pronunciata e convinta – ma non per questo diventa un valore assoluto, quasi alla stregua di un principio fondamentale di rango costituzionale, posto che occorre bilanciare il valore o i valori connessi alla continuità aziendale con il diritto dei creditori, che pure ha indubbia rilevanza costituzionale, come molte volte la Consulta ha avuto modo di ricordare ⁵¹. In altri termini, è sempre necessario tenere presente che, inserite nelle procedure concorsuali per la realizzazione del diritto dei creditori, le esigenze del salvataggio dell'impresa, con riferimento soprattutto alla salvaguardia dei livelli occupazionali, non possono trasformare la procedura esecutiva in una sorta di ammortizzatore sociale.

Nello stesso senso, avrebbe potuto dirsi inimmaginabile anche soltanto un cinquantennio addietro la possibilità che il proponente potesse suddividere il ceto creditorio in classi, omogenee sul piano giuridico (dove rileva, in primo luogo se non esclusivamente, il carattere privilegiato o chirografario del credito), ma soprattutto economico (secondo valutazioni di indole senza dubbio fattuale e in ogni caso circostanziate in relazione alla crisi concretamente in esame), per offrire un trattamento differenziato, in piena deroga anche in questo caso al principio della *par condicio* (che rimane operante soltanto all'interno della stessa classe).

Allo stesso modo sarebbe stata difficile profezia, all'epoca, quella relativa all'introduzione legislativa dalla facoltà del proponente di offrire ai creditori privilegiati il pagamento in percentuale del loro credito (fatti salvi i crediti privilegiati dell'Erario, con scelta normativa dettata più dalla logica socio-economica del tempo che non dal rispetto di principi giuridici generali irrinunciabili), superando la regola del pagamento integrale del credito privilegiato e sottoponendo la decisione del proponente, non già

⁵¹ Si ricorderà che la Corte costituzionale ha più volte definito la responsabilità patrimoniale del debitore, garantita dall'art. 2740 c.c., quale elemento essenziale al diritto d'obbligazione (Corte cost. 22 giugno 1992, n. 291, in *Foro it.*, 1993, I, 346; Corte cost. 15 luglio 1992, n. 329, in *Foro it.*, 1993, 2785), in tal senso incompatibile con ingiustificati privilegi (Corte cost. 23 maggio 1995, n. 187, in *Foro it.*, 1996, I, 3249).

all'accettazione del singolo creditore (come nel caso degli accordi di ristrutturazione), bensì, secondo la logica della procedura concordataria, alla decisione della maggioranza, con uno spazio di sindacabilità dell'eventuale dissenso in forma di opposizione da parte del singolo creditore (o della singola classe) affidato alla decisione del tribunale, il quale è chiamato a tutelare il diritto del creditore opponente mediante una valutazione di natura pragmatica e contingente, intesa a conciliare l'interesse del singolo creditore con quello dell'ordinamento a favorire le soluzioni negoziali della crisi d'impresa.

In questa prospettiva, la *par condicio* nella tutela del credito non può dirsi certo scomparsa dal sistema normativo per la gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza debitoria più in generale, anche perché non è stato sinora rinvenuto un criterio di ripartizione del rischio che possa operare *ex post* in modo più accettabile sul piano della razionalità giuridica ⁵² (si direbbe, anche dell'efficienza economica ⁵³), ma assume certamente un volto nuovo in considerazione degli spazi concessi dal legislatore all'autonomia privata. Ma qui si schiude un altro orizzonte di ricerca, sul quale la dottrina è già impegnata.

081

Oggi sappiamo che i timori un tempo genericamente rivolti verso gli atti di autonomia negoziale riferibili al debitore in crisi o insolvente sono stati – con tecniche diverse a seconda del contesto socio-economico in cui maturano, come si nota plasticamente dalla riformata normativa sull'azione revocatoria fallimentare –, in qualche modo razionalizzati dal legislatore, che sembra avere acquisito coscienza delle attuali esigenze sociali ed

⁵² Secondo R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 19, si tratterebbe, nel caso dell'esecuzione forzata per espropriazione, di un principio "di applicazione intuitiva".

⁵³ Sul punto, si veda G. ROJAS ELGUETA, *Allocazione del rischio di credito e insolvenza concorsuale: oltre la distinzione fra debitore civile e commerciale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 465, spec. 489, ove si segnala che l'analisi economica del diritto ha messo in evidenza come la distribuzione per quota del costo della decozione sia la migliore approssimazione di quanto i creditori avrebbero spontaneamente negoziato, richiamando T.H. JACKSON-R.E. SCOTT, *On the Nature of Bankruptcy*, Cambridge, 1996, 169; T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986, 30; A. SCHWARTZ, *A Theory of Loan Priorities*, in *Journal of Legal Studies*, 18 (1989), 248; D. KOROBKIN, *Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law*, in *Texas Law Review*, 71 (1992-1993), 602, nonché, nella letteratura di casa nostra, D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 51, che dimostra come la *par condicio* risponda ad una «esigenza assicurativa del credito, che contribuisce ad abbassare il costo del finanziamento non accompagnato da garanzie specifiche».

economiche, evidentemente diverse (e probabilmente più complesse) rispetto a quelle considerate dal legislatore del codice civile (e della coeva legge fallimentare), ma anche in continua evoluzione, tanto da imporre reiterati interventi di ‘ridefinizione’ della normativa.

7. - **Categorie e principi nell’opera di razionalizzazione della normativa riformata.**

È peraltro evidente, come considerazione conclusiva, che il legislatore, pur avendo dato prova di un insolito e inatteso attivismo nei ravvicinati interventi normativi cui si faceva appena riferimento, non può “fare tutto da solo”, sicché l’effettività dell’attuale novellata cornice normativa dipende dal modo in cui essa viene concretamente interpretata e dunque applicata dagli operatori. Ed è su questo piano che il discorso sin qui svolto si rivela fisiologicamente “incompiuto”, costituendo poco più che la premessa, in chiave “storica” ovvero storicamente contestualizzata se si preferisce, all’opera di razionalizzazione che la giurisprudenza, nella sua duplice veste pratica e teorica, sta svolgendo non senza dibattiti e controversie, tanto sulle soluzioni quanto sul metodo per argomentarle e giustificarle.

Benché espressione della proverbiale “rivoluzione copernicana”, la riforma tuttora *in fieri* ruota intorno all’antica e più che collaudata figura giuridica del contratto, quale strumento principe dell’autonomia negoziale e dell’attività economica dei privati, che si presenta in una dimensione inedita e ricca di potenzialità, sostanzialmente sconosciuta al precedente quadro normativo: il contratto diventa, infatti, il veicolo per la gestione della crisi d’impresa, come si è avuto modo di verificare a più riprese nelle pagine precedenti⁵⁴. In tal senso, il contratto va inteso come

⁵⁴ Ciò accade, s’è detto, nei diversi momenti in cui è possibile osservare la vicenda della crisi (e dell’insolvenza) secondo articolazioni differenziate, che sembrano strutturarsi in una sorta di sequenza logica. Il primo stadio, caratterizzato dal pieno e incondizionato esercizio dell’autonomia negoziale attraverso contratti con i creditori, singolarmente considerati o raggruppati per categorie (esemplarmente: gli istituti di credito *uti singuli* o, come si usa dire, in forma di *pool*), finalizzati al salvataggio dell’impresa in crisi e soggetti (soltanto) alla disciplina del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti; il secondo, che fa capo agli accordi per la ristrutturazione dei debiti, sottoposti all’omologazione del tribunale; il terzo livello, infine, che si esprime nei concordati, in cui la logica della «deliberazione» prevale e si sostituisce a

formula riassuntiva dell'idea stessa di autonomia privata nella negoziazione e dunque comprensiva delle decisioni assunte collettivamente nelle procedure concorsuali. Gli strumenti per la detta opera di razionalizzazione, che valga a rendere coeso il sistema della tutela del credito e della responsabilità patrimoniale nel processo di innovazione introdotto della riforma, pur preservandone pertanto la necessaria unitarietà, sono stati ricercati nelle categorie civilistiche più tradizionali, così come nei principi generali e nelle figure giuridiche dalla valenza argomentativa generale.

Per le prime, è il caso, ad esempio della “causa” (del contratto, ma nella tradizione civilistica, riferibile al negozio), la cui presenza o, alternativamente, assenza “in concreto” – alla stregua della tendenza ormai consolidatasi nella giurisprudenza della Suprema Corte ⁵⁵ – può determinare l'ammissibilità (ovvero inammissibilità, in caso di assenza) della domanda di concordato, ai fini tanto dell'apertura della procedura concordataria, quanto dell'omologazione del concordato ammesso al voto dei creditori. È stata, così, ritenuta priva di causa – con la conseguente inammissibilità della domanda – la proposta concordataria che offriva in “pagamento” ai creditori una percentuale del credito talmente bassa, da apparire *prima facie* irrisoria, al punto da non poter essere neanche qualificata come “pagamento” ⁵⁶, mentre successivamente e in tempi recenti le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito che la valutazione di “fattibilità” del concordato – momento centrale del giudizio di ammissibilità, ma ineliminabile anche nel successivo giudizio di omologazione, una volta ottenuto il voto favorevole dei creditori (ai quali soltanto compete la decisione, di merito, sulla “convenienza” della proposta e dunque del piano concorda-

quella dell'accordo contrattuale, incidendo sugli effetti dell'esercizio dell'atto di autonomia dal quale in ogni caso la ‘procedura’ origina. Cfr. più ampiamente F. DI MARZIO, *‘Contratto’ e ‘deliberazione’ nella gestione della crisi d'impresa*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 73.

⁵⁵ Cfr. Cass. civ. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718; nonché Cass. civ. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, c. 214; in dottrina, R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; v. altresì M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441.

⁵⁶ Cfr. Trib. Roma, 16 aprile 2008, con nota di F. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 736.

tario) – transita attraverso l'accertamento della “causa in concreto”, che non può mancare nel concordato preventivo, né essere “assorbita”, per così dire, dal voto dei creditori vertente sul diverso profilo della convenienza a percorrere la via concordataria rispetto alla liquidazione in sede fallimentare ⁵⁷.

Quanto ai “principi”, parimenti tradizionali e radicati nel sistema del diritto civile e, in particolare, della responsabilità patrimoniale, può essere sufficiente richiamare la giurisprudenza formatasi (con una tendenziale uniformità sul piano dei concetti e dell'argomentazione, pur nell'ampia varietà delle fattispecie concrete) in tema di domanda di concordato “di gruppo”, nel senso del rigoroso rispetto della “destinazione” impressa dal legislatore al patrimonio del debitore vincolato alla garanzia del proprio creditore. La conseguenza è che le commistioni delle masse attive e passive riconducibili ai diversi soggetti del gruppo – secondo i criteri che possono giustificare gli spostamenti patrimoniali tra le società *in bonis*, genericamente riconducibili alla dottrina dei “vantaggi compensativi” all'interno del gruppo – vengono neutralizzate nella situazione d'insolvenza, vigendo in tale sede, inderogabilmente, il principio fissato dall'art. 2740 c.c. della unità e universalità del patrimonio del debitore, interamente destinato al soddisfacimento dei “suoi” creditori ⁵⁸. Ed è interessante notare che mai in passato tale principio è stato così frequentemente ricor-

⁵⁷ Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., che previene il disorientamento che avrebbe potuto ingenerarsi tra la tendenza ad affermare la piena competenza dei creditori circa la valutazione di fattibilità del concordato preventivo, riservando al giudice il ruolo di garante della completezza informativa della domanda mediante il controllo dell'idoneità della relazione del professionista (così Cass. civ. 16 settembre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I, c. 135, con nota di FABIANI, *I disorientamenti della nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*) e l'indirizzo proposto da Cass. civ. 15 settembre 2011, n. 18864, *ibidem*, che riteneva l'impossibilità dell'oggetto, quale manifesta inidoneità della proposta ad essere adempiuta e non mera prognosi di inadempimento, causa d'inammissibilità della domanda.

⁵⁸ Cfr. App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 1817, secondo cui la proposta di concordato preventivo liquidatorio con cessione parziale dei beni, anche quando, nell'ambito di concordato di gruppo, si destini l'eccedente della cessione parziale al soddisfacimento dei creditori di altre società del gruppo, viola il principio di cui all'art. 2740 c.c. e risulta, pertanto, inammissibile; ma già Trib. Roma, 14 novembre 2012, in *Fall.*, 2013, 73; nonché Trib. Asti, 24 settembre 2012, *ivi*, 2013, 103, ove si ammette che ciascuna società può fare riferimento ad un piano unitario e ad una proposta unitaria rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva però la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società.

dato nelle motivazioni delle sentenze come nella giurisprudenza di questi ultimi anni relativa alla nuova disciplina delle procedure concorsuali.

La logica argomentativa, infine, che fa capo alle figure di teoria generale, come nel caso dell'abuso del diritto – una figura del discorso giuridico, si sa bene, cui il giurista si avvicina con un costante e comprensibile sospetto, se non diffidenza, e comunque sempre con cautela – ha consentito alla giurisprudenza di affrontare le situazioni di più evidente anomalia nel funzionamento degli istituti e delle singole disposizioni, evitando distorsioni sul piano – va ancora sottolineato – della funzionalità e dunque della *ratio* dell'istituto e/o della norma volta a volta in esame, tanto in tema di concordato (preventivo e fallimentare), quanto nella vicenda, di nuovo conio legislativo, della domanda con riserva ⁵⁹.

Come considerazione di sintesi, si può ritenere confermata l'esistenza di una sorta di *fil rouge* nella vicenda delle procedure concorsuali negli ultimi due secoli, un filo rosso probabilmente già rintracciabile nel passato ma certamente accentuatosi a partire dalla codificazione napoleonica: punire il fallito per il fatto stesso dell'insolvenza (e poi della dichiarazione di fallimento) e consentire la massima tutela dei diritti dei creditori anche mediante la conclusione di accordi e concordati, che tuttavia implicherebbero la piena legittimazione di tutte le parti, incluso il fallito (tranne nei casi di rilevanza penale dei fatti connessi all'insolvenza). Senza considerare che la cultura del sospetto verso il debitore insolvente rischia di distogliere l'attenzione su un aspetto fondamentale della posta in gioco, intimamente connesso con la tutela dei creditori, consistente nella salvaguardia dei valori produttivi, ai fini della conservazione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori.

La forza della cultura punitiva, o almeno del condizionamento derivante da assetti normativi incentrati sulla sanzione, è dimostrata dal fatto che per circa due secoli l'ordinamento italiano ha visto imperare tale cultura, senza che riuscissero ad affermarsi compiutamente le suggestioni derivanti dalle elaborazioni della scienza giuridica civilistica e commerciali-

⁵⁹ Ha inaugurato la giurisprudenza sul punto Trib. Milano, 24 ottobre 2012, con nota di P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo «con riserva»*, in *Fall.*, 2013, 77, ma molte decisioni si sono aggiunte successivamente, con una tendenza ormai piuttosto costante, che attende soltanto la conferma della Suprema Corte.

stica con riferimento alle soluzioni “alternative” al fallimento, confinate sempre in uno spazio sostanzialmente residuale. La riforma avviatasi nel 2005, di cui sono state ricordate le tappe fondamentali, ha senza dubbio costituito un momento di forte discontinuità rispetto alla precedente normativa, rimasta ferma su soluzioni nella sostanza ottocentesche.

Ciò tuttavia rappresenta la volontà e le tecniche con cui ha operato il legislatore, ma non è affatto scontato che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza siano pronte a recepire immediatamente il mutato assetto valoriale di cui sono espressione le nuove norme. Ciò infatti implicherebbe una ricostruzione del diritto della crisi d’impresa “nel” diritto privato generale, piuttosto che – come è accaduto sinora – “accanto” allo stesso, per di più confinato ad una sorta di zona grigia coabitata dal diritto pubblico (in specie, amministrativo, processuale e penale), e dunque con una valorizzazione degli strumenti concettuali del diritto privato. La giurisprudenza ricordata, quasi a campione, su alcuni temi particolarmente complessi rispetto al dato normativo letterale, è un chiaro indice dello sforzo che andrebbe svolto in questa direzione, indipendentemente dalla condivisione degli esiti. Ciò che rileva, in questa direzione, è la prospettiva metodologica, che si risolve in un’opzione culturale e che, al tempo stesso, si rivela scelta valoriale.

Qualora questi primi esempi di razionalizzazione della materia si moltiplicassero, divenendo espressione di un sentire condiviso, si assisterebbe ad un fenomeno in controtendenza, nel momento in cui vanno – almeno apparentemente – accentuandosi i processi di “specializzazione” del diritto privato, suddiviso ma anche frammentato in molti settori (per lo più caratterizzati da elementi puramente fenomenologici e occasionali). La classica dialettica tra diritto dei privati e dei commercianti, che stimolata dal riduzionismo della c.d. “commercializzazione” del diritto privato, aveva condotto alla salutare reazione propositiva della “ri-commercializzazione” del diritto commerciale ⁶⁰, ha subito un processo degenerativo consistente nella parcellizzazione delle materie, non giustificata da un’esigenza di razionalizzazione del sistema.

⁶⁰ Per una recente e autorevole ricostruzione del discorso, G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. BARACHINI, Pisa, 2014, 9 ss., spec. 18 ss.

Per arginare tale esito occorre ricondurre la “specialità” ai principi e alle categorie ordinanti, tanto i primi quanto le seconde frutto dell’elaborazione concettuale dei giuristi e non dell’occasionalità con cui il legislatore costruisce i micro-settori. L’autonomia, in questo contesto “privata”, rappresenta un decisivo momento di coesione, ossia di aggregazione concettuale del sistema (del diritto privato generale), esprimendo tanto il dato propulsivo e il filo conduttore del percorso, quanto l’obiettivo consistente nella valorizzazione delle istanze della società civile all’interno nel fenomeno giuridico.